

Sygn. akt: KIO 2018/16

WYROK
z dnia 8 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Robert Skrzyszewski
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 listopada 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 października 2016 r.** przez wykonawcę **Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. ul. Żołąty 11, 02-815 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Inwestycje Medyczne Łódzkiego Sp. z o.o., ul. Okólna 181, 91-520 Łódź**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, z uwagi na naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 Pzp, zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, w ramach załącznika nr 1 do SIWZ odnośnie defibrylatora oznaczonego literą A w Lp. 26: Zakres pomiaru tętna od 20-300 u/min; odnośnie defibrylatora oznaczonego literą B w Lp. 22: Zakres pomiaru tętna od 20-300 u/min; odnośnie defibrylatora oznaczonego literą C w Lp. 22: Zakres pomiaru tętna od 20-300 u/min oraz odnośnie defibrylatora oznaczonego literą E w Lp. 19: Zakres pomiaru częstości akcji serca od 20-300 u/min na każdorazowo we wskazanych miejscach załącznika nr 1 do SIWZ parametr - Zakres pomiaru tętna od 30-300 u/min (dla defibrylatora oznaczonego literą A, B i C), jak i Zakres pomiaru**

częstości akcji serca od 30-300 u/min (dla defibrylatora oznaczonego literą E). Dodatkowo, Izba nakazuje Zamawiającemu, z uwagi na naruszenia art. 7 ust. 1, art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp, podział zamówienia na pięć części, tak aby każdy z defibrylatorów oznaczonych daną literą stanowił odrębną część zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża **Inwestycje Medyczne Łódzkiego Sp. z o.o., ul. Okólna 181, 91-520 Łódź** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Farmedica Polska sp. z o.o. sp. k. ul. Żołądy 11, 02-815 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Inwestycje Medyczne Łódzkiego Sp. z o.o., ul. Okólna 181, 91-520 Łódź** na rzecz **Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. ul. Żołądy 11, 02-815 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę defibrylatorów dla IML Sp. z o.o.” - sprawa nr 9/ZP/PN/16, zostało wszczęte przez Inwestycje Medyczne Łódzkiego Sp. z o.o., ul. Okólna 181, 91-520 Łódź zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 197- 355675 z 12.10.2016 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w tym samym dniu.

W dniu 24.10.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180, art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” wpłynęło odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ - Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k., ul. Żołąny 11, 02-815 Warszawa zwanej dalej: „Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k.” albo „Odwołującym”. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 24.10.2016 r. (faxem). Odwołująca zarzucił Zamawiającemu:

1. mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 Pzp, tj. określenie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców bez poszanowania dla zasady proporcjonalności oraz poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazuje na określone produkty co może utrudniać, a wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję;
2. mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1, art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp poprzez zaburzające zasadę równego traktowania wykonawców nieuzasadnione zaniechanie dokonania podziału zamówienia na części;
3. mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 91 ust. 2a Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny ze wskazaną normą.

Odnosnie zarzutu 1. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, iż opis urządzeń znajdujący się w załączniku nr 1 do SIWZ w zakresie Parametrów Wymaganych „A”, „B”, „C”, „D” umożliwia złożenie oferty tylko na urządzenia dystrybuowane na terenie Polski przez podmiot Physio Control Poland Sales Sp. z o.o. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje w sposób pośredni na produkty oferowane przez ww. spółkę, jednocześnie uniemożliwiając złożenie w tym postępowaniu oferty przez podmioty z nią niepowiązane.

Uprzywilejowanie produktów ww. wykonawcy jest sprzeczne z art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 Pzp Postanowienia SIWZ zaburzają konkurencję w postępowaniu poprzez wprowadzenie w nim monopolu na rzecz jednego podmiotu, tj. Physio Control Poland Sales Sp. z o.o. Sformułowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie cech technicznych charakterystycznych dla urządzeń produkowanych przez jednego producenta, daje temu podmiotowi pełnię kontroli nad warunkami i możliwością przystąpienia do przedmiotowego postępowania innych wykonawców oraz uniemożliwia zaoferowanie odmiennych równie powszechnie stosowanych w ratownictwie medycznym urządzeń. Takie zaburzenie konkurencji jest niczym nieuzasadnione. Opisane w sposób pośredni produktu nie odbiegają jakościowo ani funkcjonalnie od urządzeń, które oferuje choćby Odwołująca z powodzeniem stosowanych przez służby ratownictwa medycznego na terenie Polski i za jej granicami. Odwołująca wskazał na parametry techniczne zaburzające konkurencję w niniejszym postępowaniu w rozbiciu na typy urządzeń jakie wykazał Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia.

