

WYROK

z dnia 18 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia **31 grudnia 2015 r.** przez wykonawcę: **Covidien Polska Sp. z o.o., ul. Polna 11, 00-633 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **COPERNICUS PODMIOT LECZNICZY spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Nowe Ogrody 1-6, 80-803 Gdańsk**, przy udziale wykonawcy:

- A. **Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j., ul. Przyrodników 1C, 80-298 Gdańsk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Covidien Polska Sp. z o.o., ul. Polna 11, 00-633 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Covidien Polska Sp. z o.o., ul. Polna 11, 00-633 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od odwołującego Covidien Polska Sp. z o.o., ul. Polna 11, 00-633 Warszawa na rzecz zamawiającego COPERNICUS PODMIOT LECZNICZY spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Nowe Ogrody 1-6, 80-803 Gdańsk kwotę 662,40 zł (słownie: sześćset sześćdziesiąt dwa złote czterdzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa akcesoriów do aparatury medycznej i wyrobów medycznych jednorazowego użytku” (Dz. Urz. UE z 30.09.2015 r. Nr 2015/S 189-342418), dnia 31 grudnia 2015 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - w zakresie części (pakietu) nr 78, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 23 grudnia 2015 r. o ustaleniu wyniku przetargu, w tym o wykonawcach wybranych na poszczególne części zamówienia.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 stycznia 2016 r. przesłane drogą elektroniczną zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, złożył w dniu 4 stycznia 2016 r. wykonawca Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp.j. z siedzibą w Gdańsku - po stronie zamawiającego, który powołał się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego wyboru - jako najkorzystniejszej złożonej oferty na część 78 zamówienia.

Izba nie uwzględniła opozycji odwołującego i postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołujący Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia i wyborze jako najkorzystniejszej oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego oferty Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. w Gdańsku (dalej jako: Aksis) w zakresie pakietu nr 78, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 2) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego się Covidien Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie pakietu nr 78 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą zarzucił zamawiającemu COPERNICUS PODMIOTOWI LECZNICZEMU spółce z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), dalej „ustawy Pzp”, tj.:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Aksis w zakresie pakietu nr 78, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia ofert tego wykonawcy jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującej się Covidien Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie pakietu nr 78 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty Aksis w zakresie pakietu nr 78 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego, pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu wyrokiem:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Aksis w zakresie pakietu nr 78 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego;
- 2) odrzucenia oferty Aksis w zakresie pakietu nr 78 jako niespełniającej wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ;
- 3) wyboru oferty odwołującego się Covidien Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie pakietu nr 78 jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego;
- 4) zasądzenia na rzecz odwołującego się Covidien Polska Sp. z o.o. zgodnej z przepisanyymi normami kwoty stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego się poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

ponadto wnosił o:

- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania oraz znajdujących się w aktach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wskazanych w odwołaniu oraz ofert Aksis i Covidien Polska, na okoliczności podniesione w odwołaniu, ze szczególnym uwzględnieniem:

- niespełniania wymogów SIWZ przez produkty zaoferowane w pakiecie nr 78 przez Aksis;

- spełniania przez ofertę odwołującego się Covidien Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie pakietu nr 78 kryteriów pozwalających uznać ją jako najkorzystniejszą z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu;

6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego albo jednostki z dziedziny badań materiałów, technologii i urządzeń, w tym wyrobów medycznych, na okoliczność ustalenia: cech charakterystycznych produktów oferowanych przez Aksis w zakresie pakietu nr 78 oraz czy odpowiadają one wymaganiom określonym przez zamawiającego w SIWZ odnośnie pakietu nr 78, z uwzględnieniem w szczególności badania odnośnie niezgodności podniesionych przez odwołującego się w odwołaniu, a zwłaszcza dotyczącego wymogu kalibracji cyfrowej i pracy w technologii Oximax.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący Covidien podał, że, składając w terminie ofertę, stał się wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu, który na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy utracił szansę na uzyskanie zamówienia publicznego, tj. podmiotem wskazanym w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc dysponującym legitymacją czynną do złożenia niniejszego odwołania. W przypadku uwzględnienia nawet jedynie niektórych zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu jako oferta zwycięska w zakresie pakietu nr 78 powinna zostać wybrana oferta firmy Covidien Polska jako najkorzystniejsza w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniająca warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego spośród prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu. Tym samym firma Covidien Polska Sp. z o.o. posiada interes w wywiedzeniu niniejszego środka ochrony prawnej przewidzianego Prawem zamówień publicznych.

Odwołujący wyjaśniał, że z informacji z dnia 23 grudnia 2015 r. wynikało, iż zamawiający w pakiecie 78 wybrał ofertę wykonawcy Aksis. W ocenie odwołującego wyboru tego dokonano z naruszeniem wyżej wskazanych przepisów, a więc nie może się on ostać. Odwołujący podnosił, iż asortyment zaoferowany przez Aksis nie spełnia zasadniczych wymogów sformułowanych przez zamawiającego w SIWZ.

We wskazanym pakiecie 78 zamawiający wymagał dostarczenia m.in.:

- czujników jednorazowych, sterylnych lub mikrobiologicznie czystych, nie zawierających lateksu, samoprzylepnych dla noworodków poniżej 3 kg lub dorosłych powyżej 40 kg - sensor w technologii OxiMax, kalibrowanych cyfrowo i analogowo (poz. 1) oraz

- czujników jednorazowych, sterylnych lub mikrobiologicznie czystych, nie zawierających lateksu, samoprzylepnych dla noworodków powyżej 3 kg lub dorosłych poniżej 40 kg - sensor w technologii OxiMax, kalibrowanych cyfrowo i analogowo (poz. 2).

Powyższe wymogi w pełnej rozciągłości zostały podtrzymane w dniu 27 października 2015 r. w odpowiedziach zamawiającego na pytania formułowane przez wykonawców, w trybie art. 38 ust. 1 - 2 Prawa zamówień publicznych:

Pytanie 31: Dot. Pakietu nr 78 poz. 1,2,3

Prosimy o odstąpienie od wymogu aby czujnik był kalibrowany cyfrowo. Większość czujników SpO₂ (w tradycyjnej technologii) kalibrowanych jest analogowo. Kalibracja cyfrowa nie jest w nich stosowana ze względu na ograniczenia w budowie i pracę na bazie czujników LED a nie czujników cyfrowych. Wymóg kalibracji analogowej i cyfrowej wskazuje bezpośrednio na producenta i typ wyrobu jaki jest wymagany w postępowaniu przetargowym. Obecnie na rynku znajduje się tylko jeden producent tego typu czujników i tylko jeden typ wyrobu spełniający stawiane przez Zamawiającego wymagania: kalibrowane cyfrowo i analogowo są czujniki SoO₂ Nellcor w technologii OxiMax. Dla aparatów (monitorów/urządzeń) pracujących w tej technologii, wymóg taki ma sens, jednakże w przypadku zwykłych urządzeń pomiarowych pracujących w standardowym (analogowym) systemie wymaganie czujników kalibrowanych w sposób cyfrowy jest nieuzasadnione.

Odpowiedź zamawiającego: Zapisy SIWZ pozostają bez zmian.

Pytanie 34: Dot. Pakiet nr 78 poz. 1-4

Jeśli Zamawiający nie odstąpi od wymogu sterylności wyrobu i kalibracji cyfrowej, prosimy wówczas o wydzielenie pozycji 1-4 z pakietu nr 78 i utworzenie z nich odrębnego pakietu np. 78A, co umożliwi zamawiającemu otrzymanie asortymentu o wymaganych parametrach, które oferuje jeden producent, natomiast innym wykonawcom umożliwi zaoferowanie pozostałego asortymentu wymienionego w pakiecie nr 78 poz. 5-12, co będzie zgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie 120: Dot. Pakietu nr 78 poz. 1,2,3

Prosimy o dopuszczenie czujników kalibrowanych analogowo. Wymóg kalibracji cyfrowej oznacza, iż zamawiający oczekuje czujników oryginalnych, które oferowane są tylko przez jednego producenta, co praktycznie wyklucza pozostałych producentów. W zamian proponujemy czujniki kalibrowane analogowo, spełniające pozostałe wymogi SIWZ, które są aktualnie wykorzystywane w różnych szpitalach w monitorach Nellcor.

