

Sygn. akt: KIO 2477/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 25 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2011 r. przez **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 2477/11**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „Dostawę, montaż i uruchomienie aparatury medycznej w ramach inwestycji „*Modernizacja Oddziału Chirurgicznego w Uniwersyteckim Szpitalu Dziecięcym w Krakowie*” numer sprawy MZP-271-2/150/2011” - grupa 7 (Inkubatory otwarte w ilości 2 szt.), zostało wszczęte przez Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie, ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 189-308593 w dniu 01.10.2011 r.

W dniu 09.11.2011 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyniku postępowania dla pakietu 7, tj. wyborze: Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18a, 85-655 Bydgoszcz zwanej dalej: „*Dräger Polska Sp. z o.o.*” oraz odrzuceniu oferty PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa zwanej dalej: „*PROMED S.A.*” albo „*Odwołującym*” na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”. Zamawiający wskazał, że wymagał zaoferowania inkubatora otwartego wyposażonego w zintegrowaną lampę do fototerapii. Z wyjaśnień otrzymanych od Wykonawcy wynika, że zaoferował on inkubator otwarty analogiczny jak w przypadku postępowania prowadzonego przez Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie na początku 2011 r. Jednakże w przywołanym w wyjaśnieniu Wykonawcy postępowaniu, Zamawiający wskutek zapytań od Wykonawców dopuścił również „*inkubator otwarty z przenośną diodową lampą do fototerapii neoBLUE mini z nastawnym ramieniem z uchwytem mocującym do inkubatora*”. W niniejszym postępowaniu Wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem o dopuszczenie takiego rozwiązania.

W dniu 18.11.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie PROMED S.A. na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp na w/w czynność w odniesieniu do pakietu 7. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 18.11.2011 r. (faxem). Odwołujący zarzucił niezgodność z Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: 1. dokonaniu wyboru w grupie 7 (Inkubatory otwarte w ilości 2 szt.) oferty Dräger Polska Sp. z o. o.; 2. odrzuceniu w ww. grupie oferty Odwołującego, a przy tym zaniechaniu podania uzasadnienia faktycznego tej czynności. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe

czynności zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i wadliwego zastosowania (lub zaniechania zastosowania) art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę, na którą składają się koszty przygotowania oferty oraz niezyskany dochód z tytułu wykonania umowy. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: 1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; 3. Dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności podniósł, że Zamawiający nie podał w istocie powodów odrzucenia oferty Odwołującego. Z treści pisma oznaczonego jako „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” nie wynika na czym miałyby polegać niezgodność treści oferty z SIWZ uprawniająca do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W piśmie tym, Zamawiający wskazał jedynie, że: *„Z wyjaśnień otrzymanych od Wykonawcy wynika, że zaoferował on inkubator otwarty analogiczny jak w przypadku postępowania prowadzonego przez Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie na początku 2011 r.”*. Zgodnie z poglądem panującym w orzecznictwie KIO, treść art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp jest jasna, nakłada bowiem na zamawiających obowiązek jednoczesnego powiadomienia wykonawców, których oferty zostały odrzucone wraz z podaniem pełnego uzasadnienia prawnego i faktycznego (wyrok KIO z dnia 05.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 949/09, wyrok KIO z dnia 09.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1436/09). W niniejszej sprawie Zamawiający odrzucając ofertę stwierdził, że wymagał zaoferowania inkubatora otwartego wyposażonego w zintegrowaną lampę do fototerapii i na tym praktycznie skończył swoją argumentację. Odwołujący nie wie który element jego oferty został zakwestionowany. Oczywiście można się próbować domyśleć, że Zamawiający widzi jakiś problem związany z lampą jednak swoich zastrzeżeń nie wyartykułował on w sposób jednoznaczny i pozwalający wyczerpująco ustosunkować się Odwołującemu, chociażby na potrzeby skorzystania ze środków ochrony prawnej. Uzasadnienie odrzucenia, jako czynności daleko idącej w skutkach dla wykonawcy bo pozbawiającej go możliwości zawarcia umowy, musi być precyzyjne umotywowane, zarówno w warstwie prawnej jak i faktycznej. Taki wymóg wynika wprost z powołanego art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, który chroni prawa wykonawców do kwestionowania niekorzystnych dla siebie działań zamawiających. Wykonawca nie mając wiedzy o tym co legło u podstaw odrzucenia nie jest w stanie przedstawić kontrargumentów. Zamawiający zamiast jednoznacznie określić, które postanowienia oferty Odwołującego stoją w sprzeczności z SIWZ, twierdzi, że w niniejszym postępowaniu Wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem o dopuszczenie składania ofert na dostawę: *„inkubatora otwartego z przenośną diodową lampą do fototerapii neoBLUE mini z nastawnym ramieniem z uchwytem mocującym do inkubatora”*. - co nie ma nic wspólnego z niniejszym postępowaniem. Z powodu braku

wyczerpującego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego czynność ta już tylko z tego powodu nie może się ostać i powinna być unieważniona. Zakładając z ostrożności, że Zamawiający uznał, iż inkubator zaoferowany przez Odwołującego nie został wyposażony w zintegrowaną lampę do fototerapii, to Zamawiający w żaden sposób nie wykazał na czym polega owy brak „zintegrowania” oraz, na jakiej podstawie uznał, że lampa nie jest „zintegrowana” ze stanowiskiem. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia podanym w specyfikacji technicznej – zestawieniu wymaganych parametrów technicznych dotyczących Grupy 7 tj. Inkubatorów otwartych w ilości 2 sztuk w pkt 2.4, Zamawiający wymagał aby urządzenia były wyposażone w „Zintegrowaną lampę do fototerapii”. W celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, w trybie art. 38 Pzp wykonawcy zwracali się do Zamawiającego z pytaniami dotyczącymi wyjaśnienia treści SIWZ. Jedno z pytań (nr 87 w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 12.10.2011 r.) dotyczyło sposobu integracji lampy ze stanowiskiem otwartym: *„Czy Zamawiający wymaga lampy grzewczej zintegrowanej z lampą do fototerapii odsuwaną na boki i nie dogrzewającą głowy personelu w trakcie zabiegów?”* (pytanie nr 87). Na tak postawione pytanie wykonawcy otrzymali odpowiedź, że *„Zamawiający podtrzymuje i wymaga zintegrowanej z inkubatorem lampy do fototerapii”*. Inne pytanie (nr 108 w ww. piśmie), dotyczące rodzaju lampy i sposobu jej integracji ze stanowiskiem, brzmiało: *„Czy Zamawiający dopuści wysokiej klasy inkubator z lampą do fototerapii mocowaną na statywie jezdnym, z regulacją światła w celu osiągnięcia optymalnej odległości źródło - dziecko?”* (pytanie nr 108). Odpowiedź na powyższe pytanie ograniczyła się do stwierdzenia, że *„Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ”*.

W ten sposób Zamawiający dał wyraz swojej interpretacji sformułowania „ZINTEGROWANY”, jako przeciwieństwa słowa „OSOBNY”. Innymi słowy, zintegrowana lampa do fototerapii, to lampa będąca częścią lub połączona z inkubatorem. Lampa zintegrowana jest zatem czymś innym niż odrębna lampa mocowana na statywie jezdnym. Taką też wykładnię wymogu „zintegrowania lampy do fototerapii” przyjął w niniejszym postępowaniu Odwołujący. Jak już wspomniano, w zakresie lampy do fototerapii postanowienia SIWZ, do których odsyłał Zamawiający, wskazywały jedynie, że lampa do fototerapii ma być „zintegrowana” (pkt 2.4 Załącznika nr 3/7 do SIWZ). Warto zauważyć, że podobnie Zamawiający określił integralność wagi do określania ciężaru pacjenta. Waga miała być „zintegrowana z inkubatorem” (pkt 2.5 Załącznika nr 3/7 do SIWZ). Zarówno w przypadku „integracji lampy do fototerapii”, jak i „wagi”, Zamawiający nie określił sposobu integracji. Przedmiotem wymagań była zintegrowana lampa do fototerapii oraz zintegrowana waga pacjenta. O ile wzbudziła obiekcyjne Zamawiającego lampa, o tyle nie miał on już zastrzeżeń w zakresie „wagi pacjenta”. Pomimo iż, podobnie, jak w przypadku lampy do fototerapii - wymagano aby waga pacjenta była „zintegrowana”. W tym też zakresie oferta Odwołującego nie została uznana za niezgodną z treścią SIWZ. Zaoferowana przez

Odwołującego wraz inkubatorem waga została zintegrowana ze stanowiskiem, gdyż znajduje się pod leżem pacjenta. Umożliwia to prowadzenie stałej kontroli wagi pacjenta, bez konieczności przerywania innych czynności dokonywanych przez personel. Wagę można jednak w każdej chwili wyjąć i zastosować np. w innym stanowisku, które takiej wagi nie posiada. Waga, podobnie jak lampa do fototerapii, została zatem zintegrowana z oferowanym inkubatorem, jest z nim połączona, a korzystanie z niej jest możliwe równoległe z korzystaniem z pozostałych funkcji inkubatora Panda Warmer, na analogicznej zasadzie jak w przypadku lampy do fototerapii. W kontekście powyższego stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z 09.11.2011 r. wydaje się tym bardziej nieuzasadnione. Reasumując, z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego wynika, że zaoferowane inkubatory muszą być wyposażone w zintegrowaną lampę do fototerapii. Należy z tego wywnioskować, że niezgodne z treścią SIWZ byłoby zaoferowanie „*inkubatora z lampą do fototerapii mocowaną na statywie jezdny*” (odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 108). Zamawiającemu chodziło więc o zamówienie w pełni zintegrowanego stanowiska, w którym lampa byłaby zamontowana na inkubatorze, nie stanowiłaby zaś oddzielnego elementu zamontowanego na statywie. Definicja, jaką „*Słownik języka polskiego*” nadaje słowu ZINTEGROWANY wskazuje, że chodzi element połączony w całość lub będący częścią całości. Przeciwnością lampy zintegrowanej jest więc lampa osobna, stanowiąca odrębny obiekt wyposażenia medycznego, np. zamontowana na statywie jezdny.

Zgodnie z powyższym wnioskiem, Odwołujący zaoferował w niniejszym postępowaniu dostawę dwóch sztuk inkubatora otwartego typu Panda Warmer, wyposażonego w zintegrowaną lampę Giraffe Spot PT Lite. Oferowane rozwiązanie produkcji Ohmeda Medical zapewnia, że stanowisko jest zawsze gotowe do użycia, gdyż zintegrowana lampa do fototerapii może zostać uruchomiona bez konieczności przenoszenia dodatkowych urządzeń. Pozwala to również na lepsze zorganizowanie przestrzeni, w jakiej zainstalowany jest sprzęt, gdyż zintegrowana lampa nie zajmuje dodatkowej powierzchni potrzebnej dla lampy zamontowanej na statywie jezdny.

Odnosząc się na koniec do fragmentu pisma Zamawiającego w którym stwierdza on, że: „*Jednakże w przywołanym w wyjaśnieniu Wykonawcy postępowaniu (poprzednim), Zamawiający wskutek zapytań od Wykonawców dopuścił również inkubator otwarty z przenośną diodową lampą do fototerapii neoBLUE mini z nastawnym ramieniem z uchwytem mocującym do inkubatora. W niniejszym postępowaniu Wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem o dopuszczenie takiego rozwiązania*”. Odwołujący podkreślił, że nie ma ono związku ze sprawą bo Odwołujący nigdy nie oferował Zamawiającemu wspomnianej przenośnej diodowej lampy neoBLUE - dopuszczonej w trybie wyjaśnienia treści SIWZ w poprzednim postępowaniu. W obydwu przetargach Odwołujący zaoferował identyczne stanowisko, wraz z identycznie zintegrowaną lampą do fototerapii:

inkubator otwarty Panda Warmer z lampą do fototerapii Giraffe Spot PT Lite. W związku z powyższym przytaczanie przez Zamawiającego wspomnianych okoliczności jest bezprzedmiotowe. Bacząc na powyższe, wskazał na następujące wnioski dotyczące przebiegu niniejszego postępowania.

1. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Ponadto, Zamawiający zaniechał podania uzasadnienia dokonanej czynności odrzucenia oferty, do czego jest zobligowany na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2. Przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch sztuk inkubatora otwartego, wyposażonego w zintegrowaną lampę do fototerapii oraz zintegrowaną wagę. Mimo wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, Zamawiający nie zinterpretował, co rozumie pod nazwą „*zintegrowana lampa do fototerapii*”. Jednakowoż, odpowiedzi na pytania nr 87 i 108 wskazują, że chodziło o lampę zintegrowaną, a nie lampę odrębną zamontowaną na osobnym, mobilnym statywie. Również słownikowa definicja sformułowania „*zintegrowany*” pozwoliła uznać, że Zamawiającemu chodziło o lampę połączoną z inkubatorem.

3. Odwołujący zaoferował inkubator typu Panda Warmer wyposażony m.in. w zintegrowaną lampę do fototerapii typu Giraffe Spot PT Lite. Lampa jest zintegrowana ze stanowiskiem w ten sposób, że została zamontowana na szynie inkubatora. Jest więc przeznaczona do stałego użytku wraz z oferowanym inkubatorem. Dodatkowo lampa nie wymaga oddzielnego statywu, ani osobnego źródła zasilania. Lampa do fototerapii jest zatem w pełni zintegrowana z inkubatorem.

Zamawiający w dniu 21.11.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.11.2011 r. (faxem) Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego. Odpowiedź została podpisana przez Dyrektora Dr hab. med. Macieja Kowalczyka, tj. osobę umocowaną do występowania w imieniu Zamawiającego. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz wszystkim uczestnikom postępowania przetargowego.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trzydniowym terminie, tj. do 24.11.2011 r. włącznie, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego zawiadomienie o złożeniu odwołania zostało przekazane uczestnikom postępowania faxem w dniu 21.11.2011 r. (informacja zawarta w piśmie Zamawiającego z dnia 23.11.2011 r. przesłanej faxem 23.11.2011 r.).

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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:**

.....