

POSTANOWIENIE

z dnia 21 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **21 czerwca 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 czerwca 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1 b, 01-520 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, ul. Rybacka 1, 70-204 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18a, 85-655 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1232/11 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1 b, 01-520 Warszawa kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę monitoringu parametrów życiowych, stanowisk do znieczulania ogólnego i defibrylatorów” (znak: 3/PUM >/2011), zostało wszczęte przez Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, ul. Rybacka 1, 70-204 Szczecin zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 104-170491 w dniu 31.05.2011 r.

W dniu 31.05.2011 r. opublikowano ogłoszenie o zamówieniu oraz umieszczono na stronie internetowej Zamawiającego Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”.

W dniu 10.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1 b, 01-520 Warszawa zwana dalej: „PROMED S.A.” albo „Odwołującym” na podstawie art. 182 ust. 2 Pzp ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.06.2011 r. (faxem), na potwierdzenie tej okoliczności załączył dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że:

- 1) dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający złożenie oferty Odwołującemu, a przy tym nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego,
- 2) dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty i skalkulowanie ceny, a tym samym uniemożliwiający złożenie oferty, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1-3, art. 30 Pzp w zw. z art. 5 k.c. oraz inne przywołane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadniania odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a Pzp, dokonanie stosownej zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Po dokładnej analizie treści ogłoszenia oraz SIWZ dotyczącej przedmiotowego postępowania stwierdził, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób preferujący jednego, konkretnego wykonawcę. Tym samym doszło do wyłączenia Odwołującego z kręgu potencjalnych wykonawców, który mimo posiadania w swojej ofercie aparatury medycznej o najwyższej światowej jakości, spełniającej wszystkie obiektywne potrzeby Zamawiającego,

nie może złożyć oferty. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia (rozpatrywany kompleksowo, jako zespół wszystkich wymagań i parametrów) wskazuje na wyroby firmy Dräger oraz jest nieprecyzyjny, przez co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty.

CZĘŚĆ III.2 SIWZ - ZADANIE NR 1 ZESTAWIENIE PARAMETRÓW GRANICZNYCH 9 ZESTAWÓW DO ZNIECZULANIA OGÓLNEGO - pkt 9.

W pkt 9 Zamawiający stawia następujący wymóg: „9. System dokowania mediów. Automatyczne podłączenie mediów (tlen, powietrze, N₂O, próżnia, zasilanie elektryczne, sieć informatyczna) po zadokowaniu aparatu.” Taki system jest unikalnym rozwiązaniem stosowanym wyłącznie w produktach firmy Dräger. Nosi on nazwę Media Docking™.

Podkreślił, że żaden inny wytwórca nie produkuje systemu nawet podobnego do tego który wytwarza firma Dräger. Działanie Media Docking™ polega na sprzęgu mechanicznym mediów (gazów, prądu) podczas podnoszenia przez kolumnę aparatu do znieczulenia. Inni producenci stosują odmienne rozwiązania techniczne. Jest to więc parametr w sposób bezdyskusyjny eliminujący całą konkurencję w zakresie aparatów przeznaczonych do znieczuleń.

Poniżej przedstawił opis z ulotki firmy Dräger potwierdzający jednoznacznie, że w opisie pkt 9 chodzi o takie rozwiązanie: „Unikalna opcja MediaDocking™ oferuje dodatkowy poziom komfortu, polegający na możliwości automatycznego podłączenia wszystkich mediów jednym szybkim-podłączeniem, eliminując czasochłonne ręczne podłączanie przewodów, kabli i zasilaczy Dokowanie tradycyjne albo innowacyjne dokowanie MediaDocking™ - obie wersje zawierają sprawdzony system bezpieczeństwa z magnetyczną/magnetyczno-optoelektroniczną, kontrolą połączenia zapewniającą bezpieczne połączenie zadokowanego sprzętu.”

Wymóg systemu dokowania mediów umieszczony przez Zamawiającego w SIWZ opisuje konkretne rozwiązanie techniczne, a nie opis wymagań funkcjonalnych.

Opracowana przez firmę Dräger koncepcja połączenia zasilania pneumatycznego i elektrycznego w jednym elemencie z jednej strony teoretycznie mogłoby być rozwiązaniem nieco bardziej praktycznym, z drugiej jednak także zwiększającym niebezpieczeństwo stosowania gazów anestetycznych i prądu elektrycznego bez odpowiedniej separacji.

I właśnie ze względów bezpieczeństwa rozwiązanie to nie znalazło uznania pozostałych producentów sprzętu medycznego, w tym jednego z liderów rynku medycznego firmy GE Healthcare.

System dokowania mediów z powodzeniem może zostać zastąpiony osobnym podłączeniem gazowym, elektrycznym i sieci informatycznej, który także stosuje firma Dräger, a który przy pozornie znikomym mniejszym komforcie, gwarantuje zminimalizowanie ryzyka w zakresie bezpieczeństwa w obrębie „styku” gazów z elektrycznością. Nie wpływa to

jednocześnie w żaden sposób na funkcjonalność aparatu do znieczulenia, systemu monitorującego i przesyłania danych.

Zadał pytanie, czy minimalne i nieznaczne (choć dla wielu użytkowników wątpliwe) zwiększenie komfortu, przy dużych kontrowersjach dotyczących bezpieczeństwa stosowania wyrobu, daje zamawiającemu prawo w tak drastyczny sposób likwidować konkurencję w rzeczonym postępowaniu? Rażąco jest w tych zapisach. W ocenie Odwołującego, również to, że jedynym producentem na świecie wytwarzającym kolumny kompatybilne z tym systemem jest właśnie firma Dräger. Warto zauważyć, że w równoległe prowadzonym postępowaniu na dostawę m.in. kolumn wymóg posiadania przez te kolumny systemu MediaDocking™ również został zawarty. W sposób oczywisty świadczy to o próbie ograniczenia konkurencji przy pomocy jednego wymogu w dwóch tak istotnych grupach sprzętu medycznego. Nadmienić trzeba, że firma PROMED również w tamtym postępowaniu złożyła odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dokonanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem cech obiektywnych przedmiotu świadczenia i w zamian posłużenie się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu (systemu MediaDocking™ firmy Dräger) rażąco utrudnia uczciwą konkurencję w niniejszym postępowaniu. Zażądał usunięcia pkt 9, jako zawierającego wymóg uniemożliwiający złożenie oferty innym wykonawcom, niż podmioty mające w swojej ofercie aparaty do znieczuleń firmy Dräger.

CZĘŚĆ III.1 SIWZ - ZADANIE NR 1 ZESTAWIENIE PARAMETRÓW GRANICZNYCH MONITORÓW PARAMETRÓW ŻYCIOWYCH NA SAŁĘ INTENSYWNEGO NADZORU WRAZ Z CENTRALĄ -4 SZT. - pkt 18 dot. Monitorów parametrów życiowych.

W pkt 18 (Współpraca z systemami informatycznymi szpitala) Zamawiający stawia żądanie: „18. Oferowany system monitorowania posiada funkcjonalność pozwalającą na uruchamianie typowych komputerowych aplikacji klinicznych.”

Treść niniejszego punktu odnosi się do bliżej niesprecyzowanych wymogów. Zamawiający nie wyjaśnia co kryje się pod hasłem: „komputerowej aplikacji klinicznej”, ani jakich rozwiązań oczekuje. Aplikacje komputerowe, do których niewątpliwie należą aplikacje kliniczne, charakteryzują się uwarunkowaniami technologicznymi mogącymi decydować o możliwości uruchomienia ich na danym systemie lub braku takiej możliwości. Uwarunkowania te stanowią ograniczenie tych aplikacji, a nie ograniczenie monitora pacjenta. Ograniczenia te nie mogą być brane pod uwagę jako kryterium oceny zaoferowanego rozwiązania. Brak wiedzy na temat kryteriów i wymagań poszczególnych aplikacji uniemożliwiają przygotowanie i złożenie oferty bez narażania się na jej odrzucenie w wyniku swobodnej interpretacji Zamawiającego.

Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia

w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia, i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Brak precyzji Zamawiającego w zakresie żądania zgodności oferowanego systemu monitorowania z systemami informatycznymi szpitala narusza zatem dyspozycję art. 29 ust. 1 Pzp. Zażądał sprecyzowania, jakich aplikacji klinicznych Zamawiający oczekuje (nazwa aplikacji, producent, zastosowana technologia, specyfikacja wywołania).

Odnosząc się do powyższych zarzutów, podniósł, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Każde postępowanie należy przede wszystkim prowadzić z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych. Podstawowymi zasadami udzielania zamówień, o absolutnie fundamentalnym znaczeniu są wyrażone w art. 7 Pzp zasady poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania.

W odniesieniu do wymagań, jakie powinien spełniać opis przedmiotu zamówienia postulat zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ustawodawca wyraził w treści art. 29 ust. 1-3 Pzp. Przywołał orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku w wyroku z dnia 27.11.2006 r., III Ca 1019/06, stwierdził, że z art. 29 ust. 1 Pzp wynika, iż: *„Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto użyte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te kierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo wykonywaniem prac danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w ten sposób, który umożliwi złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego”* (Zamówienia publiczne w orzecznictwie sądów, t. I, red. W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, Warszawa 2009, s. 203 i n.).

Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13.05.2005 r., II Ca 109/05, niepubl., okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.

Ważną czynnością Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak

słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15.10.2007 r., V Gaz 90/07: „Uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)” (*Zamówienia publiczne w orzecznictwie sądów, t. I, red. W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, W-wa 2009, s. 204 i n.*). Jednocześnie Zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy” (*Zamówienia publiczne w orzecznictwie sądów, t. I, red. W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, W-wa 2009, s. 154 i n.*). W piśmiennictwie, jak wskazał, podnosi się, iż dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach), tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Podkreśla się również, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji (Komentarz do art. 29 Pzp, M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2010, wyd. IV). W tym kontekście należy podnieść, że przekroczenie zakresu swobody formułowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego stanowi również naruszenie dyspozycji art. 5 Kc.

W dniu 20.06.2011 r. godz. 12:17 (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględniło w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz celem dopuszczenia jak największej liczby potencjalnych Wykonawców zgodnie z art. 38 ust.4a Pzp dokonał zmiany treści SIWZ. Po pierwsze, wykreślił pkt 9 część III.2 SIWZ – zadanie Nr 1 zestawienie parametrów granicznych 9 zestawów do znieczulenia ogólnego, po drugie, zmienił pkt 18 - Monitorów parametrów życiowych - część III.1– zadanie Nr 1 SIWZ zestawienie parametrów granicznych monitorów parametrów życiowych na salę intensywnego nadzoru wraz z centralą 4 szt. na: „Oferowany system monitorowania posiada funkcjonalność pozwalającą

na uruchamianie dowolnych komputerowych aplikacji klinicznych". Wskazał, ponadto, że zgodnie z jego wiedzą na rynku istnieją urządzenia, które umożliwiają uruchamianie komputerowych aplikacji klinicznych oraz takie, które nie pozwalają na uruchamianie żadnych aplikacji. Intencją Zamawiającego jest zakup urządzeń posiadających możliwość uruchamiania jakichkolwiek aplikacji klinicznych (np.: CliniNET, Hipokrates, Infomedica itp.). Odwołujący posiada w swej ofercie oba rozwiązania, tym samym powyższa zmiana SIWZ w sposób bezsporny umożliwia złożenie Odwołującemu ważnej oferty. Zamawiający posiada zainstalowany, na terenie Szpitala system Infomedica firmy ABG S.A., wykorzystujący technologię Oracle oraz SQL (po stronie serwera). Jednakże, Zamawiający, jak stwierdził, zdaje sobie sprawę, iż opisanie w ten sposób powyższej funkcji może, niepotrzebnie, jednoznacznie wskazywać na któregośkolwiek z Wykonawców, co nie jest zgodne z jego intencją. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Kanclerza mgr inż. Jerzego Ł. umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14.06.2011 r. podpisanego z kolei przez Rektora prof. dr hab. n. med. Przemysława N.

Zamawiający w dniu 13.06.2011 r. zamieścił na stronie internetowej odwołanie i wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 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” uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15.06.2011 r. (wpływ do Prezesa KIO w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej), a następnie potwierdził pisemnie w dniu 16.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Dräger Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18a, 85-655 Bydgoszcz zwany dalej: „Dräger Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Wskazał, że w odwołaniu wymienione są produkty Przystępującego oraz opisywane i komentowane ich właściwości. Nieprawidłowy, a tym samym wprowadzający Zamawiającego w błąd, sposób przedstawienia parametrów technicznych i wynikających z nich korzyści dla Zamawiającego, naruszają interes producenta i Przystępującego. Zmiany w SIWZ sugerowane przez Odwołującego mogą w sposób istotny wpłynąć na utratę możliwości udziału w postępowaniu, a w konsekwencji pozyskania przedmiotowego zamówienia.

W dniu 20.06.2011 r. godz. 16:25 Przystępujący (faxem), a 21.06.2011 r. pisemnie przesłał oświadczenie, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów w odwołaniu przez Zamawiającego. Niniejsze pismo zostało podpisane przez osobę

umocowaną, tj. Katarzynę K. działającą na mocy pełnomocnictwa z dnia 02.05.2011 r. podpisanego z kolei przez Prezesa Zarządu Jacka R. osobę ujawnioną w KRS-ie załączonym do oświadczenia i umocowaną do samodzielnej reprezentacji.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 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 2 lit. b w zw. z art. 186 ust. 3 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a 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:

.....