Odpowiedź: Zapisy SIWZ pozostają bez zmian.

Tym samym, wobec niepozostawiających wątpliwości postanowień SIWZ i braku ich modyfikacji, odwołujący stwierdził, iż wymóg kalibracji cyfrowej czujników był jednym z zasadniczych wymagań zamawiającego wobec asortymentu objętego przetargiem.

Odwołujący wyjaśniał, że oczekiwane przez zamawiającego czujniki są podłączane do pulsoksymetrów, którymi Podmiot Leczniczy dysponuje, a następnie za ich pomocą w trakcie stosowanych u zamawiającego procedur medycznych, dokonywane jest nieinwazyjne badanie pulsoksymetryczne saturacji, polegające na ocenie wysycenia krwi tętniczej tlenem i mające na celu określenie wydajności oddechowej pacjenta. Ocena pulsoksymetryczna saturacji jest obligatoryjnym i podstawowym pomiarem na wielu oddziałach szpitalnych. Pomiar ten ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia bezpieczeństwa pacjenta, bowiem szybki i dokładny pomiar umożliwia podjęcie takich działań, jak np.: rozpoczęcie wentylacji mechanicznej przy użyciu respiratora, wdrożenie określonego leczenia farmakologicznego oraz pozwala uniknąć monitoringu inwazyjnego - procedury mniej bezpiecznej dla pacjenta, bo np. naruszającej ciągłość tkanek. Dokładne i szybkie badanie pulsoksymetryczne saturacji jest szczególnie ważne w przypadku: pacjentów w stanie krytycznym, leczenia na oddziałach intensywnej opieki medycznej, wcześniaków i noworodków, noworodków leczonych farmakologicznie z uwagi na zaburzenia mikrocyrkulacji i hypotensję, wcześniaków z ostrymi i przewlekłymi chorobami płuc, wcześniaków z problemami kardiopulmonologicznymi, i często decyduje o życiu pacjentów należących do którejś z wymienionych grup wysokiego ryzyka.

Odwołujący przekonywał, że dokładna wartość dająca adekwatny wynik pulsoksymetrycznej saturacji i zapewniająca precyzję pomiaru jest możliwa jedynie wówczas, gdy czujnik do pulsoksymetru - jak chciał zamawiający - jest kalibrowany cyfrowo. Kalibracja cyfrowa oznacza, iż wartości kalibracji znajdują się w pamięci cyfrowej chipa wbudowanego w sensor czujnika, a monitor w pulsoksymetrze odczytuje wartość cyfrową z sensora, bez konieczności analizy. W praktyce oznacza to, że dokładny wzorzec kalibracji jest wbudowany w pamięci cyfrowej chipa (układu scalonego) czujnika i wówczas nie ma konieczności kalibracji sensora przez monitor - co ma miejsce w przypadku czujników kalibrowanych analogowo (przez monitor pulsoksymetru) i prowadzi do błędów pomiarowych. Odwołujący zaznaczał, że potwierdza to ulotka producenta czujników oferowanych przez Covidien Polska w niniejszym postępowaniu - „Nellcor Oximax. Przewodnik po czujnikach” (w załączeniu), gdzie można przeczytać m.in: Dzięki zastosowaniu wbudowanego układu pamięci cyfrowej, Oximax jest zunifikowaną platformą umożliwiającą dostosowanie czujników do różnego rodzaju wyzwań (str. 5) oraz Każdy czujnik Oximax posiada wbudowany unikatowy moduł pamięci cyfrowej. Po połączeniu czujnika z monitorem Oximax daje to możliwość efektywniejszego monitorowania pacjenta

również w najtrudniejszych warunkach LoSat, tj. w przedziale 80-60% +/- 3 cyfry. Oznacza to, że oferowane przez Covidien Polska czujniki Nellcor Oximax kalibrowane cyfrowo wykazują się dokładnością +/- 3 cyfry do 60% saturacji.

Odwołujący utrzymywał, że powyższej, gwarantowanej przez czujniki kalibrowane cyfrowo, dokładności pomiaru, nie zapewniają czujniki kalibrowane analogowo. Takie czujniki oferuje zaś w niniejszym postępowaniu Aksis. Są to czujniki chińskiego producenta Medlinket. Na potwierdzenie braku przez wybrany asortyment Aksis cechy kalibracji cyfrowej w pierwszej kolejności powołał się na dostępną ulotkę z opisem asortymentu zaoferowanego przez Aksis w niniejszym postępowaniu (w załączeniu). Na str. 2 ulotki wskazano, że saturacja poniżej 70% w czujnikach Medlinket jest nieokreślona, co zdaniem odwołującego wprost dowodzi braku kalibracji cyfrowej. W praktyce w przypadku, gdy saturacja (utlenowanie krwi tętniczej) u pacjenta, mierzona przez pulsoksymetr z założonym czujnikiem Medlinket (oferowanym przez Aksis) wynosi od 0 do 69% (co nie jest odosobnionym przypadkiem medycznym, a wręcz jest często spotykane) - wówczas czujnik wraz z urządzeniem, do którego jest podłączony nie są w stanie tak naprawdę określić poziomu rzeczywistej saturacji, a tym samym dokonać realnego i niezbędnego z punktu widzenia medycznego pomiaru. Jest to cecha charakterystyczna dla czujników kalibrowanych analogowo.

Ponownie podkreślił, iż pomiar ten jest niezwykle ważny w procesie leczenia, a zwłaszcza w trakcie zabiegów operacyjnych i diagnostyki oraz monitorowania pacjenta, bowiem pokazuje wydolność oddechową leczonej osoby. Natomiast sytuacje skutkujące drastycznym pogorszeniem dokładności pomiarowej, a czasami wręcz uniemożliwiającej dokonanie rzeczywistego pomiaru skutkować mogą w bezpośredni sposób niewłaściwą diagnostyką, co może stwarzać bezpośrednie zagrożenie dla życia i zdrowia pacjenta.

Ponadto, według odwołującego o braku kalibracji cyfrowej czujników zaoferowanych przez Aksis świadczy również treść powołanych powyżej *in extenso* pytań tego wykonawcy do zamawiającego, którymi Aksis usiłował, bezskutecznie jednak, przekonać zamawiającego do odstąpienia od wymogu kalibracji cyfrowej i modyfikacji w tym zakresie SIWZ.

Odwołujący podkreślał, iż zamawiający wymagał dostarczenia czujników posiadających sensor w technologii OxiMax (Nellcor). Opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ nie zawierał słów „równoważny” i/lub „kompatybilny”. W odpowiedziach na pytania wykonawców również nie dopuszczono odstąpienia od wymogu technologii Nellcor Oximax, ani nie wyrażono zgody na produkty równoważne, co jednoznacznie wskazuje, iż zamawiający wymagał oryginalnego produktu Oximax. Za istotne uznał, że asortyment w technologii Oximax może być zaoferowany przez więcej niż jednego oferenta, w tym Aksis,

