

Sygn. akt KIO 1855/18

WYROK

z dnia 2 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 28 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego 17 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę **Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności nakazuje zamawiającemu wezwanie, Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:**
 - a) **na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego parametr określony w pkt. 312 Załącznika nr 1a do SIWZ Opis Przedmiotu zamówienia dla Części nr 1 zamówienia, tj. czas podtrzymywania pracy urządzeń przez oferowany zasilacz UPS, oraz**
 - b) **na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu wypełnienia wymagań określonych w pkt 175 Załącznika nr 1a do SIWZ Opis Przedmiotu zamówienia dla Części nr 1 zamówienia oraz pkt 173 Załącznika nr 1a do SIWZ Opis Przedmiotu zamówienia dla Części nr 3 zamówienia, przez oferowane pompy objętościowe.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 923 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia trzy złote zero groszy), w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz

B. kwotę **323 zł 00 gr** (słownie: trzysta dwadzieścia trzy złote zero groszy) na rzecz zamawiającego **Szpital Uniwersytecki w Krakowie** – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących koszty dojazdu oraz koszt uiszczonej opłaty skarbowej

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dnia od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Uniwersytecki w Krakowie, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) (dalej „Pzp”) 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” (nr referencyjny NSSU.DFP.271.20.2018.LS, dalej „Postępowanie”)

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 107-243376 w dniu 7 czerwca 2018 r.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

7 września 2018 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu - Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania dla części 1 i 3 – wyborze w tych częściach, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcy Fresenius Kabi Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, (dalej również „Fresenius”).

17 września 2018 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, ergo wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Fresenius (w części 1 i 3), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję
2. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp tj. wadliwe dokonanie oceny i badania oferty firmy Fresenius, która to oferta winna zostać odrzucona na podstawie przesłanek opisanych poniżej
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia (nieodrzuconie) oferty wykonawcy opisanego w pkt 2 albowiem treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w części 1,3)

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

1. unieważnienie rozstrzygnięcia postępowania w części 1 i 3
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert w części 1 oraz 3

3. nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Fresenius w oparciu o wszystkie przesłanki i podniesione zarzuty w części 1 i 3.

Odwołujący wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odnosnie części 1 - Odwołujący podnosi dwa zarzuty stanowiące dowód na okoliczność, że treść oferty wykonawcy Fresenius jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast odnośnie części 3 - podnosi 1 zarzut dotyczący tzw. pomp objętościowych.

Zarzut nr 1 – dot. części 1 zamówienia

Firma Fresenius zaoferowała w opisie przedmiotu zamówienia (Część nr 1 - Infuzja OIOM): Zasilacz UPS - Zasilacz UPS APC 300/350. Zamawiający w SIWZ, odnośnie tego urządzenia, postawił następujące wymaganie: Część 1 pkt. 312 „Zewnętrzny zasilacz UPS podtrzymujący pracę pompy przez min. 8 godzin.” Wykonawca - Fresenius podał: „TAK”.

Odwołujący podał, że zasilacz UPS APC 300/350 nie występuje u producenta APC. W potwierdzeniu dokumentacji zaskarżony wykonawca przedstawił jedynie ulotkę UPS-a, która nie przedstawia nazwy modelu i nie pokrywa się z oferowanym urządzeniem Według specyfikacji oraz zdjęcia z ulotki jest to model APC Back-UPS 350,230 V. Ergo zaoferowany model UPS z ulotki, według informacji producenta nie spełnia wymogu z punktu 312, a tym samym dowodzi, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Nadto, jak wskazał Odwołujący, UPS zaoferowany przez firmę Fresenius, nie ma możliwości rozbudowy lub dołączenia zewnętrznej baterii co oznacza że nie można zwiększyć wydajności takiego urządzenia, albowiem jest to tzw. system zamknięty. Z tego Odwołujący wnioskuje, że parametry zakwestionowanego UPS-a nie pozwalają na podtrzymanie pracy pomp o poborze mocy 3,5 Wat oraz 4,3 Wat w wymaganym czasie a maksymalny czas podtrzymania pracy przez zaoferowany UPS wynosi w granicach 100 minut, a nie jak zadeklarowała firma Fresenius - minimum 8 godzin.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że zaoferowany UPS nie spełnia parametru granicznego „Zewnętrzny zasilacz UPS podtrzymujący pracę pompy przez min. 8 godzin”. Ergo deklaracja wykonawcy Fresenius jest nieprawdziwa i niezgodna z faktami, co doprowadziło

do tego, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zarzut nr 2 jest wspólny dla części nr 1 i 3 dlatego Odwołujący przedstawił wspólne uzasadnienie:

Firma Fresenius zaoferowała w opisie przedmiotu zamówienia (Część nr 1 oraz Część nr 3) pompy objętościowe - Agilia VP MC (biblioteka leków).

