

**WYROK**  
z dnia 30 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 września 2011 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2011 r. przez **Odwołującego** - Labo Clinic Sp. z o.o. S.K., ul. Dworcowa 41A/2, 10-437 Olsztyn, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin,

przy udziale **Wykonawcy** - MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., pl. Powstańców Śląskich 11/1, 53-329 Wrocław, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Labo Clinic Sp. z o.o. S.K., i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Labo Clinic Sp. z o.o. S.K., tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e**

I. Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę, montaż i uruchomienie wyposażenia SOR.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 16 czerwca 2011 r., poz. 2011/S 114-188605 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 19 września 2011 r. Labo Clinic Sp. z o.o. S.K. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie wobec czynności Zamawiającego w części część B, tj. zadania nr 9, polegającego na dostawie, montażu i uruchomieniu sprzętu laryngologicznego, i zakwestionowała zasadność odrzucenia złożonej przez siebie oferty i prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Medicus Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, jego oferta została nieprawidłowo odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., albowiem w ocenie Zamawiającego była ona niezgodna z wymaganiami, określonymi postanowieniami SIWZ, tj. w zakresie cech przedmiotu zamówienia, wymienionych w Zestawieniu parametrów w pkt 11, 21, 22, 25 i 29. Tymczasem, w kontekście odpowiedzi, jakich Zamawiający udzielił na pytania nr 398, 413 i 414, powyższe stanowisko Zamawiającego, jest według Odwołującego całkowicie nieuzasadnione. Odwołujący wywodził z udzielonych odpowiedzi na zadane przez siebie pytania, iż Zamawiający nie tylko dopuścił nowe, zaproponowane w pytaniach, rozwiązania, ale zmienił również inne wymagane w SIWZ parametry – co miało wynikać z charakteru zaproponowanych rozwiązań.

Ponadto Odwołujący, podnosił, że nie otrzymał zawiadomienia o odrzuceniu ich oferty wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym. O powyższym wymieniony powziął wiadomość dopiero w dniu 13 września 2011 r., wtedy, kiedy Zamawiający przesłał mu przy użyciu faksu informację o rozstrzygnięciu przetargu, z której wymieniony powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

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

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że złożył ofertę z najniższą ceną, a cena była jedynym kryterium oceny ofert.

Izba zauważa, że do postępowania odwoławczego nie stosuje się przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, wbrew przekonaniu Odwołującego (na posiedzeniu i rozprawie powoływał się na przepisy Kpc), a stosuje się wyłącznie, zgodnie z art. 185 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

Rozstrzygnięcie zarzutów odwołania sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie, czy zaoferowane przez Odwołującego unity laryngologiczne są zgodne z SIWZ, spełniają kompleksowo wymagania Zamawiającego, a w szczególności:

- czy posiadają 1. funkcję automatycznego opróżniania i czyszczenia słoja po każdym użyciu ssania, 2. elektrozawór i filtr dekalcyfikujący przed zbiornikiem, 3. wyświetlacz aktualnej temperatury na panelu przednim bądź
- czy odpowiadając na pytania, zadane przez Odwołującego, Zamawiający zrezygnował ze wszystkich powyższych wymogów.

W zakresie wymogu posiadania funkcji automatycznego opróżniania i czyszczenia słoja po każdym użyciu ssania Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z pkt 11 Zestawienia parametrów w SIWZ, unit laryngologiczny powinien posiadać funkcję automatycznego opróżniania i czyszczenia słoja po każdym użyciu ssania.

2. Do SIWZ zadano pytanie nr 413 o treści: „czy Zamawiający dopuści unit posiadający system instalacji odprowadzający odessaną treść do zbiornika wbudowanego w unit?”.
3. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 413, wyraził zgodę na unit. posiadający system instalacji, odprowadzający odessaną treść do zbiornika wbudowanego w unit („Tak, Zamawiający dopuszcza.”).
4. Odwołujący opisując w ofercie parametr z pkt 11 Zestawienia parametrów, podał: „Słój (zbiornik) jest ostatnim elementem obiegu; Zamawiający wyraził zgodę na unit posiadający system instalacji automatycznie odprowadzający odessaną część do zbiornika wbudowanego w unit, zatem unit jest wyposażony w system automatycznie odprowadzający odessaną treść do słoja i manualne opróżnianie oraz czyszczenie słoja”.

Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie wywodził, iż unity, wyposażone we wbudowany moduł ssący, którego ostatnim elementem jest zbiornik (słój), i który umożliwia użytkownikowi usuwanie całej woskowiny z kanału ucha, posiadają zbiornik na odessaną treść, zainstalowany wewnątrz. Taki unit nie jest podłączony do systemu kanalizacji i dlatego nie ma możliwości automatycznego opróżniania i czyszczenia zbiornika po każdym użyciu ssaka.

Wobec powyższego, oczywiste dla Odwołującego było, iż konsekwencją wyrażenia przez Zamawiającego zgody na unit, posiadający system instalacji, odprowadzający odessaną treść do zbiornika wbudowanego w unit, jest tym samym rezygnacja z funkcji automatycznego opróżniania i czyszczenia zbiornika po każdym użyciu ssaka. Odwołujący ocenił, iż brak podłączenia unitu do kanalizacji powoduje „niecelowość zainstalowania w nim systemu automatycznego opróżnienia i czyszczenia zbiornika po każdym użyciu ssaka”.

Przystępujący, na pytanie zadane na rozprawie, czy możliwe jest istnienie unitów, będących samodzielnymi jednostkami, w których zbiornik jest oczyszczany automatycznie, odpowiedział twierdząco. Odwołujący natomiast zaprzeczył, twierdząc, że dwa rodzaje unitów – samodzielne jednostki i unity podłączone do kanalizacji to zbiory rozdzielne i nie posiadają takiego samego parametru – funkcji automatycznego oczyszczania zbiornika.

Na podstawie powyższych ustaleń i stanowisk Stron, Izba stwierdziła, że unit Odwołującego, jako nieposiadający funkcji automatycznego oczyszczania zbiornika, jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Izby dopuszczenie możliwości zaoferowania unitu będącego samodzielną jednostką nie spowodowało rezygnacji z funkcji automatycznego opróżniania słoja. Dla Izby oczywiste jest, że jest to wymóg istotny z punktu widzenia Zamawiającego – nie tylko ułatwiający pracę, ale powodujący większą ochronę przed zagrożeniem epidemiologicznym. Dopuszczenie unitu - samodzielnej jednostki nie jest równoznaczne z rezygnacją z tejże funkcji, ponieważ Zamawiający odpowiadając na pytanie 413 nie mógł się spodziewać, że zaproponowana

w pytaniu jednostka funkcji takiej nie będzie posiadała. W postępowaniu wykonawcy mogą zaproponować rozwiązania nowe, dotychczas nieistniejące na rynku – można założyć, że możliwe jest wyposażenie unitu będącego samodzielną jednostką w możliwość oczyszczania automatycznego. Unity włączone w system kanalizacji również posiadają zbiornik na odessaną treść – a zatem wykonawca mógłby zaproponować sposób podłączania zbiorników samodzielnych unitów do kanalizacji. Nie ma przy tym w ocenie Izby w tym przypadku znaczenia, czy takie rozwiązanie już istnieje na rynku, czy byłoby rozwiązaniem nowym, skonstruowanym wyłącznie na potrzeby niniejszego zamówienia.

Odwołujący musiał mieć świadomość, że oferowane przez niego unity nie posiadają wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności (automatycznego opróżniania zbiornika) bowiem w punkcie 11 opisującym ten parametr, wskazał, „Słój (zbiornik) jest ostatnim elementem obiegu; Zamawiający wyraził zgodę na unit posiadający system instalacji automatycznie odprowadzający odessaną część do zbiornika wbudowanego w unit, zatem unit jest wyposażony w system automatycznie odprowadzający odessaną treść do słoja i manualne opróżnianie oraz czyszczenie słoja”.

Wnioskowanie Odwołującego z udzielonej odpowiedzi dopuszczającej unity postulowane w pytaniu o rezygnacji z funkcji automatycznego oczyszczania, jest zbyt daleko idące, w ocenie Izby zgoda Zamawiającego na unit posiadający system instalacji automatycznie odprowadzający odessaną część do zbiornika wbudowanego w unit, nie oznaczała rezygnacji z automatycznego oczyszczania zbiornika.

Zatem w związku z tą podstawą faktyczną (brak funkcji automatycznego oczyszczania zbiornika w unicie oferowanym przez Odwołującego) Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ.

W zakresie wymogu posiadania elektrozaworu i filtra dekalcyfikującego, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z:

- pkt 21 Zestawienia parametrów w SIWZ, unit laryngologiczny powinien posiadać elektryczny zawór wodny doprowadzający wodę do unitu i automatycznie odcinający zasilanie wody w przypadku awarii unitu;
- pkt 22 Zestawienia parametrów, unit laryngologiczny powinien być zaopatrzony w filtr dekalcyfikujący do wody, wpływającej do unitu.