która to firma w innych postępowaniach oferuje oryginalne czujniki Nellcor Oximax (oferty z innych postępowań w załączeniu), W tym natomiast postępowaniu, kierując się zapewne czynnikiem ekonomicznym, zdaniem odwołującego - zaproponowała czujnik chińskiego producenta Medlinket, który nie posiada cech platformy Nellcor Oximax. Świadczy o tym treść oryginalnych materiałów producenta Medlinket (załączona ulotka), w których konsekwentnie używa się sformułowań: kompatybilne z produktami do pulsoksymetrii, czujniki SpO₂ są dostępne i kompatybilne z popularnie używanymi pulsoksymetrami. Także informacje pochodzące ze strony internetowej http://www.alibaba.com/product-detail/Nellcor-Compatible-Disposable-SpO2-sensor_60124320126.html (kopia wraz z tłumaczeniem w załączeniu), za pośrednictwem której producent czujników Medlinket oferuje swoje produkty, również potwierdzają iż czujniki te są jedynie kompatybilne z monitorami Nellcor i monitorami innych wytwórców wyposażonych w technologię Nellcor. Kompatybilność czujników Medlinket z technologią Oximax według odwołującego oznacza jedynie, iż po podłączeniu czujnika system monitorujący Nellcor pokaże odczyt, natomiast nie ma żadnej gwarancji wiarygodności pomiaru, ze względu na różnice technologiczne. Użytkownik nie będzie w stanie określić, czy podane wartości saturacji korespondują z rzeczywistym wysyceniem krwi tętniczej w tlen, co stanowi zagrożenie życia i zdrowia pacjentów. W konsekwencji czujniki Medlinket zaoferowane przez Aksis będą swoimi właściwościami odpowiadały producentowi sprzętu, do którego zostały stworzone, a nie będą w stanie zapewnić prawidłowej pracy pulsoksymetrom Nellcor Oximax, znajdującym się na Oddziale Neonatologii, Pediatrii i Intensywnej Terapii Noworodka, które stanowią własność zamawiającego. Dodatkowo, w instrukcji obsługi pulsoksymetrów Nellcor Oximax (w załączeniu) znajduje się informacja, że nie wskazane jest używanie czujników innych niż w technologii Nellcor Oximax. Przerwanie łańcucha pulsoksymetr Nellcor Oximax - czujnik Nellcor Oximax skutkuje brakiem gwarancji prawidłowego odczytu i utratą właściwych dla tych technologii dokładności pomiarowych.

Tym samym brak dwóch istotnych cech platformy Nellcor Oximax: pracy czujnika w technologii Oximax i jego cyfrowej kalibracji przy jedynie oferowanych przez Aksis kalibracji analogowej i kompatybilności z technologią Oximax, skutkować będzie zdaniem odwołującego z medycznego i technologicznego punktu widzenia praktyczną nieprzydatnością posiadanych przez zamawiającego urządzeń Nellcor Oximax z uwagi na błędy pomiarowe. Z punktu widzenia zaś zapisów SIWZ brak któregokolwiek ze wskazanych warunków określonych przez zamawiającego - praca czujnika w technologii Oximax bądź cyfrowa kalibracja sensora czujnika, powinien skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z wymogami SIWZ. W przypadku Aksis zachodzi sytuacja, że oferta nie spełnia żadnej z dwóch istotnych cech wymaganych przez zamawiającego.

Powyższe wnioski odnośnie niezgodności oferty Aksis z wymaganiami zamawiającego sformułowanymi w SIWZ, w przekonaniu odwołującego znajdują jednoznaczne potwierdzenie w ugruntowanych poglądach doktryny i orzecznictwa na ten temat. Dla przykładu przytoczył tezy następujących orzeczeń:

- 1) *„Zamawiający jest zobowiązany w toku postępowania do rzetelnego ustalenia, czy zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ oraz spełnia kryteria będące podstawą ustalenia, która z ofert jest najkorzystniejsza. Poprzestanie jedynie na oświadczeniach Wykonawcy oraz działanie w zaufaniu do przedkładanych dokumentów, które dodatkowo zostały zakwestionowane w toku postępowania przez Odwołującego, prowadzić może do wyboru oferty, która w rzeczywistości nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy Prawo Zamówień Publicznych”* (wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 14 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2007/06, LexPolonica nr 1938615);
- 2) *„Ocena oferty, w tym również w zakresie zgodności parametrów technicznych oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego musi być dokonana przed wyborem oferty najkorzystniejszej”* (wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 18 maja 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-1416/06, LexPolonica nr 1904393);
- 3) *„Wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ, jest dopełnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”* (wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-49/06, LexPolonica nr 407326).

W tym stanie rzeczy wadliwość postępowania zamawiającego jest w ocenie odwołującej się firmy Covidien Polska Sp. z o.o. oczywista.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 stycznia 2016 r. wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania odwołującego oraz podał, co następuje.

„I. Odwołanie jest całkowicie bezzasadne. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w toku postępowania nie doszło do naruszania wskazanych w odwołaniu przepisów postępowania.

II. Wbrew twierdzeniu Odwołującego Zamawiający, w postępowaniu D.10.251.68.J.2015. wprost w treści STWZ dopuścił produkty równoważne. Zgodnie bowiem z zapisem w SIWZ punkt III podpunkt 6 „W przypadku asortymentu określonego przy pomocy nazw handlowych Zamawiający dopuszcza składania ofert na asortyment równoważny pod każdym względem, (j. składu, gramatury, zakresu, spektrum i czasu działania, postaci funkcji itp. W przypadku asortymentu równoważnego wykonawca jest zobowiązany określić jego nazwę handlową.”

Wbrew zarzutom Odwołującego, firma Aksis zaferowała czujniki w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego, w tym równoważne z technologią Oximax. Cytowany fragment SIWZ wskazuje, iż całkowicie bezzasadny jest zarzut zawarty w odwołaniu, iż SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie zawierał słów „równoważny” oraz jakoby Zamawiający wymagał jedynie oryginalnego produktu Oximax.

Nadto okoliczność, iż zaferowane czujniki są kompatybilne z pulsoksymetrami potwierdza sam Odwołujący w treści odwołania. Bezzasadne i gołosłowne są jedynie zarzuty zawarte w odwołaniu jakoby czujniki Med Linket zaferowane przez Aksis „nie będą w stanie zapewnić prawidłowej pracy pulsoksymetrów Nellcor Oximax” znajdujących się na Oddziałach Zamawiającego.

Powyższe twierdzenie Odwołującego jest całkowicie bezzasadne. Zamawiający wskazuje, iż jest już w posiadaniu czujników Med Linket takich samych jak zaferowane przez Aksis w spornym postępowaniu i czujniki te zapewniają prawidłową pracę 64 pulsoksymetrów Nellcor Oximax znajdujących się na Oddziałach Szpitala.

dowód: oświadczenia Wiceprezesa ds. Medycznych Zamawiającego

Niezależnie od niezasadności zarzutów w zakresie produktów wybranych. Zamawiający wskazuje, iż ewentualne zarzuty w zakresie treści SIWZ i dopuszczenia przez Zamawiającego produktów równoważnych Odwołujący powinien składać na wcześniejszym etapie postępowania.

III. Również całkowicie niezasadne, gołosłowne i nieudokumentowane przez Odwołującego jest twierdzenie jakoby czujniki Med Linket oferowane przez Aksis nie były kalibrowane cyfrowo. Brak kalibracji cyfrowej Odwołujący wywodzi z pytań innych oferentów zadanych w trakcie postępowania oraz z treści fragmentu ulotki nie odnoszącego się do kwestii kalibracji.

Tymczasem z kart produktów czujników Med Linket jednoznacznie wynika, że czujniki są kalibrowane cyfrowo. Te same informacje wynikają z deklaracji producenta czujników. Nadto niezależnie od posiadanych dokumentów potwierdzających kalibrację cyfrową czujników Med Linket, w dniu 13.01.2016 r. pracownicy Działu Aparatury Medycznej Zamawiającego dokonali rozłożenia na części pierwsze czujnika Med Linket. Po rozłożeniu stwierdzono, iż w środku znajduje się chip odpowiadający za kalibrację cyfrową urządzenia. Zatem niezależnie od posiadanych dokumentów, również dokonane oględziny potwierdzają kalibrację cyfrową urządzenia.

dowód:

- karty produktu*
- deklaracja producenta czujników wraz z tłumaczeniem*
- oświadczenie Wiceprezesa ds. Medycznych Zamawiającego*

Całkowicie niezasadne i nieuprawnione jest kwestionowanie przez Odwołującego spełnienia przez wybrane przez Zamawiającego produkty wymogu kalibracji cyfrowej na podstawie głosłownych zarzutów jakoby w ocenie Odwołującego wybrane przez Zamawiającego produkty nie spełniały wymogu kalibracji cyfrowej.

IV. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający wybrał ofertę firmy Aksis w pełni zgodną ze swoimi wymaganiami określonymi w SIWZ a odwołanie jest całkowicie niezasadne."

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień do SIWZ, oferty przystępującego, korespondencji między zamawiającym a przystępującym.