Defibrylator w części „A”, 2 sztuki.

Wymagane w SIWZ parametry techniczne traktowane łącznie opisują defibrylator Lifepak 15 oferowany przez firmę Physio Control Poland Sales Sp. z o.o.

W szczególności dotyczy to m.in. parametrów:

Lp. 8: Czas pracy urządzenia na jednym akumulatorze - min. 180 minut monitorowania lub min. 200 defibrylacji x 200J

Lp. 14: Metronom reanimacyjny z możliwością ustawień rytmu częstości uciśnień dla pacjentów zaintubowanych i nie zaintubowanych, oraz dla dorosłych i dzieci.

Lp. 15: Dwufazowa fala defibrylacji w zakresie energii minimum od 5 do 360 J

Lp. 22: Regulacja prądu stymulacji min. 0-150 mA

Lp. 26: Zakres pomiaru tętna od 20-300 u/min

Lp. 27: Zakres wzmocnienia sygnału EKG min. Od 0,25 do 4cm/Mv, minimum 8 poziomów wzmocnienia

Lp. 29: Ekran kolorowy o przekątnej minimum 8".

W tym miejscu w odwołaniu znajduje się - Tabela porównawcza – Defibrylator, części „A”.

Powyższe zestawienie dowodzi, że istnieje tylko jedno urządzenie spełniające łącznie wszystkie wymagania Zamawiającego, tj. model defibrylatora Lifepak 15, oferowany przez wyłącznego dystrybutora firmę Physio Control Poland Sales sp. z o.o. Dokonanie przez

Zamawiającego takiego opisu stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, zaburza uczciwą konkurencję wykonawców i pośrednio wskazuje na tylko jedno urządzenie określonego producenta. Wnosił o zmianę parametrów wymaganych na niezaburzające konkurencji poprzez:

1. Zmianę p. 8 na „Czas pracy urządzenia na jednym akumulatorze - min. 180 minut monitorowania lub min. 100 defibrylacji x 200J”
2. Zmianę p. 9 na „Funkcja metronomu, zgodnie z Wytycznymi 2015 resuscytacji krążeniowo-oddechowej ERC”.
3. Zmianę p. 15 na „Dwufazowa fala defibrylacji w zakresie energii minimum od 5 do 200 J”.
4. Zmianę p. 22 na „Regulacja prądu stymulacji min. 0-140 mA”
5. Zmianę u. 26 na „Zakres pomiaru tętna w zakresie min. 30-300 u/min”
6. Zmianę p. 27 na „Zakres wzmocnienia sygnału EKG min. Od 0,25 do 4cm/mV, minimum 6 poziomów wzmocnienia”
7. Zmianę p. 29 na „Ekran kolorowy o przekątnej minimum 6,5”.

Defibrylator w części „B”, 17 sztuk

Wymagane w SIWZ parametry techniczne traktowane łącznie opisują defibrylator Lifepak 20e oferowany przez firmę Physio Control Poland Sales sp. z o.o. W szczególności dotyczy to m.in. parametrów:

- Lp. 7: Metronom reanimacyjny z możliwością ustawień rytmu częstości uciśnień dla pacjentów zaintubowanych i nie zaintubowanych, oraz dla dorosłych i dzieci.
- Lp. 9: Zakres wyboru energii w J min. 2-360 J w trybie manualnym
- Lp. 10: Zakres wyboru energii w J min. 150J-360J w trybie AED
- Lp. 11: Ilość stopni dostępności energii zewnętrznej minimum 24
- Lp. 12: Czas ładowania do energii 200 J poniżej 5s
- Lp. 17: Ciężar defibrylatora wraz z akumulatorem max 6 kg
- Lp. 22: Zakres pomiaru tętna od 20-300 u/min
- Lp. 23: Zakres wzmocnienia sygnału EKG min. 8 poziomów wzmocnienia od 0,25; 0,5; 1; 1,5; 2; 2,5; 3; 4 cm/ mV
- Lp. 26: Natężenie prądu stymulacji w zakresie co najmniej 10-150 mA - dotyczy 7 sztuk

W tym miejscu w odwołaniu znajduje się - Tabela porównawcza – Defibrylator, części „B”.

Powyższe zestawienie dowodzi, że istnieje tylko jedno urządzenie spełniające łącznie wszystkie wymagania Zamawiającego, tj. model defibrylatora Lifepak 20e, oferowany przez wyłącznego dystrybutora firmę Physio Control Poland Sales Sp. z o.o. Dokonanie przez Zamawiającego takiego opisu stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, zaburza

uczciwą konkurencję wykonawców i pośrednio wskazuje na tylko jedno urządzenie określonego producenta. Wnosił o zmianę parametrów wymaganych na niezaburzające konkurencji poprzez:

1. Zmianę p. 8 na: „Funkcja metronomu, zgodnie z Wytycznymi 2015 resuscytacji krążeniowo-oddechowej ERC”,
2. Zmianę p. 9 na „Zakres wyboru energii w J min. 2-200 J w trybie manualnym”
3. Zmianę p. 10 na „Zakres wyboru energii w J min.120J-200J w trybie AED”
4. Zmianę p. 11 na „Ilość stopni dostępności energii zewnętrznej minimum 20”
5. Zmianę p. 12 na „Czas ładowania do energii maksymalnej poniżej 7 s”
6. Zmianę p. 17 na „Ciężar defibrylatora wraz z akumulatorem max 8,2 kg”
7. Zmianę p. 22 na „Zakres pomiaru tętna od 30-300 u/min”
8. Zmianę p. 23 na „Min. 3 poziomy wzmocnienia sygnału EKG”
9. Zmianę p. 26 na „Natężenie prądu stymulacji w zakresie co najmniej 10-140 mA - dotyczy 7 sztuk”

Defibrylator w części „C”, 1 sztuka

Wymagane w SIWZ parametry techniczne traktowane łącznie opisują defibrylator Lifepak 20e oferowany przez firmę Physio Control Poland Sales sp. z o.o. W szczególności dotyczy to m.in. parametrów:

- Lp. 7: Metronom reanimacyjny z możliwością ustawień rytmu częstości uciśnień dla pacjentów zaintubowanych i nie zaintubowanych, oraz dla dorosłych i dzieci.
- Lp. 9: Zakres wyboru energii w J min. 2-360 J w trybie manualnym
- Lp. 10: Zakres wyboru energii w J min.150J-360J w trybie AED
- Lp. 11: Ilość stopni dostępności energii zewnętrznej minimum 25
- Lp. 12: Czas ładowania do energii 200 J poniżej 5s
- Lp. 17: Ciężar defibrylatora wraz z akumulatorem max 6 kg
- Lp. 26: Zakres pomiaru tętna od 20-300 u/min
- Lp. 27: Zakres wzmocnienia sygnału EKG min. 8 poziomów wzmocnienia od 0,25 ; 0,5; 1; 1,5; 2; 2,5; 3; 4 cm/mV
- Lp. 29: Natężenie prądu stymulacji w zakresie co najmniej 10-150 mA - dotyczy 7 sztuk

W tym miejscu w odwołaniu znajduje się - Tabela porównawcza – Defibrylator, części „C”.

Powyższe zestawienie dowodzi że istnieje tylko jedno urządzenie spełniające łącznie wszystkie wymagania Zamawiającego, tj. model defibrylatora Lipepak 20e, oferowany przez wyłącznego dystrybutora firmę Physio Control Poland Sales sp. z o.o. Dokonanie przez Zamawiającego takiego opisu stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, zaburza uczciwą konkurencję wykonawców i pośrednio wskazuje na tylko jedno urządzenie

określonego producenta. Wnosił o zmianę parametrów wymaganych na niezaburzające konkurencji poprzez:

1. Zmianę p. 8 na „Funkcja metronomu, zgodnie z Wytycznymi 2015 resuscytacji krążeniowo-oddechowej ERC”,
2. Zmianę p. 9 na „Zakres wyboru energii w J min. 2-200 J w trybie manualnym”
3. Zmianę p. 10 na „Zakres wyboru energii w J min.120J-200J w trybie AED”
4. Zmianę p. 11 na „Ilość stopni dostępności energii zewnętrznej minimum 20”
5. Zmianę p. 12 na „Czas ładowania do energii maksymalnej poniżej 7 s”
6. Zmianę p. 17 na „Ciężar defibrylatora wraz z akumulatorem max 8,2 kg”
7. Zmianę p. 22 na „Zakres pomiaru tętna od 30-300 u/min”
8. Zmianę p. 23 na „Min. 3 poziomy wzmocnienia sygnału EKG”
9. Zmianę p. 26 na „Natężenie prądu stymulacji w zakresie co najmniej 10-140 mA - dotyczy 7 sztuk”

Defibrylator w części „D”, sztuk „9”

Wymagane w SIWZ parametry techniczne traktowane łącznie opisują defibrylator Lifepak 1000 oferowany przez firmę Physio Control Poland Sales Sp. z o.o. W szczególności dotyczy to m.in. parametrów:

Lp. 8: Widoczny i dostępny wskaźnik naładowania baterii

Lp. 9: Zakres energii 150-360J

Lp. 10: Ładowanie do 200J max 7 sek.

Maksymalna energia defibrylacji min. 360J przy obciążeniu 50 Ω

Protokół wyładowań 200/300/360J

Przekątna ekranu min. 5", rozdzielczość ekranu min. 480x320 pixeli

Lp. 19: Bateria nieładowna LiMnO₂, (min 5 lat żywotności, około 400 wyładowań lub min. 1000 min. monitorowania z nową baterią)

W tym miejscu w odwołaniu znajduje się - Tabela porównawcza – Defibrylator, części „D”.

Powyższe zestawienie dowodzi, że istnieje tylko jedno urządzenie spełniające łącznie wszystkie wymagania Zamawiającego, tj. model defibrylatora Lifepak 1000, oferowany przez wyłącznego dystrybutora firmę Physio Control Poland Sales sp. z o.o. Dokonanie przez Zamawiającego takiego opisu stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, zaburza uczciwą konkurencję wykonawców i pośrednio wskazuje na tylko jedno urządzenie określonego producenta. Wnosił o zmianę parametrów wymaganych na niezaburzające konkurencji poprzez:

Zmianę p. 8 na „Widoczny i dostępny wskaźnik naładowania baterii”

Zmianę p. 9 na „Zakres energii min. 120-200J”

Zmianę p. 10 na „Ładowanie do 200J max 10 sek.”

Zmianę zapisu na „Maksymalna energia defibrylacji min. 200 J przy obciążeniu 50 Ω

Zmianę zapisu na „Protokół wyładowań - programowana sekwencja 3 wyładowań o energii w zakresie min. 120 do 200J”

Zmianę zapisu na „Przekątna ekranu min. 3,6”, rozdzielczość ekranu min. 320x240 pixeli”

Zmianę p. 19 na „Bateria nieładowna (min 5 lat żywotności, min. 100 wyładowań lub min. 300 minut monitorowania z nową bateria)”.

Defibrylator w części „E”, 39 sztuk.

Wymóg p. 19: „Zakres pomiaru częstości akcji serca minimum 20 - 300 /min.”, uniemożliwia złożenie oferty konkurencyjnej.

Wnosił o zmianę zapisu p. 19 na „Zakres pomiaru częstości akcji serca minimum 30 300 /min.”.

Zmiana zakresu monitorowania nie ma żadnego znaczenia klinicznego, gdyż częstość akcji serca poniżej 40 uderzeń na minutę bezwzględnie oznacza ostrą bradykardię i hemodynamicznie niewydolną czynność serca.

Odnosnie zarzutu 2. Wskazał, iż Zamawiający prócz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób który wskazuje na produkty jednego producenta dodatkowo nie dopuścił w niniejszym postępowaniu do podziału na zamówienia na części mimo, iż przedmiot postępowania podzielony został na określone typy urządzeń i nadaje się do przeprowadzenia w częściach. Poprzez takie zaniechanie przy jednoczesnym opisie wskazującym na jednego producenta podmioty zainteresowane uczestnictwem choćby w zakresie Defibrylatorów typu „E” nie są w stanie złożyć oferty w postępowaniu, gdyż nie posiadają w sprzedaży urządzeń wymaganych przez Zamawiającego w pozostałych typach w tym zakresie pozostają w pełni zależne od jedyne podmiotu który może złożyć ofertę w postępowaniu, tj. Physio Control Poland Sales Sp. z o.o. Podniósł, że zaniechanie to ma doniosłe skutki dla zaburzenia konkurencji w postępowaniu. Zamawiający ma możliwość ku temu by dokonać podziału zamówienia na części przewidzianą w art. 36aa ust. 1 Pzp zgodnie zaś z art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp zamawiający odstępując od podziału zamówienia na części musi tą okoliczność uzasadnić. W zakresie problematyki podziału zamówienia na części wypowiedział się także UZP, który w informacjach publikowanych na stronie internetowej www.uzp.gov.pl wskazał że: „Zgodnie z treścią znowelizowanego art. 96 ust 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia

zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonanie podziału zamówienia na części. Zamawiający, uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się wyłącznie na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m. in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku". W przedmiotowym postępowaniu podział zamówienia na części przyniósłby Zamawiającemu jedynie korzyści oraz doprowadził do otwarcia postępowania na konkurencję. W związku z powyższym wnosił o dokonanie podzielenie postępowania na części tak by Defibrylatory każdego z opisanych typów stanowiły odrębną część co umożliwi zachowanie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższą argumentację Odwołującej potwierdza także stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w orzeczeniu z 22.10.2010 r., sygn. akt: KIO/2189/10.

Odnosnie zarzutu 3. Zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp Zamawiający w przedmiotowym przetargu winien był zastosować kryterium ceny na poziomie do 60 %. Tymczasem Zamawiający w pkt XIII siwz ustanowił kryterium, że łączna cena ofertowa brutto będzie stanowiła 80 % wagi. Postanowienie to stanowi o naruszeniu treści art. 91 ust. 2a Pzp Odwołująca wnosil o zmianę kryterium ceny na wagę wynikającą z treści art. 91 ust. 2a, tj. ustanowienie jej na poziomie 60%. Dodatkowo wskazał, iż w załączniku nr 1 do SIWZ w kolumnie LP przy każdym z typów urządzenia wskazano „*Parametry oferowane (suma - 100 pkt.) podać i opisać oferowane parametry*” pomimo, iż Zamawiający nie przewidział w kryteriach oceny ofert punktacji na tym poziomie, zgodnie z pkt XIII SIWZ za parametry techniczne można było dostać łącznie punktów 15. Przywołał następnie orzecznictwo sądów powszechnych oraz KIO.

Zamawiający w dniu 24.10.2016 r. (umieszczając na stronie internetowej) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpień nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz modyfikacji postanowień SIWZ z 04.11.2016 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) opracowania tabelaryczne ukazujące, w kontekście parametrów będących przedmiotem zaskarżenia, jakie firmy istniejące na rynku są w stanie złożyć ofertę na defibrylatory w części A-E;
- 2) wydruki ze stron internetowych producentów defibrylatorów stanowiące specyfikacje techniczne tych urządzeń na potwierdzenie przywołanych powyżej opracowań tabelarycznych /Lipepak 15; ZOLL/XSeries; Philips/HeartStart MRx; Mindray/BeneHeart D6 (w j. angielskim wraz z tłumaczeniem zaznaczonego gargmentu);Corpuls3/;
- 3) kopie wyciągów/fragmentów dwóch publikacji: „Podręcznik dla studentów uczelni medycznych. Medycyna Ratunkowa i Katastrof.” pod red. prof. Andrzeja Zawadzkiego oraz „Medycyna Ratunkowa. Nagłe zagrożenia zdrowotne pochodzenia wewnętrznego.” opracowanie zespołowe, wyd. drugie pod red. prof. Juliusza Jakubaszki;
- 4) korespondencję e-mailową z Dyrektorem ds. medycznych Wojewódzkiej Stacji Ratownictwa Medycznego w Łodzi p R. W.-K. w zakresie tego, czy z punktu widzenia klinicznego możliwość pomiaru tętna w zakresie 30 uderzeń na minutę ma znaczenie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odpowiedź na odwołanie złożoną na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania. Następnie, konieczne jest wskazanie, że na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie do której dołączył dokonaną w dniu 04.11.2016 r. modyfikację postanowień SIWZ – w jej ramach odnośnie zarzutu pierwszego dokonał wnioskowanych przez Odwołującego zmian za wyjątkiem parametru dotyczącego - defibrylatora oznaczonego literą A w Lp. 26: Zakres pomiaru tętna od 20-300 u/min; odnośnie defibrylatora oznaczonego literą B w Lp. 22: Zakres pomiaru tętna od 20-300 u/min; odnośnie defibrylatora oznaczonego literą C w Lp. 22: Zakres pomiaru tętna od 20-300 u/min oraz odnośnie defibrylatora oznaczonego literą E w Lp. 19: Zakres pomiaru częstości akcji serca od 20-300 u/min. W zakresie zarzutu drugiego dokonał podziału na dwie części – tj. część pierwszą obejmującą defibrylator oznaczony literą A, B, C i D oraz część drugą obejmującą defibrylator oznaczony literą E. Jednocześnie zawarł w odpowiedzi

na odwołanie wyjaśnienie dotyczące zarzutu trzeciego oparte na charakterze swojej działalności, stwierdzając, iż nie należy do kręgu podmiotów wskazanych w art. 91 ust. 2 a Pzp, poparte dowodami, tj. kopia aktu notarialnego Repetytorium Nr 3812/14 oraz 3851/14. Nadto, na posiedzeniu oświadczył, że w odpowiedzi na odwołanie znajduje się omyłka, gdyż nie uwzględnił odwołania w zakresie dwóch pierwszych zarzutów, ale dokonał jedynie modyfikacji postanowień SIWZ w tym zakresie.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że podtrzymuje zarzut pierwszy w zakresie niezmodyfikowanego parametru w defibrylatorach A, B, C oraz E. W zakresie pozostałych parametrów wobec zmodyfikowania postanowień SIWZ wycofał swoje wnioski w tym zakresie. Odnośnie zarzutu drugiego, podtrzymał zarzut, stwierdzając, że mimo zmiany zarzut jest dalej aktualny, gdyż jak wynikało ze stanowiska Zamawiającego nie dokonano podziału zamówienia na pięć części jak de facto wnioskował w odwołaniu. Wyjaśnił, już w toku rozprawy, że po modyfikacji byłby w stanie złożyć ofertę na defibrylator oznaczony literą D, jednakże wobec braku podziału w tym zakresie i umiejscowienie w jednej części razem z defibrylatorem oznaczonym literą A, B, C i D, nie jest to możliwe. W zakresie zarzutu trzeciego – po zapoznaniu się z odpowiedzi na odwołanie w tym zakresie – wycofał zarzut.

Odnośnie zarzutu drugiego, Zamawiający stwierdził na posiedzeniu, iż w zakresie podtrzymanym wobec dokonanej zmiany postanowień SIWZ, mamy de facto do czynienia z nowym zarzutem, na który przysługuje nowy termin na wniesienie środka ochrony prawnej. Odwołujący oponując stwierdził, że jego stanowisko wobec zarzutu drugiego jest wynikiem tego, że dokonana zmiana nie była zgodna z wnioskiem zawartym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego – art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 Pzp, tj. określenie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców bez poszanowania dla zasady proporcjonalności oraz poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazuje na określone produkty co może utrudniać, a wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję, Izba uwzględniła.

W tym zakresie, Izba uznała zasadność zarzut w podtrzymanym przez Odwołującego zakresie uznając konieczność zmiany parametru dotyczącego zakresu pomiaru tętna zgodnie ze wskazaniem zawartym w sentencji. Zamawiający nie przedstawił żadnej przekonującej argumentacji, a tym bardziej dowodu odnośnie zasadności podtrzymania

spornego parametru w jego pierwotnym brzmieniu w defibrylatorach objętych przedmiotem zamówienia, tj. pozostawienia - zakresu pomiaru tętna od 20-300 u/min (defibrylator A, B i C), czy też zakresu pomiaru częstości akcji serca od 20-300 u/min (defibrylator E).

Zamawiający nie polemizował z argumentacją Odwołującego dotyczącą zaleceń Europejskiej Rady Resuscytacji, ani złożonymi przez niego dowodami na rozprawie, w szczególności kopiami wyciągów/fragmentów dwóch publikacji: „Podręcznik dla studentów uczelni medycznych. Medycyna Ratunkowa i Katastrof.” pod red. prof. Andrzeja Zawadzkiego oraz „Medycyna Ratunkowa. Nagłe zagrożenia zdrowotne pochodzenia wewnętrznego.” opracowanie zespołowe, wyd. drugie pod red. prof. Juliusza Jakubaszka - odnoszącymi się do zaburzeń rytmu serca – bradykardii. Nie składał, jak zostało to już wskazane żadnych dowodów przeciwnych. Nie przedstawił dokumentacji, z której wynikałoby, że dokonywał jakichkolwiek konsultacji z Wojewódzką Stacją Ratownictwa Medycznego w Łodzi w zakresie spornego parametru, choć powoływał się na uzgodnienia z jej przedstawicielami. W tym zakresie Odwołujący przedstawił korespondencję z dyrektorem de. Medycznych Wojewódzkiej Stacji Ratownictwa Medycznego w Łodzi stwierdzającą, iż z punktu widzenia klinicznego możliwość pomiaru tętna poniżej 30 uderzeń serca na minutę nie ma specjalnego znaczenia. Nadto, Zamawiający nie przedstawił także żadnej dokumentacji potwierdzającej akceptację odbiorców. W ocenie Izby, nie była ona bez znaczenia dla okoliczności przedmiotu sporu. Zamawiający nie był w stanie potwierdzić również, że zamówienie jest realizowane także na rzecz innych podmiotów niż Wojewódzka Stacja Ratownictwa Medycznego w Łodzi. W tym zakresie nie chciał nawet ich wymienić, z uwagi na obawę przed próbami wpływania na nie przez zainteresowanych Wykonawców, choć istniała możliwość przedstawienia stosownej informacji pisemnej lub dokumentu jedynie do wiadomości składu orzekającego Izby. W sposób nieuprawniony, stwierdził że informacja w tym zakresie nie jest częścią dokumentacji przetargowej.

Nadto, Zamawiający przyznał także na rozprawie za Odwołującym, że takie same procedury medyczne i postępowanie z pacjentem są wdrażane w przypadku 40 i poniżej uderzeń serca na minutę. W rezultacie nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił swoich uzasadnionych potrzeb w zakresie spornego parametru.

Oświadczył również na rozprawie, iż według jego wiedzy także producenci innych urządzeń spełniają parametr wymagany, przez Zamawiającego, ale nie był w stanie złożyć w tym zakresie dowodu, ani wymienić z nazwy owych producentów. W konsekwencji, Zamawiający nie podważył dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, które uwiarygodniły przedstawione opracowania tabelaryczne, z których wynikało w kontekście również zarzutu drugiego, iż tylko jeden podmiot byłby w stanie złożyć ofertę w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego – art. 7 ust. 1, art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp poprzez zaburzające zasadę równego traktowania wykonawców nieuzasadnione zaniechanie dokonania podziału zamówienia na części, Izba uwzględniła.

Zamawiający nie przedstawił na rozprawie jakichkolwiek wiarygodnych i jednoznacznych powodów zaniechania podziału zamówienia na pięć części, która to argumentacja byłaby zgodna z przepisami Pzp. Nadto, nie przedstawił żadnego pisemnego uzasadnienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części zawartego w dokumentacji postępowania, mimo że art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp, po ostatniej nowelizacji, nakłada w tym zakresie obowiązek zawarcia takiego uzasadnienia w protokole.

Należy zauważyć, że możliwość podzielenia zamówienia nie była kwestionowana przez Zamawiającego. Argument Zamawiającego o chęci osiągnięcia efektu skali i w jej efekcie korzystniejszej ceny należy uznać za chybiony, wobec potwierdzenia przez Odwołującego dowodami z rozprawy, że tak pierwotnie, jak i po zmianie z 04.11.2016 r., w kontekście poprzedniego zarzutu, tylko jeden podmiot byłby w stanie złożyć ofertę w postępowaniu, co nie prowadziłoby w żadnym wypadku do uzyskania dogodnych warunków finansowych wbrew oczekiwaniom Zamawiającego.

Niewątpliwie w takiej sytuacji taki Wykonawca zaoferowałby cenę wynikającą z tej okoliczności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego - art. 91 ust. 2a Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny ze wskazaną normą. W tym zakresie, Odwołujący wycofał niniejszy zarzut na posiedzeniu, po zapoznaniu się z wyjaśnieniem zawartym w odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....