

Sygn. akt: KIO 348/15

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 marca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 6 marca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2015 r. przez **wykonawcę Aero-Medika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Zespół Specjalistycznej Opieki Zdrowotnej z siedzibą we Wrocławiu, ul. Dobrzyńska 21/23**

przy udziale **wykonawcy Medtronic Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ostrobramska 101** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 348/15 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Aero-Medika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40 kwoty 6 750zł. 00 gr. (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na sukcesywną dostawę pomp insulinowych zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 stycznia 2015r. za numerem 2015-11666.

W dniu 17 lutego 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Aero-Medika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kopernika 36/40 – dalej odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) ze względu na to, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) tj. oferowana pompa nie spełnia parametru określonego w załączniku nr 3 do siwz tj. w zakresie automatycznego wypełnienia drenu: tak – nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby. zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Medtronic Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ostrobramska 101.

W dniu 20 lutego 2015r. na czynność odrzucenia swojej oferty odwołanie wniósł odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną i faksem w dniu 20 lutego 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego wskutek błędnej oceny, iż jej treść nie odpowiada treści siwz, tj. że oferowane przez odwołującego pompy insulinowe nie spełniają wymaganego parametru przewidzianego w załączniku nr 3 do siwz - „automatycznego wypełnienia drenu- nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby”, pomimo, iż odwołujący (który nie był wzywany do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lecz jedynie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy) oświadczył, że zaoferowane pompy insulinowe spełniają wszystkie wymogi określone w siwz, a w szczególności iż: możliwa jest nieograniczona ilość wypełnień drenów w ciągu doby, jak również przedłożył oświadczenie S. K., działającego w imieniu spółki IME-DC GmbH oficjalnego europejskiego przedstawiciela producenta - spółki Sooil Development Co Ltd. Korea Południowa dla pomp insulinowych i artykułów jednorazowych Dana Diabecare oraz inne dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane pompy ww. wymogów, a w konsekwencji pominięcie faktu, iż oferta Odwołującego jest ofertą

najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego w siwz i ustawy;

2. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny, nieobiektywny, niezrozumiały oraz stroniczy, na skutek czego oferta odwołującego została odrzucona; ponadto przez próbę manipulacji parametrami technicznymi w zamówieniu w ten sposób, by mogła wygrać określona oferta.

Wniósł o:

1. dopuszczenie dowodów z dokumentów, w postaci:

a) dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, oferty Medtronic Poland Sp. z o.o., wezwania do wyjaśnień w trybie 87 ust. 1 ustawy z dnia 05.02.2015 r., wyjaśnień z dnia 09.02.2015 r., wyjaśnień z dnia 10.02.2015 r., ogłoszenia wyników przetargu nieograniczonego na sukcesywną dostawę pomp insulinowych;

e) umowy zawartej pomiędzy Centralnym Szpitalem Klinicznym MSW w Warszawie a Odwołującym,

f) oświadczenia S. K., działającego w imieniu spółki IME-DC GmbH oficjalnego europejskiego przedstawiciela producenta - spółki Sooil Development Co. Ltd. Korea Południowa dla pomp insulinowych i artykułów jednorazowych Dana Diabecare, wraz z tłumaczeniem na język polski oraz upoważnienie wraz z tłumaczeniem przysięgłym dla potwierdzenia uprawnienia spółki IME-DC GmbH do dystrybucji linii produktów pomp insulinowych Dana Diabecare R producenta - spółki SOOIL Development Co. Ltd., a także wypis z Rejestru Handlowego B Sądu Rejonowego Hof, potwierdzający uprawnienie S. K. do samodzielnego reprezentowania spółki IME-DC GmbH,

-wszystkie ww. dowody na okoliczności wymienione szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, a w szczególności na okoliczność, że oferowane przez odwołującego pompy insulinowe spełniają wymogi przewidziane w siwz;

2. dopuszczenie dowodów z zeznań następującego świadka:

- A. B., adres do doręczeń- adres odwołującego,

- na okoliczności wymienione szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, a w szczególności na okoliczność, że oferowane przez odwołującego pompy insulinowe spełniają wymogi przewidziane w załączniku nr 3 do siwz;

3. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy i eksploatacji urządzeń,

w tym urządzeń medycznych- na okoliczność, że oferowane przez odwołującego pompy insulinowe spełniają wymogi przewidziane w załączniku nr 3 do siwz, w tym posiadają funkcję automatycznego wypełnienia drenu oraz nieograniczoną liczbę wypełnień drenów w ciągu doby;

4. dopuszczenie dowodu z przesłuchania strony, reprezentowanej przez Prezesa Zarządu- G. B. - na okoliczność, że oferowane przez odwołującego pompy insulinowe spełniają wymogi przewidziane w załączniku nr 3 do siwz, w tym posiadają funkcję automatycznego wypełnienia drenu oraz nieograniczoną liczbę wypełnień w ciągu doby

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- (i) unieważnienia czynności wyboru oferty Medtronic Poland Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej i udzieleniu ww. wykonawcy zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę pomp insulinowych;
- (ii) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- (iii) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- (iv) równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji.
  
- (v) ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazał, że ma interes prawny do wniesienia niniejszego odwołania, gdyż odwołujący złożył ofertę, która po dokonaniu ponownej oceny ofert powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, albowiem zawiera ona najniższą cenę spośród wszystkich wykonawców, jak również w ocenie technicznej, zgodnie z załącznikiem nr 3 do siwz otrzymałaby 100 punktów. Oferta odwołującego pomimo, że spełnia wszelkie wymagania zamawiającego nie została wybrana, a wręcz przeciwnie oferta ta została odrzucona, które to działanie zamawiającego było sprzeczne z obowiązującymi przepisami ustawy, interesem publicznym, jak i interesem społecznym.

Szkoda jaką może ponieść odwołujący na skutek naruszenia przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów polega na utracie przychodu z tytułu wynagrodzenia za realizację zamówienia, gdyż w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołującego jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający w załączniku nr 3 do siwz określił m. in. następujące wymaganie dot. przedmiotu zamówienia: Automatyczne wypełnienie drenu: tak- nieograniczona ilość wypełnień drenów w ciągu doby

Odwołujący złożył stosownie do wymogów i zasad siwz ofertę. Pismem z dnia 17.02.2015 r., zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferty odwołującego, ze względu na to, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści siwz, tj. oferowana przez odwołującego pompa insulinowa nie spełnia parametru określonego w załączniku nr 3 do siwz, tj. w zakresie automatycznego wypełnienia drenu: tak-nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby.

Odwołujący uważa, że należy przyjąć zasadę takiego interpretowania i oceniania ofert wykonawców, aby w ramach przepisów ustawy w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Wbrew ww. zasadzie zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, wskutek błędnej oceny, iż jej treść nie odpowiada treści siwz, tj. że oferowane przez odwołującego pompy insulinowe nie spełniają wymaganych parametrów przewidzianych w załączniku nr 3 do siwz -nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby, pomimo, iż odwołujący oświadczył, że zaoferowane pompy insulinowe spełniają wszystkie wymogi określone w siwz, a w szczególności iż: możliwa jest nieograniczona liczba wypełnień drenów w ciągu doby, jak również przedłożył oświadczenie S. K., działającego w imieniu spółki IME-DC GmbH oficjalnego europejskiego przedstawiciela producenta - spółki Sooil Development Co Ltd. Korea Południowa dla pomp insulinowych i artykułów jednorazowych Dana Diabecare oraz inne dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane pompy ww. wymogów, a w konsekwencji pominięcie faktu, iż oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego w siwz i ustawy.

Odnosząc się wymogu zamawiającego odwołujący wskazał, że oferowana przez odwołującego osobista pompa insulinowa posiada wskazaną w siwz funkcję, co zostało potwierdzone w wyjaśnieniach odwołującego i załączonych do nich dokumentach. Przedmiotowe pompy insulinowe posiadają możliwość automatycznych wypełnień drenów, jak również możliwość nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby (przedmiotowa funkcja jest uzyskiwana przez restart ustawień (ilości wypełnień), przy czym jedynie dla bezpieczeństwa pompa sygnalizuje pacjentowi, że dokonał dwóch wypełnień. Pacjent ma możliwość nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby, lecz wymaga to jego akceptacji i działania, właśnie ze względów bezpieczeństwa. W przeciwnym wypadku, pacjent, który w nieświadomy sposób włączyłby przedmiotową funkcję, mógłby narazić się na bardzo poważny uszczerbek na zdrowiu, a nawet utratę życia. Stąd, sygnalizacja, iż pacjent już dwukrotnie dokonał wypełnienia drenu służy jedynie bezpieczeństwu i potwierdzeniu decyzji pacjenta o kolejnym wypełnieniu. Ponadto wbrew interpretacji zamawiającego, przedmiotowy warunek siwz traktuje o posiadaniu przez pompę

insulinową możliwości automatycznego wypełnienia drenu oraz możliwości nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby. Gdyby było inaczej, zamawiający przewidziałby kolejny wymóg o następującym brzmieniu: „automatyczna nieograniczona liczba wypełnień drenów ciągu doby”. zamawiający takiego warunku jednak nie postawił, gdyż wie, że takie urządzenie zagrażałoby życiu i zdrowiu pacjenta, albowiem taka funkcja oznaczałaby jedynie, że urządzenie w niekontrolowany sposób może podać pacjentowi śmiertelną dawkę insuliny. Odwołujący uważa zatem, że odrzucenie jego oferty nie mogło mieć miejsca i spowodowało przeprowadzenie błędnego Wyboru oferty Medtronic Poland Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej dla zamawiającego.

Prawo nie pozwala żadnego z oferentów traktować w sposób uprzywilejowany, czy też krzywdzący. zamawiający musi stawiać jednakowe wymagania wszystkim oferentom, a ustawy nie dopuszcza do zastosowania preferencji podmiotowych. Niemniej jednak zamawiający w ewidentny sposób naruszył ww. zasady oraz wbrew treści siwz, odrzucił ofertę odwołującego. Odwołujący podkreślił, że negatywna ocena zachowania zamawiającego podczas analizy złożonych w postępowaniu ofert, która prowadzi do wniosku, że zamawiający wprost naruszył art. 7 ust. 1 i 2 ustawy przez nierówne traktowanie wszystkich wykonawców, niejednakowe podejście do przedkładanych oferentów ofert, dokumentów i oświadczeń, a tym samym naruszył naczelną zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

W dniu 20 lutego 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23 lutego 2015r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił Medtronic Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ostrobramska 101 wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 lutego 2015r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgłaszającego przystąpienie. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 23 lutego 2015r., zaś odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 23 lutego 2015r. Wskazał, że ma interes w przystąpieniu wobec faktu, że w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego złożył ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Interes zgłaszającego polega na obronie decyzji zamawiającego o uznaniu oferty odwołującego jako niezgodnej z siwz. Korzystne dla zamawiającego rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej odniesie zatem skutek w postaci utrzymania decyzji o wyborze

oferty zgłaszającego, co będzie stanowiło najpełniejszy sposób ochrony praw i interesów zgłaszającego.

Wniósł również o nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w zakresie przesłuchania świadków i powołania biegłego, o co wnosi odwołujący, z uwagi na to, że postępowanie w tym zakresie jest bezprzedmiotowe, zaś wnioski te zostały powołane dla zwłoki.

Przystępujący uważa za słuszną czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego i dodatkowo na wstępie podnosi, że pompy insulinowe oferowane przez odwołującego nie spełniają zarówno parametru zakwestionowanego przez zamawiającego, ale również, co zostało przez Zamawiającego przeoczone, co najmniej dwóch dodatkowych parametrów bezwzględnie wymaganych, tj.:

- „Zasilanie pompy z baterii typu AAA, AA lub innej powszechnie dostępnej w sprzedaży w Polsce i Unii Europejskiej w placówkach handlowych takich jak: sieci supermarketów, stacje paliw, kioski typu „RUCH” sklepy ze sprzętem AGD i RTV i apteki”;
- „Możliwe procentowe lub jednostkowe zwiększenie lub zmniejszenie dawki bazowej, co 30 min.”

Przystępujący nie zgodził się z argumentacją odwołującego, że spełnił wymóg dotyczący automatycznego wypełnienia drenu i nieograniczonej liczby wypełnień drenu w ciągu doby. I wskazał, że pompy zaofertowane zamawiającemu przez odwołującego posiadają ograniczenie 2 (dwóch) wypełnień drenu w ciągu kolejnych 12 (dwunastu) godzin w przedziałach czasowych od 0:00 do 12.00 i od 12.00 do 24.00. Ograniczenie to jest wynikiem wprost z instrukcji obsługi pompy oferowanej przez odwołującego (str. 18 i 56), na dowód czego załączył wyciąg z instrukcją obsługi pompy Dana Diabecare R. Podniósł, że wbrew temu co twierdzi odwołujący, właśnie wymóg nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby jest podyktowany potrzebami bezpieczeństwa i wygody pacjentów. Wypełnienie drenu polega na zaaplikowaniu do drenu określonej liczby jednostek insuliny. Pacjent dokonuje wypełnienia drenu nie będąc podłączonym do pompy insulinowej, przez podłączenie drenu do zbiornika z insuliną, dokonanie wypełnienia drenu i następnie wykonanie wklucia. Przed wkluciem pacjent powinien sprawdzić czy w drenie nie znajdują się pęcherzyki powietrza, z tego też względu między innymi nie jest podłączony wtedy do pompy - musi usunąć powietrze z drenu, i dopiero dokonać wklucia. Nie jest to przypadek wyjątkowy, kiedy pacjent po wypełnieniu drenu ma problem z wkluciem, co może wynikać ze zmęczenia, stresu, braku wprawy. W przypadku, w którym pacjentowi nie uda się dokonać wklucia, powinien kolejny raz dokonać wypełnienia drenu od nowa i próby wklucia. Jeżeli pacjentowi nie uda się po raz drugi, musi mieć możliwość kolejnego wypełnienia drenu.

Odwołujący podnosił, że w przypadku pomp przez niego oferowanych, nieograniczoną liczbę wypełnień drenu w czasie doby można osiągnąć w trybie restartu urządzenia, zaś ograniczenie do dwóch wypełnień drenu jest wyłącznie sygnalizacją dla pacjenta ze względów bezpieczeństwa. Przystępujący podkreślił, że odwołujący nie kwestionuje istniejącego w pompach przez niego oferowanych ograniczenia polegającego na możliwości dokonania dwóch wypełnień drenu. Możliwość dokonania kolejnego wypełnienia drenu uruchamia się dopiero po dokonaniu przez pacjenta restartu urządzenia. W ocenie przystępującego nie spełnia to zakwestionowanego kryterium wskazanego w Załączniku nr 3 do SIWZ. Nie można bowiem uznać, że pompa oferowana przez odwołującego posiada funkcję nieograniczonej liczby wypełnień drenu w ciągu doby, skoro jest ona wyposażona w funkcję ograniczonej liczby wypełnień drenu w ciągu doby - dwóch w ciągu 12 godzin. Możliwość kolejnego, trzeciego jak i następnych, wypełnienia drenu w ciągu tej samej doby, zależna jest od restartu urządzenia. Taki przypadek przystępujący ocenił jako zaprzeczający istocie wymagania technicznego przewidzianego przez zamawiającego. Podkreślił, że restart urządzenia nie jest normalnym trybem uruchamiania danej funkcji, co do zasady konieczność restartu pojawia się w przypadku wystąpienia problemów z urządzeniem. Dalej, instrukcja obsługi pompy nie zawiera informacji o takiej możliwości - na str. 56 (rozdział 9 - rozwiązywanie problemów) wskazane jest wyłącznie, że w przypadku braku możliwości wykonania wypełnienia należy skontaktować się z obsługą techniczną. W sposób jednoznaczny wskazane jest to, że możliwe są wyłącznie dwa wypełnienia w ciągu 12 godzin. Nie jest zatem zgodne z prawdą twierdzenie, że jedynie dla bezpieczeństwa pompa sygnalizuje pacjentowi, że dokonał dwóch wypełnień. Instrukcja obsługi wyraźnie stwierdza, że liczba wypełnień drenu jest ograniczona, nie zaś, że pacjent jest informowany o tym, że dokonał dwóch wypełnień. Podniósł również, że konieczność dokonania restartu, o której nie ma mowy w instrukcji obsługi, będzie nieznaną pacjentowi, tym samym pacjent użytkujący pompę oferowaną przez odwołującego może być postawiony w sytuacji, w której po dwukrotnym wypełnieniu drenu bez skutecznego wkłucia, nie będzie miał możliwości zaaplikowania insuliny, bo nie będzie wiedział, że taka możliwość istnieje. Powzięcie przez niego wiadomości, że konieczny w tym celu jest restart, może spowodować u niego dezorientację, bo przystępujący wskazał, restart nie jest normalnym sposobem użytkowania urządzenia w celu skorzystania z funkcji, która powinna być fabrycznie zainstalowana. Ponadto, niewykłuczone, że restart pompy oferowanej przez odwołującego będzie prowadzić do resetu ustawień i informacji zapisanych w pamięci pompy, co będzie stanowić nie tylko niekorzystne i potencjalnie niebezpieczne z punktu widzenia pacjenta rozwiązanie, ale także wprost potwierdza, że propozycja przedstawiona przez odwołującego stanowi zaprzeczenie parametru z Załącznika nr 3 do SIWZ.



Nie zgodził się z tezą restartu dla bezpieczeństwa pacjenta, gdyż wypełnienia drenu pacjent dokonuje świadomie i samodzielnie, parametr opisany w Załączniku nr 3 do SIWZ nie przewiduje, że dren ma się automatycznie wypełniać nieograniczoną ilość razy. Co więcej, pacjent jest odłączony od pompy podczas wypełniania drenu, tym samym nie zachodzi ryzyko przypadkowego zaaplikowania większej dawki insuliny niż potrzebna. Rynek zamówień publicznych, których przedmiotem są pompy insulinowe, jednoznacznie interpretuje wymogi sformułowane tożsamo lub podobnie do spornego w niniejszym postępowaniu parametru. Wedle wiedzy przystępującego nigdy żaden zamawiający ani żaden wykonawca nie miał wątpliwości co do tego w jaki sposób rozumieć ten parametr. Co więcej, sam odwołujący doskonale zdawał sobie sprawę z tego jak zamawiający rozumieją tak sformułowane wymaganie techniczne. Potwierdzeniem tego są pytania zadawane przypuszczalnie przez odwołującego w przetargach, w których odwołujący w efekcie nie złożył swojej oferty. Pytania te wyraźnie wskazują na takie rozumienie parametru zakwestionowanego przez zamawiającego, jak zostało to przedstawione powyżej. Jako dowody odwołujący powołał Załącznik nr 1 do siwz w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przeprowadzanego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę osobistych pomp insulinowych do Szpitala Klinicznego im. K. Jonschera UM w Poznaniu (PN 2/14) oraz odpowiedzi na pytania do SIWZ w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przeprowadzanego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę osobistych pomp insulinowych do Szpitala Klinicznego im. K. Jonschera UM w Poznaniu (PN 2/14)

W ocenie przystępującego argumentacja odwołującego dotycząca możliwości dokonania nieograniczonej liczby wypełnień drenu w ciągu doby poprzez restart pompy, została przygotowana na potrzeby postępowania odwoławczego. Przystępujący podnosił również, że nie zgadza się z zarzutem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a w szczególności podkreślił, że nie doszło do zarzucanej przez odwołującego manipulacji parametrami, mającej doprowadzić do wyboru konkretnej oferty. Sporny parametr dotyczący nieograniczonej możliwości wypełnień drenu w ciągu doby jest powszechnie stosowany przez zamawiających pompy insulinowe, co nie jest przypadkowe. Praktyka ta wynika z powszechnej akceptacji zaleceń przygotowanych przez Polskie Towarzystwo Diabetologiczne, sformułowanych w dokumencie „Zalecenia kliniczne dotyczące postępowania u chorych na cukrzycę 2014”. Zalecenia rekomendują zawieranie w specyfikacjach dotyczących pomp parametru „nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby”. Na dowód czego załączono wyciąg z dokumentu Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego „Zalecenia kliniczne dotyczące postępowania u chorych na cukrzycę 2014”. Ponadto zarzuty do siwz należy uznać za spóźnione, zaś twierdzenia zarzucające

rzekome naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie znalazłyby żadnego potwierdzenia, a stanowią wyłącznie pomówienia odwołującego względem zamawiającego i przystępującego. Przystępujący wskazał nadto, że w niedawnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 161/15) odwołanie odwołującego od rozstrzygnięcia przetargu prowadzonego przez Szpital Miejski im. Franciszka Raszei w Poznaniu zostało oddalone. W postępowaniu tym odwołujący również twierdził, że zaoferowana przez niego pompa jest wyposażona w funkcję nieograniczonej liczby wypełnień drenu w ciągu doby, co KIO uznała za twierdzenie nieudowodnione, a wręcz sprzeczne z pochodzącą od samego odwołującego instrukcją obsługi pompy. Na dowód czego przedstawił wyciąg z wyroku z dnia 4 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 161/15

W zakresie powołanych przez odwołującego dowodów z dokumentów przystępujący stwierdził, że oświadczenie spółki IME-DC GmbH z dnia 15 maja 2014 r. i upoważnienie do wyłącznej dystrybucji z dnia 14 lipca 2008 r., odwołują się do niesprecyzowanej pompy Dana Diabecare, co nie pozwala na stwierdzenie, iż dotyczą one konkretnych pomp zaoferowanych w niniejszym postępowaniu. Niewykluczone, że producent posiada w swojej ofercie więcej pomp insulinowych. Trudno również ocenić w jakim celu zostało złożone wskazane oświadczenie, mając na uwadze jego datę i brak odniesienia się do konkretnych parametrów konkretnego przetargu.

W dniu 5 marca 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości, oddalenie innych wniosków dowodowych zgłoszonych przez odwołującego niż dowody z dokumentów oraz zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu swojego żądania podniósł, że nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż w dniu 5 lutego 2015 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie spełnienia parametrów bezwzględnie wymaganych dotyczących, m. in. automatycznego wypełnienia drenu - nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby.

Z treści wyjaśnień odwołującego w ocenie zamawiającego wynika, że oferowana, pompa insulinowa nie spełnia wymaganego parametru tj, automatycznego wypełnienia drenu - nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby, ponieważ wymaga restartu ustawień. Z instrukcji obsługi pompy insulinowej Dana Diabecare II wynika, że restart ustawień. dokonuje się przez wyjęcie baterii z urządzenia pompy. Instrukcja nie informuje, czy poprzez takie działanie nie dochodzi do utraty danych, z pompy. Kompletność danych, o ilości podanej insuliny przez pompę w każdej godzinie jest niezmiernie istotne dla pacjentów leczonych przy użyciu osobistej pompy insulinowej. Informacje o podanej

insulinie daje pacjentowi poczucie bezpieczeństwa, a lekarzowi pełen obraz leczenia i postępowania pacjenta oraz możliwość planowania dalszej terapii.

W instrukcji obsługi pompy insulinowej Dana Diabecare II, wyraźnie jest napisane na str. 23 w rozdziale „Wypełnienie zestawu infuzyjnego” w punkcie 8-, nota 2, że: „Można wykonać tylko dwa automatyczne wypełnienia w ciągu 12 godzin. Patrz, strona 44”, Dodatkowo w rozdziale 8 instrukcji obsługi „Sytuacje problematyczne”, na stronie 48 w punkcie 10 napisane jest: „Pompa nie wykonuje funkcji .wypełnienia — Pompa DANA może wykonać tylko 2 wypełnienia w ciągu ,12 godzin Wyjmij baterię na kilka sekund i załóż ją ponownie i wykonaj wypełnienie zgodnie z opisem, na stronie 23, [„..]” Dodatkowo, z przytoczonych opisów zawartych w instrukcji obsługi pompy Dana Diabecare II w ocenie zamawiającego nie można wywieść, że restart pompy po 2 automatycznych wypełnieniach w ciągu 12 godzin daje możliwość nieograniczonej ilości wypełnień. W tej sytuacji zamawiający stanął na stanowisku, że prawidłowo dokonał odrzucenia oferty odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy zamawiający uznał zarzut za pozbawiony wszelkich merytorycznych podstaw.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, publicznego zgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący, nie wystąpił z wnioskiem, o wyjaśnienie treści siwz, Wykonawcy otrzymują taki sam czas na złożenie wyjaśnień treści oferty lub uzupełnienia oferty. Zamawiający przesyła wszelką korespondencję w taki sam sposób do wszystkich wykonawców. Słuszność rozstrzygnięcia dokonanego przez zamawiającego potwierdza, w jego ocenie, choćby wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r. który stanowi : „Prawo zamówień, publicznych, nie powinno być stosowane i interpretowane jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a oderwaniu od innego celu jakim jest dokonywanie racjonalnych i celowych zakupów. Okoliczność, że dany wykonawca nie dysponuje produktem spełniającym wymagania zamawiającego zawarte w siwz lub też, że wymagania te są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia. publicznego jest prowadzone w sposób naruszający lub utrudniający uczciwą konkurencję (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2014 r. KIO 1329/1.4 )

W zakresie wniosków dowodowych odwołującego zamawiający wskazał, że dowody inne niż dowody z dokumentów wnioskowane przez odwołującego służą jedynie przedłużeniu postępowania odwoławczego, a nie wnoszą do sprawy nowych argumentów. Informacje dotyczące obsługi pompy insulinowej Dana Diabecare II zawarte są w instrukcji obsługi.

Zamawiający na podstawie doświadczenia zgromadzonego przez ponad 5 lat stosowania programu „Leczenie cukrzycy z zastosowaniem pompy insulinowej u dorosłych” z wykorzystaniem pomp insulinowych ma rozeznanie w zakresie sposobu obsługi pomp wielu

rodzajów. Celem. Zamawiającego było umożliwienie pacjentom korzystanie z pomp, które nie wymagają zbędnych czynności w ich obsłudze.

W dniu 6 marca 2015r. przed otwarciem posiedzenia w sprawie sygn. akt KIO 348/15 odwołujący złożył pisemne oświadczenie o wycofaniu odwołania, wnosząc jednocześnie o zwrot 90% uiszczanego wpisu. Oświadczenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 marca 2015r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

**Przewodniczący: .....**