Zaoferowane pompy objętościowe nie spełniają granicznego parametru dot. funkcji wypełnienia drenu. Zamawiający w SIWZ sformułował następujące wymaganie:

Część 1 pkt. 175 parametr graniczny - „Funkcja wypełnienia drenu z wyborem przez Użytkownika prędkości w zakresie nie mniejszym niż 100-500 ml/godz. i objętości wypełnienia drenu w zakresie nie mniejszym niż 5-50 ml lub pompy z funkcją wypełnienia drenu z prędkością maksymalną dla. i objętości wypełnienia drenu w zakresie od 0,1-30 ml.”

Wykonawca - Fresenius w ofercie podał: „Tak, lub pompy z funkcją wypełnienia drenu z prędkością maksymalną dla. i objętości wypełnienia drenu w zakresie od 0,1-30 ml.”

Część 3 poz. 173 parametr graniczny - „Funkcja wypełnienia drenu z wyborem przez Użytkownika prędkości w zakresie nie mniejszym niż 100-500 ml/godz. i objętości wypełnienia drenu w zakresie nie mniejszym niż 5-50 ml lub pompy z funkcją wypełnienia drenu z prędkością maksymalną dla. i objętości wypełnienia drenu w zakresie od 0,1-30 ml.”

Wykonawca – Fresenius w ofercie podał: „Tak, pompy z funkcją wypełnienia drenu z prędkością maksymalną dla. i objętości wypełnienia drenu w zakresie od 0,1-30 ml.”

W wielu miejscach SIWZ w pompach objętościowych jest wymóg graniczny funkcji wypełnienia drenu. W pompach objętościowych wymagany zakres wynosi od 0,1-30 ml. Firma Fresenius, w ocenie Odwołującego, nie potwierdziła tego parametru materiałami informacyjnymi na wezwanie w ramach procedury odwróconej, które miały stanowić dowód spełnienia potwierdzenia wymaganego parametru.

Odwołujący dokonał bezpośredniej weryfikacji wymaganego parametru na tożsamym urządzeniu (modelu), co zaoferowane przez firmę Fresenius i okazało się, że pompy objętościowe wyświetlają tylko informację „wypełnianie zestawu, naciśnij przycisk, aby wypełnić linię” po naciśnięciu i przytrzymaniu przycisku o nazwie „wypełnianie drenu odłącz pacjenta” Użytkownik nie ma możliwości określenia limitu dolnego 0,1 ml ani żadnego innego pośredniego limitu. Nie widzi też żadnej informacji o ilości podanego leku/płynu, co może przyczynić się do wycieku silnie działających leków np. cytotoksycznych (teratogennych), co stanowi bezpośrednie zagrożenie bezpieczeństwa zdrowia a nawet życia operatora i pacjenta.

Natomiast po osiągnięciu górnego limitu 30 ml pompa objętościowa przestanie podawać lek/płyn. Ponowne naciśnięcie przycisku pozwoli podać kolejną dawkę. W żaden sposób parametr ten nie jest precyzyjnie kontrolowany.

Ponadto Zamawiający przy pompach objętościowych wymagał podania ilości progów

konfiguracji, czego firma Fresenius nie uczyniła, ponieważ zaoferowane pompy tej funkcji nie mają, tj. nie mają żadnych progów ani możliwości ich konfiguracji.