Inne wnioskowane dowody przez odwołującego:

- 1) wyciągi z dokumentacji oferty wykonawcy firmy Aksis w innym postępowaniu
- 2) wyciąg z dokumentacji oferty wykonawcy firmy Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Handlowe „VARIA” Sp. z o.o. w Rokitnicy w innym postępowaniu
- nic nie wnosily do sprawy,

3) tłumaczenie fragmentu specyfikacji dotyczące „gamy jednorazowych czujników firmy MED-LINKED” z zaznaczeniem, że: *„dostępne są też inne czujniki SpO2 kompatybilne z powszechnie stosowanymi produktami i modułami do pomiaru oxymetrii. Kompletna linia czujników firmy MED-LINKET została zaprojektowana z myślą o zapewnieniu wysokiej jakości, wydajności i przystępnej ceny”* - potwierdzają jedynie, że dany producent ofertuje w tym zakresie zróżnicowany asortyment.

4) Przewodnik po czujnikach firmy Covidien „Nellcor” „Oximax” w zakresie zaleceń danego producenta, potwierdzają znane okoliczności.

Inne wnioskowane dowody przez zamawiającego:

- 1) karty produktu,
- 2) deklaracja producenta czujników wraz z tłumaczeniem,
- 3) oświadczenie Wiceprezesa ds. Medycznych Zamawiającego [p. K.W.]
- odnoszą się do jednorazowych czujników saturacji typu Nellcor o zróżnicowanych numerach katalogowych, lub ich nie podają.

Inne wnioskowane dowody przez przystępującego Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j.

1. dowód z deklaracji producenta Medlinket, że jednorazowe czujniki SpO2 z oznaczonymi kodami są w procesie produkcji kalibrowane metodami cyfrowymi i analogowymi. Wymienione czujniki mają wbudowany cyfrowy chip odpowiedzialny za prawidłowy odczyt poziomu SpO2 i są kompatybilne z technologią Nellcor OxiMax. Dowód zgłaszany na

okoliczność cyfrowej kalibracji czujników odnoszą się do całej gamy czujników, w świetle niesprecyzowania co tożsamości w ofercie przystępującego oferowanych czujników, dowód nic nie wnosił do sprawy,

2. raport z testu wraz z tłumaczeniem z pominięciem ilustracji. Celem testu było zbadanie dokładności próbki czy spełnia wymogi przy podłączeniu do monitora pacjenta Nellcor. Nr części S0026M-L. Jest to raport dotyczący tego czujnika. Taki numer – karta katalogowa czujnika w ofercie przystępującego dla pakietu 78 nie występuje.

3. certyfikat wraz z tłumaczeniem na system zapewnienia jakości dla producenta Medlinket Electronics wystawiony przez TUV SUD Product Service GmbH zaświadczający, że producent stosuje system zapewnienia jakości w zakresie produktów czujniki pulsoksymetryczne na okoliczność wysokiej jakości oferowanych produktów. Dowód nieprzydatny, gdyż w zarzutach odwołania Covidien nie odnosił się do jakości produktów Medlinket.

4. deklaracja zgodności producenta Medlinket z wymaganiami zasadniczymi wraz z tłumaczeniem. Nazwa: czujniki do pulsoksymetrii – modele według załącznika. W załączniku 2 podana została lista numerów katalogowych czujników pulsoksymetrycznych. Dowód nieprzydatny, gdyż odwołujący nie kwestionował, że producent Medlinket wystawił deklarację zgodności dla podanej listy numerów katalogowych czujników pulsoksymetrycznych.

5., 6. i 7. Karty katalogowe wystawione przez Aksis z zaznaczeniem, iż jest to wyłączny dystrybutor na terenie Polski jednorazowego czujnika SpO2 w tym Nellcor Oxitech o nr katalogowych S0026K-SPS, S0026L-LPS, S0026M-LP z zaznaczeniem kalibrowany cyfrowo i analogowo.

Dowody pochodzą od dystrybutora produktów firmy Medlinket, a nie pochodzą z oryginalnych katalogów producenta. Stanowią jedynie własne oświadczenie firmy Aksis.

8. deklaracja producenta, że sensor E0026M-LP wynosi +/- 2 cyfry w zakresie 70%-100%. Czujnik jest kompatybilny z technologią Nellcor OxiMax.

Dokładność pomiaru saturacji SpO2 nie została wyznaczona w warunkach SIWZ. Deklaracja ta dotyczy jedynie czujnika S0026M-LP.

9. Dowód mający na celu wyjaśnienie oznaczenia literowego modeli czujników – dowód nieprzydatny do oceny zgłoszonych zarzutów braku kalibracji cyfrowej czujnika i braku zgodności z technologią OxiMax.

Dowód zgłoszony przez Covidien – pismo podpisane przez p. D.S. – radcę prawnego do spraw własności intelektualnej działu rozwiązań z zakresu wentylacji i monitorowania pacjenta firmy Covidien – Izba oceniła jako nieprzydatny do oceny zgłoszonych zarzutów braku kalibracji cyfrowej czujnika i braku zgodności z technologią OxiMax. Nikt nie

kwestionował praw własności przemysłowej firmy Covidien w zakresie pulsoksymetrów Nellcor i technologii OxiMax.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego przekazanych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby, o których potraktowanie jako dowodów w sprawie odwołujący wnosił, wynika następujący stan faktyczny.

SIWZ. III. Opis przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia stanowi „Dostawa akcesoriów do aparatury medycznej i wyrobów medycznych jednorazowego użytku”, których szczegółowy opis, asortyment i szacunkowe ilości zawiera formularz asortymentowo-cenowy - zał. nr 1 do SIWZ (pakiety 1-97).

3. Maksymalny termin dostawy zamówienia częściowego 5 dni roboczych od daty otrzymania zamówienia częściowego przesłanego faxem, pisemnie lub e-mailem.

4. Oferowany przedmiot zamówienia musi być dopuszczony do obrotu i używania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

5. Przedmiot zamówienia musi być zgodny z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 z 2010 r., poz. 679).

6. W przypadku asortymentu określonego przy pomocy nazw handlowych Zamawiający dopuszcza składanie ofert na asortyment równoważny pod każdym względem, tj. składu, gramatury, zakresu, spektrum i czasu działania, postaci, funkcji itp. W przypadku asortymentu równoważnego wykonawca jest zobowiązany określić jego nazwę handlową.

IV. Informacja o ofertach częściowych, (...) Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Pod pojęciem oferty częściowej rozumie się pojedyncze pakiety ustalone w formularzu asortymentowo-cenowym.

Realizacja każdego z pakietów z osobna ma charakter samodzielnego zobowiązania stron.

VII. Termin wykonania zamówienia.

Dostawy w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

IX. Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy (...).

W celu potwierdzenia, że oferowane wyroby odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ do oferty należy przedłożyć (jeżeli dotyczy)

2.0. Oświadczenie wykonawcy mówiące o tym, że oferowane wyroby spełniają warunki wprowadzenia do obrotu medycznego i używania określone w ustawie o wyrobach medycznych (...) zał. nr 5 do SIWZ.

Formularz oferty punkt III. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem oraz na warunkach określonych w projekcie umowy i złożonej ofercie za cenę podaną w formularzu asortymentowo-cenowym (oddzielny dla każdego pakietu).

IV. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ i nie wnosimy do niej żadnych uwag.

Załączniki, między innymi formularze asortymentowo-cenowe.

Należało wymienić inne składane dokumenty.

Załącznik 5 stanowi oświadczenie wykonawcy mówiące o tym, że oferowane wyroby spełniają warunki wprowadzenia do obrotu medycznego i używania określone w ustawie o wyrobach medycznych (...)

Załącznik nr 6 stanowi wzór umowy. W § 1 ust. 1. Przedmiotem niniejszej umowy jest dostawa wyrobów medycznych dla zamawiającego w ilości, asortymencie, o parametrach i cenach określonych w załączniku nr 1 do oferty wykonawcy, stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej umowy.

§ 3 ust. 1. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia:

1) przy pierwszej dostawie - potwierdzone za zgodność z oryginałem kserokopie dokumentów wymaganych przez ustawę z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679) i przepisy wykonawcze, potwierdzających iż oferowany asortyment może być wprowadzony do obrotu i używania - na wezwanie zamawiającego,

2) przy pierwszej dostawie - dokumentów informujących o sposobie dezynfekcji i sterylizacji sprzętu (...) lub/i katalogów oferowanych produktów w języku polskim plus oryginalne ulotki informacyjne umożliwiające weryfikację parametrów granicznych, instrukcje użytkowania - na wezwanie zamawiającego.