2. Zamawiający udzielając przy tym odpowiedzi na pytanie nr 414 („Czy Zamawiający dopuści moduł do płukania ucha zasilany ze zbiornika wbudowanego w unit?”) , wyraził zgodę na zastosowanie modułu do płukania ucha, zasilanego ze zbiornika wbudowanego w unit („Tak, Zamawiający dopuszcza.”).

3. Odwołujący opisując w ofercie parametr:

- z pkt 21 Zestawienia parametrów, podał: „moduł do irygacji ucha zasilany ze zbiornika wbudowanego w unit wyposażony w zawór doprowadzający wodę ze zbiornika i automatycznie odcinający zasilanie wodne w przypadku awarii unitu”.

- z pkt 22 Zestawienia parametrów, podał: „filtr dekalcyfikujący do wody wpływającej do unitu ze zbiornika”.

4. W punkcie 23 Zestawienia parametrów Zamawiający wymagał unitu korzystającego z wody z instalacji wody pitnej, Odwołujący w ofercie oświadczył, że takie urządzenia oferuje.

Odwołujący wywodził, iż niemożliwym jest podłączenie do sieci wodnej i kanalizacyjnej unitów laryngologicznych, które są wyposażone w moduły irygacyjne, zasilane wodą ze zbiornika wbudowanego wewnątrz. Ponieważ w tym przypadku nie ma podłączenia do sieci wodnej i kanalizacyjnej, taki unit nigdy nie jest wyposażony w elektrozawór (zawór elektryczny), który zasila w unit w wodę i odcina dopływ wody z sieci wodnej. Ponadto z uwagi na okoliczność, iż tego typu unity laryngologiczne nie mają podłączenia do sieci wodnej i kanalizacyjnej, możliwym i celowym jest zastosowanie filtra dekalcyfikującego do wody wpływającej do unitu ze zbiornika (wskazuję przy tym, iż odpowiadając na pytanie 413 Zamawiający wyraził zgodę na unit posiadający system instalacji, odprowadzający odessaną treść do zbiornika wbudowanego w unit), a nie filtra dekalcyfikującego do wody wpływającej do unitu z sieci wodnej i kanalizacyjnej.

Dla Odwołującego oczywista była okoliczność, iż konsekwencją wyrażenia przez Zamawiającego zgody na zastosowanie modułu do płukania ucha, zasilanego ze zbiornika wbudowanego w unit, jest tym samym rezygnacja z:

- i) elektrycznego zaworu doprowadzającego wodę ze zbiornika i automatycznie odcinającego zasilanie wody z sieci wodnej i kanalizacyjnej, w przypadku awarii unitu,
- 2) filtru dekalcyfikującego do wody, wpływającej do unitu z sieci wodnej i kanalizacyjnej.

Odwołujący również podawał w wątpliwość celowość stosowania w/w rozwiązań.

Trafnie zauważył Przystępujący na rozprawie, że nie jest rzeczą Odwołującego oceniać celowość preferowanych przez Zamawiającego rozwiązań.

Rzeczywiście można byłoby zaakceptować pogląd, że unit zasilany wodą ze zbiornika nie musi być wyposażony w elektrozawór, – bowiem woda, w odpowiedniej ilości już się w unicie (w zbiorniku) znajduje. Jednak Odwołujący powinien zaproponować takie rozwiązanie, które by opowiadało funkcjom oczekiwany przez Zamawiającego - elektrycznego zaworu doprowadzającego wodę ze zbiornika i automatycznie odcinającego zasilanie wody z sieci wodnej i kanalizacyjnej, w przypadku awarii unitu. Wydaje się, że ręczne nalewanie wody do unitu takim oczekiwaniom nie odpowiada. Powyższe jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia,

bowiem bezsprzecznie Odwołujący nie zaoferował drugiej pożądanej funkcjonalności – odwapniania wody wpływającej do unitu. Zamawiający wymagał „filtra dekalcyfikujący do wody wpływającej do unitu ze zbiornika” i Odwołujący winien zaproponować takie rozwiązanie, które odpowiadałoby powyższemu wymogowi (odwapnianie wody przed nalaniem do zbiornika). Twierdzenia Odwołującego na rozprawie, iż do oferowanych przez niego unitów stosuje się wodę destylowaną, zatem pozbawioną zanieczyszczeń, są sprzeczne z wymogiem Zamawiającego, aby unity korzystały z wody z kanalizacji i z oświadczeniem Odwołującego, że takie urządzenia oferuje (korzystające z instalacji wody pitnej). Skoro Zamawiający oczekiwał, że unity laryngologiczne powinny jako całość być odwapniane (tzn. woda wpływająca do unitu/zbiornika), sprzeczne z wymogiem Zamawiającego jest oferowanie urządzenia mającego filtr wody wpływającej ze zbiornika.

W zakresie funkcji wyświetlania aktualnej temperatury Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z:

- 1) pkt 25 Zestawienia parametrów, unit laryngologiczny powinien mieć zainstalowany system regulacji temperatury wody w zakresie min. 36°C- 38°C,
- 2) pkt 29 Zestawienia parametrów, unit laryngologiczny powinien być zaopatrzony w wyświetlacz aktualnej temperatury na panelu przednim.

2. Zamawiający odpowiedzi na pytanie nr 398 („Czy Zamawiający dopuści moduł do irygacji przewodu słuchowego wyposażony w podgrzewacz utrzymujący stałą temperaturę wady na poziomie 37°C w związku z tym niewymagający wyświetlania aktualnej temperatury?”, wyraził zgodę na taki moduł do irygacji („Tak, Zamawiający dopuszcza”).

3. Odwołujący opisując w ofercie parametr z pkt 25 i 29 Zestawienia parametrów, podał: „moduł do irygacji przewodu słuchowego wyposażony w podgrzewacz, utrzymujący stałą temperaturę wody na poziomie 37°C, w związku z tym niewymagający wyświetlenia aktualnej temperatury”.

Oczywiste było dla Odwołującego, iż skoro Zamawiający dopuści w/w moduł, niecelowym jest zarówno instalowanie wyświetlacza aktualnej temperatury na panelu przednim, jak i instalowania w unicie systemu regulacji temperatury wody.

Na rozprawie Odwołujący wyjaśniał, że jego urządzenie sygnalizuje sygnałem dźwiękowym, kiedy woda osiąga odpowiednią temperaturę, a ponadto na wyświetlaczu wyświetla się komunikat, iż proces podgrzewania wody został zakończony.

Izba uznała, że powyższe można uznać za spełniające wymogi Zamawiającego, co jednak jest bez znaczenia dla odrzucenia oferty Odwołującego (została prawidłowo odrzucona jako niezgodna z SIWZ, co najmniej w związku z brakiem funkcji automatycznego oczyszczania zbiornika i filtra dekalcyfikującego przed zbiornikiem).



Reasumując, w niniejszym postępowaniu Odwołujący nieprawidłowo wywodził z większości udzielonych odpowiedzi na zadane przez siebie pytania, iż Zamawiający nie tylko dopuścił nowe, zaproponowane w pytaniach, rozwiązania, ale zmienił również inne wymagane w SIWZ parametry, – co miało wynikać z charakteru zaproponowanych rozwiązań. Rzeczywiście może się tak zdarzyć, że Zamawiający dopuszczając proponowane w pytaniach przez wykonawców rozwiązania zmieni tym samym inne wymagane parametry – tak stało się w przypadku sposobu komunikowania przez unit stałej temperatury 37 stopni. Niemniej jednak każdą tego rodzaju sytuację należy badać osobno, a rozstrzygnięcie każdorazowo będzie zależało od poczynionych ustaleń i specyfiki przedmiotu zamówienia. W tym przypadku Izba stwierdziła, że urządzenia oferowane przez Odwołującego nie posiadają funkcji wymaganych przez Zamawiającego. O ile może się zdarzyć, że nie będzie konieczne zachowanie określonego parametru, to urządzenia oferowane przez Odwołującego powinny posiadać funkcje wymagane przez Zamawiającego (m.in. automatyczne oczyszczanie zbiornika, odwapnianie wody wpływającej do zbiornika).

Odnosnie zarzutu, iż Odwołujący nie otrzymał zawiadomienia o odrzuceniu ich oferty wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, a o powyższym powziął wiadomość dopiero w dniu 13 września 2011 r., wtedy, kiedy Zamawiający przesłał mu przy użyciu faksu informację o rozstrzygnięciu przetargu, z której wymieniony powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty – Izba stwierdza, że czynność Zamawiającego była zgodna z art. 92 ust 2 Prawa zamówień publicznych.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie biegłego, ponieważ uznała, że do rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu nie jest konieczne posiadanie wiadomości specjalnych. Izba stwierdziła, że wystarczająca do rozstrzygnięcia jest dokumentacja postępowania i stanowiska Stron, nie brała natomiast pod uwagę pism, składanych przez Strony na rozprawie.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....