Odwołujący dokonał weryfikacji na urządzeniach firmy Fresenius, najnowszej generacji, tożsamy z zaoferowanymi w przetargu, dostarczonymi w kilku krajach europejskich z datą produkcji 2018 r. oraz na podstawie dołączonych do tych urządzeń instrukcji obsługi, które to nie zostały przedłożone przez wykonawcę Fresenius w ramach wymaganych od niego dokumentów. Sam producent nie określa w instrukcji dolnego limitu wypełnienia. Oznacza to, że zaoferowana pompa jest niezgodna z wymogami granicznymi SIWZ, a tym samym treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący zważył, że wymienione w przepisie przesłanki stanowią bezwzględne podstawy odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki, Zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, do odrzucenia oferty. Ewentualne zaniechanie Zamawiającego oznaczałoby przyzwolenie na czynność prawną (zaniechanie) sprzeczną z prawem i jako taka byłaby ona wprost objęta dyspozycją art. 58 k.c. Ponadto, jeśli na podstawie takiej oferty, wykonawca zostałby dopuszczony do podpisania umowy, wówczas pozostałym wykonawcom, których oferty były ważne, przysługiwałoby prawo do wystąpienia o uznanie umowy za bezskuteczną o co mógłby on wystąpić do Prezesa UZP, lub bezpośrednio do sądu (por. roszczenie z art. 59 k.c.).

Odwołujący zauważył, również że uwzględnienie żądania odrzucenia oferty wypływa z konieczności przestrzegania zasady równości i uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Uznanie oferty wykonawcy Fresenius jako ważnej, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie zatem odrzucenia takiej oferty - stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współzycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 14 Pzp jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współzycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe.

20 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba (zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp), postanowiła stwierdzić skuteczność przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W złożonej odpowiedzi na odwołanie (datowanej na 27 września 2018 r.) Zamawiający uznał zarzut w części dotyczącej naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, a następnie podczas niejawnego posiedzenia zmodyfikował swoje stanowisko i uwzględnił zarzuty

odwołania w całości.

Wobec powyższego stanowiska Zamawiającego i uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego, Przystępujący Fresenius wniósł sprzeciw.

Stosownie do art. 186 ust. 4 Pzp, stanowiącego, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie, oraz wobec braku podstaw do odrzucenia odwołania, skład orzekający skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron postępowania oraz dowody złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z pkt 6.5 SIWZ Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

6.5.1. Dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego:

6.5.1.1. Materiały firmowe – np. oryginalne foldery producenta, katalogi, karty charakterystyki, instrukcja lub wyciąg z instrukcji, dokumentacja techniczna, świadectwa rejestracji, oświadczenia producenta – potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry.

Zamawiający prosi o zaznaczenie w złożonych materiałach firmowych zapisów potwierdzających spełnienie wymaganych parametrów, z dopisaniem punktu z załącznika nr 1a do specyfikacji, w którym został opisany potwierdzony parametr.

6.5.1.2. Certyfikaty lub deklaracje zgodności CE dla oferowanego sprzętu.

W pkt. 10.2 SIWZ dot. sposobu przygotowania oferty Zamawiający postanowił, że do oferty należy dołączyć następujące dokumenty (w formie oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie):

10.2.1. Wypełniony i podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy formularz oferty, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik

nr 1 do specyfikacji. Prosimy również o dołączenie do oferty wypełnionego dokumentu w formie elektronicznej na płycie CD/DVD.

10.2.2. Wypełniony i podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy opis przedmiotu zamówienia, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do specyfikacji. Prosimy również o dołączenie do oferty wypełnionego dokumentu w formie elektronicznej na płycie CD/DVD. (Arkusz winien zawierać wszystkie ewentualne zmiany wprowadzone w czasie trwania postępowania).

Ponadto Zamawiający w tym pkt. SIWZ zawarł informację, że „dokumenty określone w punkcie 10.2.1-10.2.2 specyfikacji stanowią ofertę, w związku z tym nie będą podlegały procedurze uzupełnienia, określonej w art. 26 ust. 3 ustawy”.

Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zawarty został w Załączniku nr 1a do SIWZ. Załącznik ten zawierał następujące uwagi i wyjaśnienia (tożsame dla części 1 i 3 zamówienia):

„Uwagi i objaśnienia:

- Parametry określone jako „tak” są parametrami granicznymi. Udzielenie odpowiedzi „nie” lub innej nie stanowiącej jednoznacznego potwierdzenia spełnienia warunku będzie skutkowało odrzuceniem oferty.
- Parametry o określonych warunkach liczbowych („>=” lub „=<”) są warunkami granicznymi, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty. Wartość podana przy znaku „=” oznacza wartość wymaganą.
- Brak odpowiedzi w przypadku pozostałych warunków, punktowany będzie jako 0.
- Wykonawca zobowiązany jest do podania parametrów w jednostkach wskazanych w niniejszym opisie,

- Wykonawca gwarantuje niniejszym, że sprzęt jest fabrycznie nowy (rok produkcji 2018) nie jest rekondycjonowany, używany, powystawowy, jest kompletny i do jego uruchomienia oraz stosowania zgodnie z przeznaczeniem nie jest konieczny zakup dodatkowych elementów i akcesoriów.”

Poniżej tego opisu Zamawiający żądał podania nazwy i typu oferowanych urządzeń, producenta, kraju produkcji, roku produkcji oraz określenia klasy wyrobu medycznego.

Załącznik nr 1a do SIWZ określa również parametry techniczne i eksploatacyjne szczegółowo określone przez Zamawiającego z oznaczeniem czy opisany parametr jest parametrem granicznym oraz miejscem na wpisanie przez wykonawcę parametru oferowanego.

Odnosnie kwestionowanych parametrów wykonawca Fresenius:

- w części 1 zaoferował zasilacz UPS APC 300/350, a w poz. 312 opisanej jako: zewnętrzny zasilacz UPS podtrzymujący prace pompy przez min. 8 h, parametr graniczny – TAK - podał TAK,

- w części 1 i 3 zaoferował pompę typu Agilia VP MC, a w poz. 175 (część 1) opisanej jako: Funkcja wypełnienia drenu z wyborem przez Użytkownika prędkości w zakresie nie mniejszym niż 100-500 ml/godz. i objętości wypełnienia drenu w zakresie nie mniejszym niż 5-50 ml lub pompy z funkcją wypełnienia drenu z prędkością maksymalną dla. i objętości wypełnienia drenu w zakresie od 0,1 - 30 ml, parametr graniczny – TAK, podać liczbę progów konfiguracji - podał TAK, lub pompy z funkcją wypełnienia drenu z prędkością maksymalną dla. i objętości wypełnienia drenu w zakresie od 0,1 -30 ml, natomiast w poz. 173 (część 3) opisanej jako: Funkcja wypełnienia drenu z wyborem przez Użytkownika prędkości w zakresie nie mniejszym niż 100-500 ml/godz. i objętości wypełnienia drenu w zakresie nie mniejszym niż 5-50 ml lub pompy z funkcją wypełnienia drenu z prędkością maksymalną dla. i objętości wypełnienia drenu w zakresie od 0,1 - 30 ml, parametr graniczny – brak słowa TAK, podać liczbę progów konfiguracji – podał TAK, pompy z funkcją wypełnienia drenu z prędkością maksymalną dla. i objętości wypełnienia drenu w zakresie od 0,1 - 30 ml.

Ostateczne brzmienie pozycji 175 (część 1) oraz 173 (część 3) zostało nadane modyfikacją SIWZ z dn. 15.06.2018 r., dokonaną w wyniku pytań wykonawców. Zmiana obejmowała dodanie po słowie lub określenia „pompy z funkcją wypełnienia drenu z prędkością maksymalną dla. i objętości wypełnienia drenu w zakresie od 0,1 - 30 ml”.

W dniu 6.08.2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Fresenius do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp.

Wykonawca przedłożył wymagane dokumenty za pismem z dnia 14.08.2018 r. Na potwierdzenie wymaganych parametrów kwestionowanych odwołaniem przedstawił: dla oferowanego zasilacza kopię karty katalogowej gdzie przy informacji „Moc wyjściowa

210W/350VA” dopisał „312”. Na potwierdzenie, że oferowane pompy spełniają wymagania, w tym również te negowane odwołaniem, złożył oświadczenie złożone w imieniu ich producenta przez pełnomocnika (oświadczenie datowane na dzień 14.08.2018 r.), w treści swej ogólnie potwierdzające, że zaoferowane wyroby spełniają wymagania przedstawione przez Zamawiającego w załączniku nr 1A do SIWZ.