3) asortymentu o standardzie jakościowym spełniającym wymagania SIWZ i umowy,

4) przy pierwszej dostawie - wykaz (w wersji elektronicznej oraz papierowej) instrumentarium i niezbędnych informacji, określonych w załączniku nr 7 do niniejszej umowy, - jeżeli dotyczy.

2. Na każdej partii towaru muszą znajdować się etykiety umożliwiające oznaczenie towaru, co do tożsamości.

W pakiecie 78 zamawiający wymagał dostarczenia akcesoriów do pulsoksymetru i kardiomonitora N 5600 F-MY NELLCOR, m.in.:

1. czujników jednorazowych, sterylnych lub mikrobiologicznie czystych, nie zawierających lateksu, samoprzylepnych dla noworodków poniżej 3 kg lub dorosłych powyżej 40 kg - sensor w technologii OxiMax, kalibrowanych cyfrowo i analogowo (poz. 1) oraz

2. czujników jednorazowych, sterylnych lub mikrobiologicznie czystych, nie zawierających lateksu, samoprzylepnych dla noworodków powyżej 3 kg lub dorosłych poniżej 40 kg - sensor w technologii OxiMax, kalibrowanych cyfrowo i analogowo (poz. 2).

Zamawiający potwierdził, że jest to ostateczna wersja opisu w pakiecie 78 poz. 1 i 2 po dokonanych zmianach SIWZ

- 2-e ostatnie kolumny tego załącznika wymagały podania producenta oraz numeru katalogowego wyrobu.

Zamawiający udzielał wyjaśnień do SIWZ.

W odpowiedziach zamawiającego na pytania formułowane przez wykonawców, w trybie art. 38 ust. 1 - 2 Prawa zamówień publicznych:

Pytanie 30: Dot. Pakietu nr 78 poz. 1,2,

Prosimy o odstąpienie od wymogu sterylności czujnika. Czujniki są jednorazowego użytku zatem nie widzimy zasadności aby czujnik był sterylny. Jednocześnie prosimy o dopuszczenie czujnika mikrobiologicznie czystego, pojedynczo pakowanego z zachowaniem warunków czystości, jednorazowego użytku.

Odpowiedź zamawiającego: Zapisy SIWZ zostały zmienione. Formularz asortymentowo-cenowy po zmianach stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień.

Pytanie 31: Dot. Pakietu nr 78 poz. 1,2,3

Prosimy o odstąpienie od wymogu aby czujnik był kalibrowany cyfrowo. Większość czujników SpO₂ (w tradycyjnej technologii) kalibrowanych jest analogowo. Kalibracja cyfrowa nie jest w nich stosowana ze względu na ograniczenia w budowie i pracę na bazie czujników LED, a nie czujników cyfrowych. Wymóg kalibracji analogowej i cyfrowej wskazuje bezpośrednio na producenta i typ wyrobu jaki jest wymagany w postępowaniu przetargowym. Obecnie na rynku znajduje się tylko jeden producent tego typu czujników i tylko jeden typ wyrobu spełniający stawiane przez Zamawiającego wymagania: kalibrowane cyfrowo i analogowo są czujniki SoO₂ Nellcor w technologii OxiMax. Dla aparatów (monitorów/urządzeń) pracujących w tej technologii, wymóg taki ma sens, jednakże w przypadku zwykłych urządzeń pomiarowych pracujących w standardowym (analogowym) systemie wymaganie czujników kalibrowanych w sposób cyfrowy jest nieuzasadnione.

Odpowiedź zamawiającego: Zapisy SIWZ pozostają bez zmian.

Wymienione pytanie zadał wykonawca Sorimex.

Pytanie 32: Dot. Pakiet nr 78 poz. 1. Prosimy o dopuszczenie w ww. poz. czujników dla noworodków poniżej 3 kg lub dorosłych powyżej 30 kg.

Odpowiedź: zamawiający dopuszcza

Pytanie 33: Dot. Pakiet nr 78 poz. 1. Prosimy o dopuszczenie w ww. poz. czujników dla noworodków poniżej 3 kg lub dorosłych powyżej 15 kg.

Odpowiedź zamawiającego: Zapisy SIWZ zostały zmienione. Formularz asortymentowo-cenowy po zmianach stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień.

Pytanie 34: Dot. Pakiet nr 78 poz. 1-4

Jeśli Zamawiający nie odstąpi od wymogu sterylności wyrobu i kalibracji cyfrowej, prosimy wówczas o wydzielenie pozycji 1-4 z pakietu nr 78 i utworzenie z nich odrębnego pakietu np. 78A, co umożliwi zamawiającemu otrzymanie asortymentu o wymaganych parametrach,

które oferuje jeden producent, natomiast innym wykonawcom umożliwi zaoferowanie pozostałego asortymentu wymienionego w pakiecie nr 78 poz. 5-12, co będzie zgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Zmiany te wnioskowała firma Sorimex.

Pytanie 120: Dot. Pakietu nr 78 poz. 1,2,3

Prosimy o dopuszczenie czujników kalibrowanych analogowo. Wymóg kalibracji cyfrowej oznacza, iż zamawiający oczekuje czujników oryginalnych, które oferowane są tylko przez jednego producenta, co praktycznie wyklucza pozostałych producentów. W zamian proponujemy czujniki kalibrowane analogowo, spełniające pozostałe wymogi SIWZ, które są aktualnie wykorzystywane w różnych szpitalach w monitorach Nellcor.

Odpowiedź: Zapisy SIWZ pozostają bez zmian.

Pytanie zostało zadane przez firmę Empireum.

Pytanie 200: Dot. Pakietu nr 78 poz. 2,

Pragniemy poinformować, że producent sprzętu firma Nellcor nie produkuje czujników dla pacjentów w przedziale wagowym opisanym przez zamawiającego (...).

Odpowiedź zamawiającego: Zapisy SIWZ zostały zmienione. Formularz asortymentowocenowy po zmianach stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień.

Pytanie 201: Dot. Pakietu nr 78 poz. 1 i 2,

Czy zamawiający wymaga dostarczenia czujników wolnych od ftalanów (...)?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza, nie wymaga.

Pytanie 166: Dot. numeru katalogowego.

Czy w związku z tym, że nasi producenci nie stosują numerów katalogowych zamawiający dopuści numery wewnętrzne firmy, co umożliwi złożenie większej ilości konkurencyjnych cenowo ofert? Jednocześnie pragniemy zaznaczyć, że opisy na naszych wszystkich opakowaniach w sposób jednoznaczny pozwalają zidentyfikować dany produkt.

Odpowiedź: zamawiający dopuszcza

Do wyznaczonego terminu 19.11.2015 r. na część 78 oferty złożyli:

Odwołujący Covidien Polska Sp. z o.o. - cena 191 801,52 zł, liczba punktów - 91,13

Przystępujący Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. - cena 174 451,10 zł, liczba punktów - 100.

Przystępujący Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. zaoferował

Poz. 1.czujnik jednorazowy, sterylny lub mikrobiologicznie czysty, nie zawierający lateksu, samoprzylepny dla noworodków poniżej 3 kg lub dorosłych powyżej 40 kg - sensor w

technologii OxiMax, kalibrowanych cyfrowo i analogowo, producent Medlinket, numer katalogowy S0026MP-LP, oraz

Poz. 2. czujnik jednorazowy, sterylny lub mikrobiologicznie czysty, nie zawierający lateksu, samoprzylepny dla noworodków powyżej 3 kg lub dorosłych poniżej 40 kg - sensor w technologii OxiMax, kalibrowanych cyfrowo i analogowo, producent Medlinket, numer katalogowy S0026L MP-LPS; S0026K MP-SPS (jedna cena jednostkowa).

Przystępujący Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. złożył oświadczenie, że oferowane wyroby są dopuszczone do obrotu i stosowania.

W dniu 6.12.2015 r. odwołujący wniósł zastrzeżenia do oferty Firmy Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego.

„W nawiązaniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę akcesoriów do aparatury medycznej i wyrobów medycznych jednorazowego użytku znak sprawy D10.251.68J.2015 uprzejmie zwracamy uwagę na złożenie oferty podlegającej odrzuceniu przez Firmę Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego na podstawie art. 89.ust 2. Firma Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego w pak. 78 poz.1, 2 złożyła ofertę na czujniki jednopacjentowe, które nie spełniają warunków SIWZ pod względem kalibracji cyfrowej i technologii Oximax, które były wymagane przez Zamawiającego w pakiecie 78 poz. 1,2 w formularzu asortymentowo-cenowym; poz 1-2: „Czujnik jednorazowy, sterylny lub mikrobiologicznie czysty, niezawierający lateksu, samoprzylepny dla noworodków... lub dorosłych, - sensor w technologii OxiMax. kalibrowany cyfrowo i analogowo”; oraz podtrzymane w odpowiedziach z dnia 27.10.2015. Wyszczególnione poniżej odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 31, 34, 120 wykluczają możliwość zaoferowania czujników kalibrowanych analogowo, którymi są czujniki Medlinket zaproponowane przez Firmę Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego, a podtrzymują wymóg kalibracji cyfrowej.

Kalibracja cyfrowa oznacza dokładną wartość dającą adekwatny wynik saturacji - zapewnia precyzję pomiaru. Kalibracja cyfrowa oznacza, iż wartości kalibracji znajdują się w pamięci cyfrowej chipa wbudowanego w sensor, a monitor odczytuje wartość cyfrową z sensora bez konieczności analizy, tj. wzorzec kalibracji jest wbudowany w sensorze. Nie ma konieczności kalibracji sensora przez monitor. Potwierdzeniem informacji o kalibracji cyfrowej czujników zaproponowanych przez Nas jest ulotka producenta „Nellcor Oximax Przewodnik po czujnikach”, gdzie można przeczytać na stronie 5: Dzięki zastosowaniu wbudowanego układu pamięci cyfrowej, Oximax jest zunifikowaną platformą umożliwiającą dostosowanie czujników do różnego rodzaju wyzwań, oraz na stronie 10: Każdy czujnik Oximax posiada wbudowany unikatowy moduł pamięci cyfrowej. Po połączeniu czujnika z monitorem Oximax

daje to możliwość efektywniejszego monitorowania pacjenta również w najtrudniejszych warunkach LoSat, tj. w przedziale 80-60% +/- 3 cyfry.

Dokładność pomiarowa czujników Medlinket poniżej 70% jest nieokreślona. W miarę pogarszania się saturacji poniżej 70%, drastycznie pogarsza się dokładność pomiarowa tego czujnika, a dokładniej klinista nie może ocenić saturacji pacjenta, co stwarza bezpośrednie zagrożenie życia i zdrowia. Fakt ten dowodzi braku tak ważnej i podtrzymanej przez Zamawiającego kalibracji cyfrowej.

Dodatkowo wymagania SIWZ w pak. 78 w poz. 1,2 dotyczą również technologii Oximax, której nie spełniają czujniki Medlinket, a jedynie są „kompatybilne z produktami do pulsoksymetrii” według oryginalnych materiałów producenta: "SpO2 (...) - w załączeniu.

Czujniki chińskiego producenta Medlinked zaproponowane przez Firmę Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego nie są zalecane przez producenta Covidien - Nellcor, którego pulsoksymetrii znajdują się w Oddziale Neonatologicznym. W konsekwencji firma Covidien jako właściciel tych patentów (Oxi-Max, Nellcor) nie może zagwarantować prawidłowej pracy urządzeń Nellcor, o ile nie są stosowane oryginalne czujniki Nellcor Oxi-Max a tylko zamienniki.

Na podstawie wniesionych dokumentów o braku kalibracji cyfrowej i braku technologii Oximax w poz. 1,2 w pak. 78 wnosimy o odrzucenie oferty Firmy Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego.”

Pismem z 09.12.2015 r. zamawiający zwrócił się do Firmy Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego o wyjaśnienie treści oferty, przesyłając kopię pisma odwołującego.

W odpowiedzi z dnia 10.12.2015 r. Firma Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego złożyła następujące wyjaśnienia.

„Zaproponowane w ww. postępowaniu akcesoria z zakresu pak. 78 poz. 1 i 2, spełniają wszystkie wymogi zawarte przez Zamawiającego w SIWZ. Pragniemy zaznaczyć, iż firma Covidien Polska Sp. z o.o. bazuje na nieaktualnych, ogólnych informacjach, nie zaś na dokładnej specyfikacji zaproponowanych produktów. Pragniemy zaznaczyć, iż zaproponowane przez firmę AKSIS czujniki, powstały specjalnie na nasze zamówienie, ponieważ przestarzałe akcesoria firmy Covidien nie spełnią zasadniczych wymogów stawianych przez Komisję Europejską oraz Ministra Zdrowia tj. brak zgodności z dyrektywą 2007/47/EC oraz rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2011 r. w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur zgodności wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 16 poz.74). Czujniki saturacji zaproponowane w poz. 1 i 2, wykonane są przy użyciu technologii kalibracji zarówno cyfrowej jak i analogowej, dodatkowo posiadają wbudowany układ cyfrowy, zapewniający najwyższą możliwą dokładność pomiarową. Zaproponowane czujniki wykonane są w technologii w pełni kompatybilnej tj. zgodnej z technologią nazwaną przez

firmę Nellcor - OxiMax. Pragniemy poinformować, że wspomniane określenie jest jedynie nazwą handlową, równoważną nazwie OxiTech firmy Medlinket. Zwracamy również uwagę Zamawiającego na wyraźny i jednoznaczny w tej kwestii zapis SIWZ: „W przypadku asortymentu określonego przy pomocy nazw handlowych Zamawiający dopuszcza składanie ofert na asortyment równoważny...”

W kwestii pytań przytaczanych przez firmę Covidien, nasza firma nie czuje się zobligowana do pisania żadnych wyjaśnień, ponieważ nie dotyczą one naszych wyrobów, gdyż żadne z nich nie zostało zadane przez firmę AKSIS - co jest wiadome zarówno nam jak i Zamawiającemu. Dodatkowo należy zaznaczyć, iż podobna sytuacja miała miejsce w roku 2013, przy zachowaniu tego samego opisu SIWZ firma AKSIS zaproponowała czujniki saturacji S0026M-L, a firma Covidien podnosiła identyczne, nieprawdziwe zarzuty, którym to Zamawiający nie dał wiary. Pragniemy poinformować, że od niemal dwóch lat placówki Zamawiającego korzystają z dostarczanych przez nas czujników z powodzeniem i bez żadnych zastrzeżeń.

Dodatkowo, aby rozwiać wszelkie obawy Zamawiającego, załączmy deklarację wystawioną przez producenta czujników firmę Medlinket.

Z powyższych wyjaśnień jasno wynika, iż pismo złożone przez firmę Covidien Polska Sp. z o.o. ma na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, poprzez przedstawienie informacji nieprawdziwych, celem uzyskania Zamówienia Publicznego w przetargu.

Do wyjaśnień została dołączona informacja (deklaracja) z dnia 9 grudnia 2015 r. Shenshen Med-link Eletronicts Tech, Ltd - deklarujemy, że nasze jednorazowe czujniki S0026MP- LP, S0026L- LPS, S0026S-SPS, S0026K- SPS są produkowane z użyciem metod kalibracji analogowej i cyfrowej i są w pełni kompatybilne z urządzeniami wykonanymi w technologii Nellcor-Oximax.”

Firma AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Spółka Jawna z siedzibą w Gdańsku w dniu 1 grudnia 2015 r. napisała do zamawiającego, że: „po zapoznaniu się z treścią formularza cenowego stwierdziła nieprawidłowości w ofercie złożonej przez firmę MDK Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w zakresie pakietów 74, 75, 76, 77 oraz 80. (...) Zgodnie z przyjętym orzecznictwem numery katalogowe zaoferowanych akcesoriów powinny odpowiadać numerom wskazanym w oficjalnych materiałach informacyjnych producenta (katalogi, foldery), podanie nieistniejących numerów katalogowych jest naruszeniem zapisów SIWZ, a oferta taka powinna być odrzucona przez Zamawiającego (Sygn. akt: KIO 1392/14). (...)” Załączyła katalog firmy Medke.

W dniu 23 grudnia 2015 r. zamawiający powiadomił, iż jako najkorzystniejszą ofertę wybrał w pakiecie 78 ofertę przystępującego Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j.

Odwołujący w dniu 24 grudnia 2015 r. ponownie wysłał zastrzeżenia do wyboru oferty przystępującego w pakiecie 78.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro dowodził że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości ubiegania się o część 78 zamówienia, co prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Należało uwzględnić, iż zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli wykonawcy, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego.

Treść oferty stanowi bowiem jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wobec tego porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, jego graniczne wyznaczonych przez zamawiającego cech technicznych - przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna.

Zamawiający wymagał złożenia wypełnionego Formularza asortymentowo -cenowego zgodnie z podanym wzorem Załącznika nr 1 do oferty. W kolumnie nr 8 wykonawca powinien wskazać producenta, a w kolumnie nr 9 zaoferować i wycenić jeden konkretny produkt w każdej pozycji przez wpisanie numeru katalogowego danego wyrobu (oznaczenie) zaoferowanego produktu w sposób umożliwiający jego jednoznaczną identyfikację, co do tożsamości.

Zamawiający w odpowiedziach do SIWZ dopuści identyfikację produktu - jeżeli producenci nie stosują numerów katalogowych - poprzez oznaczenie numerami wewnętrznymi danej firmy producenta.

Przystępujący Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. w pozycji 2 wpisał dwa różne produkty czujniki jednorazowe, objęte różnymi numerami katalogowymi S0026L-LPS, S0026K- SPS, co stanowi niezgodne z SIWZ, zaoferowanie świadczenia alternatywnego, przemiennego w rozumieniu art. 365 K.c., którego zamawiający nie przewidział w SIWZ. Nie jest bowiem możliwe, aby wyrób o identycznych cechach był objęty odrębnymi pozycjami katalogowymi producenta.

Izba nie uwzględniła stanowiska przystępującego, iż opis pozycji 2 załącznika był taki, że wymagał zaoferowania dwóch różnych czujników. Opis bowiem pozycji 1 nie odbiegał od opisu pozycji 2, a przystępujący podał w poz. 1 tylko jeden numer katalogowy - S0026MP-LP precyzując w ten sposób oferowany wyrób, niezależnie od swoich późniejszych wyjaśnień.

Wbrew zarzutom odwołującego, zamawiający dopuścił zaoferowanie wyrobów równoważnych w rozumieniu przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia (...) a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy lub „równoważny” W przypadku asortymentu określonego przy pomocy nazw handlowych - zamawiający dopuścił składanie ofert na asortyment równoważny pod każdym względem, tj. składu, gramatury, zakresu, spektrum i czasu działania, postaci, funkcji itp. W przypadku asortymentu równoważnego wykonawca jest zobowiązany określić jego nazwę handlową.

Brak było jakichkolwiek podstaw, aby ofertę przystępującego w zakresie pakietu nr 78 traktować jako równoważną, gdyż wówczas obowiązkiem wykonawcy byłoby zaznaczenie w ofercie, że dany (oznaczony) wyrób oferuje jako równoważny i wykazanie tej równoważności zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, albowiem wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy (...) spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Dodatkowo oświadczenia przystępującego Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. zawarte w ofercie (Formularzu asortymentowo-cenowym (numery katalogowe) i w złożonych wyjaśnieniach z dnia 10 grudnia 2015 r. z zaznaczeniem, iż „zaproponowane przez firmę AKSIS czujniki, powstały specjalnie na nasze zamówienie,” pozostają wewnątrznie niespójne.

W przypadku wyrobów wytworzonych na specjalne zamówienie, nie są one objęte numerami katalogowymi, bądź przynajmniej należałoby zaznaczyć w ofercie, że wykonawca oferuje wyposażenie opcjonalne danego wyrobu objętego pozycją katalogową - w opisanej postaci.

Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, stanowią natomiast treść oferty, na równi z oświadczeniami wykonawcy zawartymi w formularzu asortymentowo cenowym oferty.

Wskazanie zaoferowanego produktu stanowi samo sedno oferty (jej *essentialia negotii* w znaczeniu art. 66 § 1 K.c.) powinno mieć zatem charakter stanowczy, kategoriyczny - przyjęcia zobowiązania przez wykonawcę dostarczenia zamawiającemu takiego, a nie innego wyrobu, oznaczonego w sposób sprecyzowany co to tożsamości.

Biorąc pod uwagę zarówno treść oświadczeń wykonawcy Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego zawartych w formularzu dotyczącym pakietu 78, jak i złożonych wyjaśnień – w ocenie Izby oferta na ten przedmiot zamówienia nie została złożona w sposób umożliwiający identyfikację wyrobu, gdyż dotyczy asortymentu, (gamy wyrobów, linii produkcyjnej), zwłaszcza w pozycji 2, zaoferowano równocześnie 2 wyroby, co uniemożliwia sprawdzenie zgodności tej oferty z treścią SIWZ. W związku z powyższym, nieuwzględnienie wymaganego przez zamawiającego stopnia szczegółowości opisu oferowanych czujników pulsoksymetrycznych, tj. bez jednoznacznego oznaczenia zaoferowanego produktu w sposób umożliwiający jego identyfikację, stanowi samo w sobie - niezgodność z SIWZ i jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty, bez względu na to, czy dany producent posiada tylko jeden produkt o cechach określonych w SIWZ i opisanych w ofercie, czy tych produktów jest więcej. Oferta taka jest bowiem niedookreślona i nie daje zamawiającemu pewności, jaki produkt otrzyma na etapie realizacji zamówienia. Na podstawie takiej oferty możliwe jest dostarczenie różnych produktów, których wybór zostanie dokonany przez wykonawcę dopiero przy realizacji dostaw i z reguły sprowadza się do dostarczenia wyrobu, który dla wykonawcy jest tańszy. *„Należy przy tym stwierdzić, że nawet jeśli wszystkie produkty danego rodzaju i danego producenta, odpowiadające opisowi przedstawionemu w ofercie, spełniają wymagania minimalne określone w SIWZ, to i tak ofertę należy uznać za niedookreśloną i nieodpowiadającą treści SIWZ. Zamawiający bowiem ma prawo na podstawie treści oferty powziąć informację, jaki konkretny produkt otrzyma w wykonaniu umowy.”* (wyrok sygn. akt KIO 1330/14).

Zamawiający, jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek zapewnić równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą między nimi konkurencję, ujętych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. według wiodących zasad procedur zamówień publicznych. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami, a działania zamawiającego będą zgodne z SIWZ i przewidywane.

Zdaniem Izby wymagania zamawiającego co do podania w ofercie zindywidualizowanych oznaczeń oferowanego wyrobu co do tożsamości - były jednoznaczne. Korespondowały z wymogiem SIWZ, iż w trakcie realizacji dostaw -na każdej partii towaru muszą znajdować się etykiety umożliwiające oznaczenie towaru, co do tożsamości.

Zamawiający posługiwał się natomiast pojęciem „asortymentu wyrobów” jedynie w celu oznaczenia całego wolumenu na poszczególne części zamówienia.

Jeżeli nawet zamawiający wymagał przy pierwszej dostawie - dokumentów informujących o sposobie dezynfekcji i sterylizacji sprzętu (...) lub/ i katalogów oferowanych produktów w języku polskim plus oryginalne ulotki informacyjne umożliwiające weryfikację parametrów granicznych, instrukcje użytkowania - na wezwanie zamawiającego, to nic nie zwalniało zamawiającego od przeprowadzenia oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Taka bowiem ocena musi być dokonywana przed wyborem oferty, a nie po zawarciu umowy.

Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Wobec tego porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, jego wyznaczonymi cechami i właściwościami, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna.

W niniejszym stanie faktycznym sprawy, aby stwierdzić czy treść oferty przystępującego w pakiecie 78 poz. 1 i 2 jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie wyposażenia lub nie, czujników do pomiaru saturacji w chipy potwierdzające kalibrację cyfrową i możliwość odczytu pomiarów z jej uwzględnieniem, należałoby w pierwszej kolejności ustalić - jakie w istocie wyroby zostały zamawiającemu zaoferowane (z katalogu, czy na specjalne zamówienie), co nie jest możliwe w drodze złożenia dalszych wyjaśnień przez wykonawcę Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1543/14) wyjaśnienia wykonawcy nie mogą prowadzić do negocjacji między zamawiającym a wykonawcą oraz prowadzić do zmiany treści złożonej oferty - zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do rzeczywistej treści oferty, zaś rezultat ma wyjaśniać, a nie zmienić treść oferty. Zastosowanie tego przepisu nie może także prowadzić do negocjacji treści oferty. Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z 25 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1474/14: "Przepis art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może bowiem stanowić zmiany oferty, winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też w wyniku uzupełnienia

lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nastąpi zmiana treści oferty."

Dalsze wyjaśnianie treści oferty przystępującego nie jest więc dopuszczalne art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż w sposób nie budzący wątpliwości musiałyby się wiązać z jej zmianą, poprzez sprecyzowanie po terminie składania ofert jakie w istocie wyroby oznaczone jednoznacznie co tożsamości w poz. 1 i 2 z danej linii produkcyjnej (gamy produktów SpO2, czy też na indywidualne zamówienie) producenta Medlinket - oferuje wykonawca Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego.

Tego rodzaju uchybienia w ofercie mają charakter nieusuwalny i stanowią podstawę do odrzucenia oferty z danej przyczyny.

Z wyżej wymienionych względów, nawet nie jest możliwe w takich okolicznościach, ustalenie czy treść oferty odpowiada treści SIWZ, skoro pozostaje niewiadomym - co zostało zaoferowane przez wykonawcę Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. Składane w tym zakresie dowody na okoliczność zgodności treści oferty w zakresie kalibracji cyfrowej, bądź dowody temu zaprzeczające - były bezużyteczne wobec faktu, braku sprecyzowania przedmiotu tej oceny - jej desygnatu.

Jednocześnie należy zauważyć, że postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że dokumenty opracowywane przez każdą ze stron będą czytelne i konsekwentne, zaś składana przez wykonawcę oferta, zawierające się w niej dokumenty będą odpowiadały wymaganiom stawianym w SIWZ. Cechy obrotu profesjonalnego, jakim jest postępowanie o zamówienie wymagają przy tym zachowania dokładności wykonawców w przedkładanych dokumentach.

Nawet jeżeli zamawiający użytkuje i wykorzystuje z swojej praktyce takie same lub podobne wyroby, to nie zwalniało go to od oceny oferty wykonawcy Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. j. w aspekcie zgodności jej treści z treścią SIWZ. Ustawa Prawo zamówień publicznych takiego wyłączenia nie przewiduje. Zamawiający nie żądał próbek produktu. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że zastosował osobliwy sposób weryfikacji oferty przystępującego, gdyż stwierdził, że rozebrał „któreś z tych urządzeń czujnika” na części i ustalił, iż posiada ono chip odpowiadający według jego wiedzy za kalibrację cyfrową urządzenia. Może nasuwać się więc refleksja, czy w taki sam sposób zamawiający sprawdzałby zgodność z SIWZ np. tomografu komputerowego? Producent ogólnie zaświadczył, że jego jednorazowe czujniki S0026MP- LP, S0026L- LPS, S0026S-SPS, S0026K- SPS są produkowane z użyciem metod kalibracji analogowej i cyfrowej i są w pełni kompatybilne z urządzeniami wykonanymi w technologii Nellcor-Oximax. Okoliczność,

że dane czujniki są produkowane i kalibrowane cyfrowo dotyczyć może zatem procesu produkcji, a nie sposobu funkcjonowania urządzenia w trakcie procedur medycznych przy jego użyciu i we współpracy z pulsoksymetrem i monitorem Nellcor OxiMax.

W myśl wskazań art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów które nie były zawarte w odwołaniu.

Bezsprene odwołujący nie zarzucał, iż oferta przystępującego w zakresie pakietu 78 poz. 1 i 2 pozostaje niesprecyzowana. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest oddalenie odwołania, gdyż przeprowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność zgodności oferty przystępującego z wymogiem kalibracji cyfrowej czujnika było niemożliwe. I nie zostało dowiedzione, że treść skarżonej oferty, z uwagi na sposób kalibracji czujników jest niezgodna z SIWZ. W szczególności nie było możliwe przeprowadzenie wnioskowanego przez odwołującego dowodu z opinii biegłego w tym zakresie, gdyż w pierwszej kolejności w tezach dla opinii biegłego musiałby być wskazany konkretny wyrób, mający być przedmiotem oceny przez biegłego w zakresie ustalenia spełniania wymagań postawionych w SIWZ, a więc owej spornej kalibracji cyfrowej. W ofercie przystępującego takich jednoznacznych danych, co do tożsamości oferowanego wyrobu brak, tak ze względu na poz. 2 formularza asortymentowo-cenowego, jak i treść wyjaśnień wykonawcy Aksis odnoszących się zarówno do poz. 1 i 2 tego formularza.

Postępowanie odwoławcze przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny i od odwołującego zależał sposób przedstawienia zarzutów, które mogłyby odnieść zamierzony przez wykonawcę skutek. Niesprecyzowanie przedmiotu oferowanego świadczenia przesądza o wadliwości oferty i stanowi zasadniczą i wystarczającą podstawę do jej odrzucenia, jako niezgodnej z treścią SIWZ - bez potrzeby dalszych dociekań, czy ewentualnie taką ofertę można uznać, czy też nie za niezgodną z innymi wymaganiami zamawiającego, w tym wymaganiami natury techniczno - użytkowej.

Izba nie znalazła natomiast podstaw do uwzględnienia ogólnego zarzutu odwołującego - niezgodności wszystkich oferowanych czujników producenta Medlinket z technologią OxiMax. Z ochrony niekwestowanych praw własności przemysłowej firmy Covidien w zakresie pulsoksymetrów Nellcor i technologii OxiMax wynika, że podmioty nieupoważnione wprost przez danego producenta nie mogłyby korzystać z rozwiązań chronionych patentem firmy Covidien. Inną kwestią jest możliwość komunikowania się poszczególnych urządzeń różnych producentów i wymiana danych, co zapewnia sama kompatybilność wyrobów. Odwołujący nie twierdził, iż w ogólności czujniki SpO2 Medlinket nie są kompatybilne z urządzeniami wykonanymi w technologii Nellcor-Oximax, tj. pulsoksymetrami użytkowymi przez zamawiającego. Utrzymywał jedynie, iż producent pulsoksymetrów zaleca stosowanie do nich oryginalnych akcesoriów, w tym czujników

jednorazowych, a w odmiennym przypadku nie gwarantuje prawidłowych wyników pomiarów. Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający w opisie czujników jednorazowych nie zawarł żadnych wymagań granicznych, co zakresu pomiarów i tolerancji pomiarowych wyników.

Odwołujący nie podnosił żadnych zarzutów, że czujniki producenta Medlinket są niezgodne z przepisami ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679 ze zm.), czy też nie są dopuszczone do użytkowania, lub też nie zostały w sposób zgodny z przepisami wprowadzone do obrotu medycznego i używania.

Rzeczą powszechnie wiadomą jest, że producenci urządzeń preferują stosowanie do nich oryginalnych materiałów eksploatacyjnych, co pozwala na zwielokrotnianie osiągniętych zysków - czy też zalecają stosowanie własnej produkcji koniecznych akcesoriów. Przestrzegają nabywców przed utratą gwarancji, możliwymi zakłóceniami w funkcjonowaniu urządzenia przy stosowaniu zamienników, itp. Skoro wyrób jest dopuszczony do stosowania - użytku medycznego, i zarazem nie dochodzi do naruszania bezwzględnie obowiązujących przepisów i norm, sprawą zamawiającego jest ocena dopuszczalności użycia zamienników i ryzyko konsekwencji wynikające dla pacjentów z użycia takich wyrobów w prowadzonych w danej placówce procedurach medycznych.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu dojazdu na rozprawę na podstawie złożonych rachunków.

Przewodniczący:

