

Sygn. akt: KIO 2186/17

**WYROK**  
z dnia 27 października 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Mateusz Zientak**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 25 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2017 r. przez wykonawcę **M. P. Sp. z o. o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki w O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. (...)**

przy udziale wykonawcy **D. P. Sp. z o. o., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert i w jej wyniku odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę **D. P. Sp. z o. o. z siedzibą w B.**
2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Wojewódzki w . spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M. P. Sp. z o. o. ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Szpitala Wojewódzkiego w O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O.** na rzecz wykonawcy **M. P. Sp. z o. o. ul. (...)** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), w tym 7 500 zł 00 gr tytułem zwrotu uiszczanego wpisu oraz 3 600 zł 00 gr z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

2.3. nakazuje zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **M. P. Sp. z o. o. ul. (...)** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2186/17**

### **Uzasadnienie**

Szpital Wojewódzki w O. sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Zakup i dostawa respiratorów dla potrzeb Oddziału

Anestezjologii i Intensywnej Terapii - PN.D.OAiIT.27.17. Ogłoszenie zamieszczono w BZP 585549-N-2017 z dnia 2017-09-12 r. Wartość zamówienia nie przekracza równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Odwołujący: M. P. sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy D. P. Sp. z o.o. (dalej „D.”) w zakresie zadania nr 1 w ww. postępowaniu.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust 1 i 3 ustawy przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty D., pomimo, że zaoferowany sprzęt nie spełnia wymagań technicznych - granicznych,

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 12.10.2017 r. (pismo otrzymane w dniu 13.10.2017 r.) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez D. i nakazanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert, co winno prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, że jego interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp polega na naruszeniu przepisów ustawy, w związku z dokonaniem wyboru oferty podlegającej odrzuceniu. W przypadku powtórnej oceny i badania ofert Odwołującemu powinno zostać udzielone zamówienie.

Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy D. P. Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 1 podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp ponieważ treść oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji w zakresie wymaganych parametrów technicznych.

Wykonawca nie spełnia następujących wymagań siwz:

## II WYMAGANIA FUNKCJONALNE

70. Układ pomiarowy przepływu umieszczony w obrębie obudowy respiratora (wielorazowego użytku) - możliwość wyjęcia zastawki wydechowej wraz z czujnikiem przepływu bez użycia narzędzi oraz możliwość czyszczenia zastawki wydechowej wraz z czujnikiem przepływu w myjce automatycznej oraz ich sterylizacji w temp. 134°C) lub czujnik proksymalny jednorazowy

Oferent, firma D. w swojej ofercie w punkcie 70 zaoferowała co następuje:

Układ pomiarowy przepływu umieszczony w obrębie obudowy respiratora (wielorazowego użytku) - możliwość wyjęcia zastawki wydechowej wraz z czujnikiem przepływu bez

użycia narzędzi oraz możliwość czyszczenia zastawki wydechowej wraz z czujnikiem przepływu w myjce automatycznej w temp. 134°C lub czujnik proksymalny jednorazowy  
TAK

Układ pomiarowy przepływu umieszczony w obrębie obudowy respiratora (wielorazowego użytku) -

możliwość wyjęcia zastawki wydechowej wraz z czujnikiem przepływu bez użycia narzędzi oraz

możliwość czyszczenia zastawki wydechowej wraz z czujnikiem przepływu w myjce automatycznej oraz ich sterylizacji w temp. 134°C) lub czujnik proksymalny jednorazowy

W ofercie firmy D. parametry wymagane przez Zamawiającego są w całości przepisane do pola gdzie oferent powinien wpisać tylko parametry faktyczne oferowanego przez siebie urządzenia. Firma D. po pierwsze próbuje zaoferować dwa wykluczające się systemy pomiaru przepływu, po drugie nie definiuje tego co oferuje Zamawiającemu, a po trzecie żadna z dwóch części, z których skonstruowany jest wymóg postawiony przez Zamawiającego w punkcie 70 nie jest spełniona przez zaoferowane urządzenie Evita V500. Jeśli chodzi o pierwszą część wymogu z punktu 70 czyli „Układ pomiarowy przepływu umieszczony w obrębie obudowy respiratora (wielorazowego użytku) - możliwość wyjęcia zastawki wydechowej wraz z czujnikiem przepływu bez użycia narzędzi oraz możliwość czyszczenia zastawki wydechowej wraz z czujnikiem przepływu w myjce automatycznej oraz ich sterylizacji w temp. 134°C)” to respirator Evita V500 nie posiada czujników przepływu umożliwiających czyszczenie w myjce automatycznej.

Sposób czyszczenia i dezynfekcji czujników przepływu używanych w respiratorach Evita V500 został bardzo szczegółowo opisany w instrukcjach obsługi do urządzenia Evita V500 i został przez producenta jasno określony jako mycie sposobem ręcznym.

Czujniki przepływu stosowane w respiratorach firmy D. swój pomiar opierają na technologii anemometru Hot-wire czyli rozgrzanego drutu zainstalowanego w czujniku. Rozgrzewający się drucik umieszczony w czujniku przepływu jest wyjątkowo cienki, prawie niewidoczny dla człowieka i umycie takiego czujnika w myjce automatycznej gdzie ciśnienie wody wynosi około 1,5 bara, a przepływ wody przez czujnik to około 10 l/min powoduje przerwanie drucika, co powoduje, że cały czujnik musi być przeznaczony do utylizacji.

Producent respiratorów Evita V500 dopuszcza jedynie ręczny sposób czyszczenia i dezynfekcji czujnika przepływu wykonywany poprzez bardzo delikatne zanurzenie w kuwecie z substancją czyszczącą. Do wykonania procedury ręcznej musi zostać przygotowane odpowiednie dodatkowe stanowisko pracy na oddziale i poświęcony dodatkowy czas pracowników oddziału Intensywnej Terapii. Automatyczny system czyszczenia całej zastawki

wydechowej wraz z czujnikiem przepływu w myjce automatycznej wymagany w punkcie 70 przez Zamawiającego, zdecydowanie usprawnia działanie całego zespołu Intensywnej Terapii oraz osób pracujących w dziale sterylizacji i ma pozytywny wpływ na bezpieczeństwo epidemiologiczne na oddziale, gdyż wszystkie elementy respiratora wymagające czyszczenia, dezynfekcji i sterylizacji parowej mogą być jednocześnie przekazane do centralnej sterylizacji, gdzie odpowiednio przeszkoleni fachowcy w swojej dziedzinie mogą w sposób bezpieczny dla siebie, dla przyszłych pacjentów i dla otoczenia przeprowadzać procedury czyszczenia, dezynfekcji i sterylizacji wszystkich dostarczonych elementów respiratora według zaleceń producenta.

Zaznaczyć również należy, iż firma D. zadała pytania w trakcie procedury w tym m.in. do punktu 70 specyfikacji z prośbą o dopuszczenie respiratora z czujnikami przepływu wielokrotnego użytku przystosowanymi dla kolejnego pacjenta w procedurze ręcznej i w dniu 18 września 2017 uzyskała jednoznaczną odpowiedź Zamawiającego, iż Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

Brak możliwości mycia czujnika w myjce automatycznej stanowi sprzeczność treści oferty z treścią siwz, co musi skutkować odrzuceniem oferty D., bowiem czujnik przepływowy nie spełnia wymagań Zamawiającego co do wymaganego sposobu mycia.

Respirator D. nie posiada również wbrew deklaracji wykonawcy czujnika proksymalnego. Czujnik proksymalny jednorazowy jako typ pomiaru przepływu musi umożliwiać jego stosowanie dla wszystkich wymaganych przez Zamawiającego kategorii wiekowych z punktu I-1 czyli „Respirator uniwersalny dla dzieci i dorosłych: Dzieci od min. 3 kg, Dorośli do min. 250 kg” natomiast takie rozwiązanie posiadają tylko respiratory firmy H. M. oferowane w Polsce przez firmę E. czyli przez firmę, która jako trzecia złożyła ofertę w tym przetargu. Firma D. natomiast oferuje czujnik proksymalny przepływu, który przeznaczony jest tylko dla bardzo małych dzieci w tym wcześniaków i jego nazwa handlowa to „Neonatal flow sensor” czyli noworodkowy czujnik przepływu.

Zamawiający na oddziale Intensywnej Terapii leczy przede wszystkim pacjentów dorosłych więc można jednoznacznie stwierdzić, że oferowany przez D. P. Sp. z o.o. czujnik proksymalny przepływu nie może być używany dla pacjentów, dla których przeznaczony został ten zakup.

Dodatkowo należy dodać, że respirator Evita V500 używając proksymalnego czujnika przepływu dla noworodków wymaga również zainstalowania zastawki wydechowej i drugiego dystalnego czujnika przepływu, który działa jako zabezpieczenie w razie awarii czujnika proksymalnego a jak już wskazano powyżej standardowy (dystalny) czujnik przepływu w respiratorach Evita V500 wymaga tylko i wyłącznie czyszczenia w procedurze ręcznej czyli

nie spełnia wymogu umożliwiającego czyszczenie w automatycznych urządzeniach czyszczących.

Odwołujący przedstawił wyciągi z instrukcji czyszczenia czujników przepływu o nazwach handlowych Infinity ID, Spirolog oraz SpiroLife, używanych w urządzeniach firmy D., gdzie jasno określone zostało, iż czujniki przepływu firmy D. jako jedyne elementy zespołów wydechowych nie mogą być poddawane automatycznej maszynowej procedurze czyszczenia i dezynfekcji w myjce automatycznej i wymagają czyszczenia w procedurze ręcznej.

Mając na uwadze powyższe stwierdza, że oferta wykonawcy D. winna zostać odrzucona.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca D. P. sp. z o.o. siedzibą w B. i wniósł o oddalenie odwołania.

Strony przedstawiły w trakcie rozprawy stanowiska.

Odwołujący wskazał na wymóg funkcjonalny opisany w punkcie 70 formularza. Zauważył, że wybrany wykonawca przepisał w całości powyższy wymóg, jako odnoszący się do zaoferowanego urządzenia. Przypomniał treść pytania numer 6 z odpowiedzią udzieloną dnia 18 września 2017 roku, w którym to pytaniu Przystępujący sugerował poproszenie o dopuszczenie czujnika z możliwością mycia ręcznego. Zamawiający w odpowiedzi podtrzymał zapisy SIWZ. Przypomniał, że wykonawca zaoferował urządzenie EVITA V 500, w którym wewnętrzny czujnik przepływu jest czyszczony i dezynfekowany ręcznie, a nie automatycznie, jak wymagano w SIWZ. Złożył do akt instrukcję demontażu, montażu oraz czyszczenia oraz dezynfekcji urządzenia oraz katalog akcesoriów. Wskazał, że czujnik przedstawiony na str. 3 w ostatniej pozycji instrukcji został opisany obok innych w katalogu akcesoriów na str. 3. Podkreślił, że przedmiotem opisu jest czujnik przedstawiony w pozycji B jako przystosowany wyłącznie do czyszczenia ręcznego i dezynfekcji. Zauważył, że czujnik ten nie jest przystosowany do sterylizacji.

Odnośnie czujnika proksymalnego zauważył, że jako urządzenie alternatywne dopuszczono taki czujnik, lecz jednorazowy. Wskazał na katalog, w którym w pozycji D, E, F wskazano czujniki proksymalne przystosowane do dezynfekcji i sterylizacji, co oznacza, że nie są to czujniki jednorazowe. Wskazał także, że wyżej wymienione są przeznaczone wyłącznie dla noworodków, natomiast wymogiem Zamawiającego było przystosowanie zarówno dla dzieci jak i dla dorosłych (punkt 1 SIWZ).

Wskazał na kryteria oceny ofert w punkcie 15.2. SIWZ i zauważył, że punkt 70 wymagań nie jest kryterium ocenianym, lecz stanowi parametr wymagany (graniczny). Przypomniał przy

tym, że czujnik przepływu stanowi istotny element urządzenia, mający znaczenie także ze względu na ryzyko epidemiologiczne. Zauważył, że Zamawiający nie zbadał oferty Przystępującego pomimo konkretnych zarzutów przedstawionych mu przez Odwołującego. Stwierdził, że Zamawiający nie przedstawił dowodów na poparcie swojego stanowiska. Podkreślił znaczenie informacji zawartych w oficjalnych materiałach producenta firmy D. P. Sp. z o. o.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał na brak naruszenia zasad z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, zauważając przy tym, że część ustalonych parametrów technicznych opisana w SIWZ była jednocześnie kryteriami oceny. Z uwagi na postawione kryteria krąg oferentów mógł być znacznie poszerzony.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ustawy pzp, stwierdził brak podstaw odrzucenia wybranej oferty, która w jego ocenie spełnia postawione wymogi funkcjonalne. Na podstawie treści oferty nie miał podstaw wnioskowania o jej niezgodność z SIWZ. Uznał, że wykonawca posiada urządzenie spełniające postawione wymogi i takie urządzenia dostarczy, gdyż jest w stanie dokonać stosownej konfiguracji. Stwierdził, że ulotki i katalogi opisujące warunki techniczne urządzenia, nie stanowią wystarczającego dowodu na potwierdzenie faktu, czy wykonawca posiada urządzenie w takiej konfiguracji, w jakiej przedstawił i zaoferował w złożonej ofercie.

Zauważył, że wykonawca złożył ofertę mając w pełni świadomość, co do wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ. Podzielił stanowisko Odwołującego o znaczeniu wymogów opisanych w punkcie 70 i stwierdził, że treść oferty Przystępującego nie pozwala na uznanie, iż podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią w SIWZ.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wybranego wykonawcy, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje. Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp; zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia konkurującemu wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał zasadność podniesionych zarzutów, których istotą jest stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, co oznacza naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez zaniechanie zastosowania przepisu w stosunku do oferty złożonej przez przystępującego w zakresie wymaganych parametrów technicznych.

Przedmiotem rozpoznania jest spełnienie wymagań funkcjonalnych opisanych w pkt II.70 o treści: „70. Układ pomiarowy przepływu umieszczony w obrębie obudowy respiratora (wielorazowego użytku) - możliwość wyjęcia zastawki wydechowej wraz z czujnikiem przepływu bez użycia narzędzi oraz możliwość czyszczenia zastawki wydechowej wraz z czujnikiem przepływu w myjce automatycznej oraz ich sterylizacji w temp. 134°C) lub czujnik proksymalny jednorazowy.”

W ofercie firmy D. parametr został w całości przepisany do pola gdzie oferent powinien wpisać parametry faktyczne oferowanego przez siebie urządzenia. Firma wskazała dwa wykluczające się systemy pomiaru przepływu i faktycznie nie zdefiniowała tego co oferuje. W części wstępnej oferty wskazano jednak producenta oraz nazwę oferowanego urządzenia tj. urządzenie Evita V500.

W toku rozprawy odwołujący przedstawił na poparcie stanowiska dokumenty producenta, w tym instrukcję obsługi, montażu, czyszczenia i dezynfekcji z opisami dla poszczególnych elementów, potwierdzające parametry techniczne urządzenia zaoferowanego o nazwie wyżej wskazanej. Zamawiający nie negując treści tych informacji podważył w sposób ogólny walor dowodowy takich katalogów i ulotek. W tym zakresie, jak i pozostałych przystępujący nie przedstawił stanowiska na piśmie ani na rozprawie, na której był nieobecny.

Należy zauważyć, że sposób czyszczenia i dezynfekcji czujników przepływu używanych w respiratorach Evita V500 został szczegółowo opisany w instrukcjach obsługi do urządzenia i jasno określony jako mycie sposobem ręcznym. Producent respiratorów Evita V500 dopuszcza jedynie ręczny sposób czyszczenia i dezynfekcji czujnika przepływu wykonywany przez delikatne zanurzenie w kuwecie z substancją czyszczącą.

Brak możliwości mycia czujnika w myjce automatycznej stanowi w tych okolicznościach sprzeczność treści oferty z treścią siwz, bowiem czujnik przepływowy nie spełnia wymagań co do wymaganego sposobu mycia.

Respirator D. nie posiada również wbrew deklaracji wykonawcy czujnika proksymalnego zadeklarowanego jako alternatywa w ofercie. Czujnik proksymalny jednorazowy jako typ pomiaru przepływu musi umożliwiać jego stosowanie dla wszystkich wymaganych przez Zamawiającego kategorii wiekowych z punktu I-1 czyli „Respirator uniwersalny dla dzieci i dorosłych: Dzieci od min. 3 kg, Dorośli do min. 250 kg” ; firma D. natomiast oferuje czujnik proksymalny przepływu, który przeznaczony jest tylko dla bardzo małych dzieci w tym wcześniaków i jego nazwa handlowa to „Neonatal flow sensor” czyli noworodkowy czujnik przepływu.



Ustalenie powyższe skład orzekający opiera na spójnych twierdzeniach i dowodach przedstawionych przez odwołującego przy jednoczesnym braku dowodów przeciwnych.

Izba nie podziela przy tym stanowiska zamawiającego przedstawionego na rozprawie, że wymogi funkcjonalne, w tym zapewne oceniany z pkt 70 nie zawierały wielkości granicznych, jako że stanowiły one kryteria oceny ofert. Za niesporne ustalenie uznać należy, że zgodnie z postanowieniami pkt 15.2 siwz kryteriami oceny ofert oprócz ceny było jedynie 6 (sześć) parametrów, co do których możliwe jest przyjęcie tezy o dopuszczalnej wielkości ocenianej, natomiast bez wątpienia wymóg funkcjonalny opisany w pkt 70 zawiera parametry bezwzględnie wymagane rozumiane jako graniczne. W tym zakresie, po terminie składania ofert, zmiany charakteru tego parametru są niedopuszczalne.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie należało uwzględnić i na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) uwzględniając przy tym fakt, że odwołujący dokonał nadpłaty wpisu od odwołania w wysokości o 7 500 zł przewyższającej wpis należny.

**Przewodniczący:** .....