Izba zważyła co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż podniesiony w treści odwołania zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i żądanie odrzucenia oferty Przystępującego Fresenius jest przedwczesny i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Jedynie gwoli przypomnienia, Izba zauważa, że postępowanie przed Izbą ma charakter postępowania kontradyktoryjnego. Konsekwencją powyższego jest skonkretyzowany obowiązek przedstawiania przez Strony dowodów na potwierdzenie faktów, z których Strony wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Nakaz ten jest związany z ciężarem dowodu obejmującym konieczność przedstawiania dowodów, zgłaszania wniosków dowodowych i formułowania adekwatnych do dowodzonych faktów tez dowodowych. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp, Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony i uczestników określone obowiązki. Powołując w tym miejscu regulację art. 185 ust. 7 Pzp, który stanowi, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Kodeks postępowania cywilnego w zakresie postępowania dowodowego zawiera szereg regulacji, w tym odsyła do ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Art. 6 Kodeksu cywilnego reguluje ciężar dowodu, wskazując, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Mając na uwadze powyższe i przechodząc na kanwę niniejszego sporu Izba uznała, że Odwołujący nie przedstawił dowodów pozwalających na stwierdzenie, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu.

W zakresie zarzutu nr 1 tj. dotyczącego zaoferowania zasilacza UPS niepodtrzymującego pracy pompy przez 8 godzin, Izba zważyła, iż przedstawione przez Odwołującego dowody

nie potwierdzają jednoznacznie, że zaoferowany zasilacz wymaganego parametru nie osiągnie. W szczególności, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby sporządzone na jego zlecenie sprawozdanie z badania wyrobu sporządzone przez Laboratorium Badawcze Stowarzyszenia Elektryków Polskich można było uznać za opinię biegłego. Opinią biegłego w postępowaniu odwoławczym, jest opinia wykonana na zlecenia Izby zgodnie z art. 190 ust. 4 Pzp. W ocenie Izby przedstawione sprawozdanie jest opinią prywatną sporządzoną na zlecenie Odwołującego i jako takie przedstawia jego stanowisko. Jednocześnie, przedmiotowe sprawozdanie zostało sporządzone w wyniku badania pracy zasilacza, jako urządzenia podtrzymującego pracę pompy o symbolu VOLUMAT MC AGILIA F, podczas, gdy nie jest to model oferowany przez Przystępującego. Ponadto, jak wyjaśnił Przystępujący jest to model przestarzały, wycofany z obrotu i charakteryzujący się większym niż oferowana aktualnie pompa zużyciem energii. Tym samym, Izba uznała, że przedmiotowe sprawozdanie z badania jest niemiarodajne dla przedmiotowej sprawy. Również przedstawiony przez Odwołującego wykres czasu podtrzymania, stanowiący wydruk ze strony producenta, nie informuje o czasie podtrzymania właściwym dla poziomu zużycia energii przez oferowane pompy, a jak wskazano w notce pod przedmiotowym wykresem „Rzeczywiste czasy podtrzymania mogą różnić się od przedstawionych na wykresie. Rzeczywiste czasy podtrzymania są zależne od kilku zmiennych, w tym od okresu eksploatacji akumulatora, poziomu naładowania akumulatora, warunków otoczenia i charakterystyki podłączonego obciążenia.” – wykres ten nie uwzględnia charakterystyki oferowanych pomp. Z kolei, przedstawiona przez Odwołującego opinia dot. sprawdzenia poprawności doboru źródła zasilania (zewnętrznego zasilacza UPS) pompy infuzyjnej „Fresenius – Agilia MC VP” nie zawiera informacji w jakim sposób zostało przeprowadzone sprawdzenie, jaki był stan techniczny wyposażenia zastosowanego do sprawdzenia (oprócz informacji, że można przyjąć stan techniczny za zadowalający). Izba podziela stanowisko Przystępującego, że brak w przedmiotowej opinii danych charakterystyki urządzenia, nieznaną jest stan użytej pompy, ani nie zostały określone nastawy, w jakich badanie się odbywało, co ma istotny wpływ na pobór mocy, a tym samym na czas pracy zasilacza. W związku z powyższymi brakami materiału dowodowego przedłożonego przez Odwołującego Izba stwierdziła, że nie wykazał on aby zasilacz oferowany przez Przystępującego nie spełniał parametru granicznego określonego dla niego przez Zamawiającego.

Jednocześnie Izba, nie podzieliła również argumentacji Przystępującego, który twierdził, że skoro akumulator w który wyposażona jest pompa o mocy 2,2 Ah zapewnia pracę urządzenia przez okres od 4 do 11 godziny, to oferowany zasilacz o mocy 7,2 Ah relatywnie dłużej będzie podtrzymywał pracę pompy.

Izba, wobec postanowień SIWZ, która zgodnie z pkt 6.5.1.1. wymagała aby wykonawcy na potwierdzenie spełniania parametrów granicznych przedstawili oryginalne foldery

producenta, katalogi, karty charakterystyki, instrukcję lub wyciąg z instrukcji, dokumentację techniczną, świadectwa rejestracji, oświadczenia producenta – potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry, stwierdziła, że Przystępujący na potwierdzenie spełniania oferowanego parametru z poz. 312 OPZ dla części 1 dot. czasu podtrzymywania pracy urządzenia przez oferowany zasilacz, stosownego dokumentu nie przedstawił. W złożonej, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp karcie katalogowej brak jest informacji o czasie podtrzymywania pracy urządzenia przez oferowany zasilacz. W ocenie Izby, parametrem potwierdzającym ten parametr nie jest moc wyjściowa zasilacza do której Przystępujący przypisał pozycję 312, lecz powinien to być czas podtrzymywania pracy urządzeń przez oferowany zasilacz UPS – takiego parametru brak w złożonej przez Przystępującego karcie katalogowej, a więc uznać należy, że Przystępujący nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie tego parametru. Jednocześnie, Izba zważyła, że przedmiotowy dokument stanowi dokument na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego i jako taki zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp podlega uzupełnieniu. Należy zauważyć, że zgodnie z 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 (a takim jest dokument o którym mowa powyżej), lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W zakresie tego dokumentu Zamawiający nie realizował dotychczas swego obowiązku wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu wystosowanie do Przystępującego wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego parametr określony w pkt. 312 Załącznika nr 1a do SIWZ Opis Przedmiotu zamówienia dla Części nr 1 zamówienia, tj. czas podtrzymywania pracy urządzeń przez oferowany zasilacz UPS.

Izba stwierdziła również, że nie potwierdził się zarzut drugi, dot. zaoferowania przez Przystępującego pomp nie spełniających wymagań określonych w poz. 175 dla części 1 i 173 dla części 3. Przy czym należy zauważyć, że dla części 1 parametr opisany w poz. 175 był parametrem granicznym, natomiast dla części 3 parametr opisany w poz. 173 parametrem takim nie był. Powyższe wynika z objaśnień Zamawiającego dot. sposobu oznaczenia poszczególnych parametrów, cyt. Parametry określone jako „tak” są parametrami granicznymi” – przy poz. 173 w części 3 brak jest słowa TAK.

Odwołujący kwestionował potwierdzenie przez Przystępującego ww. parametrów materiałami informacyjnymi na wezwanie w ramach procedury odwróconej, które miały stanowić dowód spełnienia potwierdzenia wymaganego parametru. Jednakże zgodnie z pkt 6.5.1.1. SIWZ wykonawca mógł potwierdzić oferowane parametry różnymi rodzajami „materiałów firmowych”, za które Zamawiający uznał np. oryginalne foldery producenta, katalogi, karty charakterystyki, instrukcję lub wyciąg z instrukcji, dokumentację techniczną, świadectwa rejestracji, oświadczenia producenta. Przystępujący na potwierdzenie spełniania m.in. ww. parametrów złożył oświadczenie producenta firmy Fresenius Kabi AG, które w swojej formie choć ogólnej tj. odnoszącej się generalnie do wszystkich wyrobów potwierdza, że oferowane wyroby spełniają wszystkie wymagania przedstawione przez Zamawiającego w załączniku nr 1A do Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia), vide: oświadczenie Fresenius Kabi AG z dn. 14.08.2018 r. Oświadczenie to, wobec braku określenia jego elementów przez Zamawiającego, Izba uznała za właściwe.

Odwołujący, podniósł również, że zaoferowane przez firmę Fresenius pompy objętościowe wyświetlają tylko informację „wypełnianie zestawu, naciśnij przycisk, aby wypełnić linię” po naciśnięciu i przytrzymaniu przycisku o nazwie „wypełnianie drenu odłącz pacjenta” Użytkownik nie ma możliwości określenia limitu dolnego 0,1 ml ani żadnego innego pośredniego limitu. Nie widzi też żadnej informacji o ilości podanego leku/płynu, a po osiągnięciu górnego limitu 30 ml pompa objętościowa przestanie podawać lek/płyn. Ponowne naciśnięcie przycisku pozwoli podać kolejną dawkę. Ponadto Zamawiający przy pompach objętościowych wymagał podania ilości progów konfiguracji, czego firma Fresenius nie uczyniła, ponieważ zaoferowane pompy tej funkcji nie mają, tj. nie mają żadnych progów ani możliwości ich konfiguracji.

W tym zakresie Izba podziela stanowisko Przystępującego, iż Zamawiający dopuścił oferowane przez Przystępującego rozwiązanie jako alternatywne do wcześniej wymaganego. Funkcja wypełnienia drenu w zakresie 30 ml jest funkcją zabezpieczającą, gdyż wtedy pompa kończy podawanie np. leku. Zgodnie z twierdzeniem Przystępującego, któremu Odwołujący nie zaprzeczył progi można ustawiać w wersji manualnej. Przystępujący stwierdził również, że pompa sygnalizuje wypełnienie drenu po każdym ml., na dowód czego przedstawił wyciąg z instrukcji obsługi oferowanej pompy, gdzie na str. 139, wskazano możliwość ustawienia objętości do podania w infuzji od 0,1 ml, która to jest pierwszą wartością, którą można ustawić (brak jest jednak dowodu na spełnienie parametru objętości wypełnienia drenu od 0,1 ml). Odnośnie braku określenia przez Przystępującego w ofercie progów konfiguracji, Izba stwierdziła, że w stosunku do rozwiązania przez niego oferowanego jako alternatywnego wobec rozwiązania pierwotnie wymaganego przez Zamawiającego, wymaganie to nie miało zastosowania. W ocenie Izby, taka teza znajduje potwierdzenie w sposobie sformułowania parametru w poz. 175 (część 1) oraz 173 (część 3)

gdzie Zamawiający wskazał, że „funkcja wypełnienia drenu z wyborem przez Użytkownika prędkości w zakresie nie mniejszym niż 100-500 ml/godz. i objętości wypełnienia drenu w zakresie nie mniejszym niż 5-50 ml lub pompy z funkcją wypełnienia drenu z prędkością maksymalną dla. i objętości wypełnienia drenu w zakresie od 0,1-30 ml.” Tym samym, Zamawiający wymagał możliwości wyboru przez Użytkownika prędkości wypełnienia drenu tylko przy oferowaniu pomp realizujących tę funkcję w pierwszy z podanych sposobów i to do niego odnosił się wymóg podania liczby progów konfiguracji (których jednak ani w sposób minimalny ani maksymalny Zamawiający nie określił). W przypadku realizacji tej funkcji w drugi z podanych sposobów funkcja jest realizowana poprzez wypełnienie drenu z prędkością maksymalną – brak tam wymagania co do możliwości ingerencji Użytkownika.

Odnosnie dowodu z prezentacji filmu Izba, uznała, iż nie stanowi on dowodu na okoliczność sposobu działania i realizowanych funkcji przez pompy oferowane przez Przystępującego, gdyż na przedstawionym filmie brak było jednoznacznego określenia modelu urządzenia którego działanie był prezentowane.

Jednakże wobec powstania wątpliwości co do szczegółowego sposobu realizacji wymaganych przez Zamawiającego funkcji (możliwości wypełnienia drenu w zakresie 0,1-30 ml.) oraz ze względu na treść dokumentów złożonych przez Przystępującego konieczne jest złożenie dodatkowych wyjaśnień co do faktycznego sposobu spełnienia wymagań pkt 175 (część 1) i 173 (część 3) OPZ przez oferowane pompy. Choć art. 87 ust. 1 Pzp ustanawia fakultatywność żądania, jednak zgodnie z zasadą należytej staranności Zamawiający powinien żądać od wykonawców wyjaśnień, gdy treść oferty budzi wątpliwości Zamawiającego, które powinny zostać rozstrzygnięte przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Ze tego względu, konieczne jest uzyskanie dodatkowych wyjaśnień co też Izba nakazała.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co w niniejszej sprawie miało miejsce.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: