

Sygn. akt: KIO/UZP 1281/09

**WYROK**  
**z dnia 26 października 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:           Małgorzata Rakowska**

**Członkowie:                 Andrzej Niwicki**  
**Anna Packo**

**Protokolant:               Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DIAGNOS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyny 4, 02-820 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne, Al. W. Witosa 26, 45-418 Opole** protestu z dnia 10 sierpnia 2009 r.

przy udziale **LIFEMED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża DIAGNOS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyny 4, 02-820 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **DIAGNOS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyny 4, 02-820 Warszawa,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **DIAGNOS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyńny 4, 02-820 Warszawa.**

### **Uzasadnienie**

Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej, Wojewódzkie Centrum Medyczne w Opolu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup, dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń do monitorowania pacjentów oraz przeszkolenie z zakresu obsługi personelu”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskim z dnia 5 czerwca 2009 r., nr 2009/S 106-153327.

Zamawiający w dniu 31 lipca 2009 r. (pismem z tej samej daty) poinformował wykonawcę Diagnos Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze oferty wykonawcy LIFEMED POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą LIFEMED”, jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 10 sierpnia 2009 r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę LIFEMED, pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a wykonawca winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy LIFEMED z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ,
3. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy LIFEMED z udziału w postępowaniu z uwagi na niepotwierdzenie przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niezapełnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy LIFEMED z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej,

2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy LIFEMED z udziału w postępowaniu z uwagi na niepotwierdzenie przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej oceny ofert,
3. odrzucenie oferty wykonawcy LIFEMED w postępowaniu oraz wykluczenie tego wykonawcy,
4. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych i złożonych przez wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż wykonawcy – zgodnie z wymaganiami SIWZ - zobowiązani byli potwierdzić spełnienie przez oferowane urządzenia wskazanych w tym załączniku parametrów i funkcjonalności oraz zamieścić opis każdego z parametrów wraz z podaniem strony oferty, na której znajduje się potwierdzenie tych informacji. Wymaganych parametrów wykonawca LIFEMED nie potwierdził:

- 1) w zakresie zadania 1, poz. 1 „Kardiomonitoring stacjonarno-przenośne modułowe”, pkt 5, 11, 12, 13, 17, 18, 26, 32, 43;
- 2) w zakresie zadania 1, poz. 2 „Monitory anestetyczne”, pkt 12, 15, 21, 24, 41, 55, 61, 73, 74, 76, 77, 78, 86, 95, 96;
- 3) w zakresie zadania 2 „Kardiomonitoring stacjonarne modułowe, kardiomonitor transportowy modułowy”, pkt 2, 5, 7, 16, 41.

Odwołujący podniósł także, iż treść oferty wykonawcy LIFEMED nie zawiera wszystkich opisów i informacji wymaganych przez Zamawiającego, wskazując na brak wskazania wartości różnicy saturacji lub wykresu różnicy saturacji zamierzonych wartości na ekranie monitora.

Nadto dodał, iż wykonawca LIFEMED powinien zostać wykluczony z postępowania, gdyż dokumenty złożone przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie potwierdzają spełnienia tego warunku.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca LIFEMED otrzymał w tej samej dacie).

Pismem z dnia 10 sierpnia 2009 r. wykonawca LIFEMED przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego uwzględnienie w części dotyczącej potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu oddalenie, nadto dodając iż, powtórzy czynność badania i oceny ofert w powyższym zakresie. W pozostałej części protest oddalił podnosząc, iż wskazanie strony oferty miało charakter pomocniczy, tym samym nie można odrzucić oferty spełniającej parametry techniczne z powodu przesunięcia numeracji strony.

Zamawiający nadto dodał, iż w udzielonej odpowiedzi nie precyzował sposobu prezentacji różnicy saturacji. Prezentowanie na ekranie monitora obok siebie dwóch różnych saturacji, różnych krzywych saturacji oraz korespondujących z nimi wartości liczbowych jest dla Zamawiającego spełnieniem tego warunku technicznego.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu 28 sierpnia 2009 r.; przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 25 sierpnia 2009 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście, co do nieuwzględnionej części protestu.

W dniu 1 października 2009 r. (pismem z dnia 30 września 2009 r.) wykonawca LIFEMED przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut niespełnienia przez oferowane urządzenia wskazanych szczegółowo przez Odwołującego parametrów i funkcjonalności nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku do SIWZ „Przedmiot zamówienia” zamieścił wymóg załączenia do oferty opisów, katalogów, prospektów, świadectw itp. potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają postawione przez Zamawiającego wymogi oraz wskazania w ofercie „miejsca potwierdzenia wymaganych i podanych parametrów”, poprzez wpisanie w kolumnie 5 tabeli numeru strony oferty, na której przedmiotowe informacje się znajdują.

W ocenie Izby kardiomonitoring stacjonarno-przenośne modułowe i monitory anestetyczne (zadanie nr 1) oraz kardiomonitoring stacjonarne modułowe i kardiomonitor transportowo modułowy (zadanie nr 2) zaoferowane przez wykonawcę LIFEMED spełniają postawione przez Zamawiającego w SIWZ wymagania, a rzekome braki potwierdzenia spełnienia określonych parametrów i wymogów, jak wynika z analizy treści oferty tego wykonawcy są jedynie wynikiem błędnego podania w niektórych pozycjach tabeli numeru strony, na której wymagane informacje się znajdują, a więc są zawarte w treści oferty na innych stronach oferty oraz w załączonej do oferty instrukcji obsługi oferowanych urządzeń. Natomiast w innych pozycjach tabeli wykonawca ten nie wskazał stron instrukcji obsługi urządzenia, a których to treść jednoznacznie potwierdza posiadanie przez oferowane urządzenia wymaganych przez Zamawiającego parametrów. Odnosząc się szczegółowo do kwestionowanych pozycji poszczególnych tabel stwierdzić należy, iż potwierdzenie spełnienia parametrów i wymogów Zamawiającego faktycznie znajduje się w ofercie wykonawcy LIFEMED, tj.:

1. kardiomonitoring stacjonarno-przenośne modułowe:

- poz. 5 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na stronie 175 i 197 oferty oraz instrukcji obsługi urządzenia (strony od 1-1 do 1-16);
- poz. 11 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na stronie 2 instrukcji obsługi urządzenia „Ultraview SL Mały Monitor SL2600 91870”,
- poz. 12 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strony od 25-3 do 25-4);
- poz. 13 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strony od 14-3 do 14-4);
- poz. 17 i 18 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strona 1-7) oraz na stronach 154 i 196 oferty;
- poz. 26 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strony od 13-3 do 13-4) oraz na stronie 179 oferty;
- poz. 32 i 43 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strony: 6-6,10-5 do 10-6, 18-7 do 18-8, 6-7 do 6-8 , 6-7 do 6-8);

2. monitory anestetyczne:

- poz. 12 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strony: 6-6,10-5 do 10-6, 18-7 do 18-8, 6-7 do 6-8, 6-7 do 6-8);

- poz. 15 wykonawca złożył oświadczenie, iż opisy i komunikaty będą w języku polskim;
- poz. 21 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strona 27-1);
- poz. 24 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strony: 9-15, 9-6, 6-6,10-5 do 10-6, 18-7 do 18-8, 6-7 do 6-8);
- poz. 41 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strona 16-17);
- poz. 55 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strona 1-6);
- poz. 61 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na stronie 184 oferty;
- poz. 73, 74, 76, 77 i 78 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na stronie 230 i 229 oferty;
- poz. 86 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na stronie 229 oferty oraz w instrukcji obsługi (strony 3-8 i 22-7)
- poz. 95 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się w instrukcji obsługi urządzenia (strona 6-7);
- poz. 96 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na zadeklarowanych stronach oferty;

3. kardiomonitor stacjonarne modułowe i kardiomonitor transportowo modułowy:

- poz. 2 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na stronie 225-227 oferty oraz w instrukcji obsługi urządzenia (strona od 3-8 do 3-9);
- poz. 5 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na stronie 213 i 164 oferty;
- poz. 7 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na stronie 216 oferty;
- poz. 16 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na stronie 197 oferty;
- poz. 41 potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru znajduje się na stronie 180 oferty.

Przedłożony przez Zamawiającego na rozprawie wyciąg z oferty wykonawcy LIFEMED, celem potwierdzenia spełnienia przez ofertę złożoną przez tego wykonawcę wymogów Zamawiającego, odpowiada temu co rzeczywiście zostało złożone wraz z ofertą.

Reasumując stwierdzić należy, że mimo, iż wykonawca LIFEMED, w niektórych pozycjach tabeli podał błędny numer strony oferty, na której znajduje się spełnienie wymogu postawionego przez Zamawiającego, w innych zaś nie uszczegółowił ich spełnienia to jednak tego rodzaju błędy, w sytuacji, gdy wymagane informacje faktycznie znajdują się w treści oferty, a jedynie na innej stronie oraz w załączonej do oferty instrukcji obsługi danego urządzenia, nie wpływa na treść kwestionowanej oferty i nie może stanowić podstawy do jej odrzucenia. W niniejszym stanie faktycznym nie występuje więc niezgodność treści oferty wykonawcy LIFEMED z treścią SIWZ, a jedynie niezgodność mająca charakter jedynie formalny, a nie merytoryczny.

**Zarzut braku spełnienia wymogu dotyczącego możliwości prezentacji różnicy saturacji nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku do SIWZ „Przedmiot zamówienia” zamieścił wymóg „możliwość pomiaru saturacji w dwóch punktach po wstawieniu dodatkowego modułu”, a udzielając odpowiedzi na pytanie wykonawcy (pismem z dnia 3 lipca 2009 r.) „w związku z wymaganiem możliwości rozbudowy monitora o pomiar saturacji w dwóch punktach oraz w związku z klinicznym zastosowaniem pomiaru saturacji w dwóch punktach przy przetrwałym przewodzie tętnicznym PDA (...) czy Zamawiający będzie wymagał prezentacji różnicy saturacji zamierzonych wartości na ekranie monitora” wskazał, iż „tak”.

Bezspornym jest, iż wszystkie urządzenia określonego typu (zamawianego przez Zamawiającego) zawierają wykresy saturacji. Istotą sporu jest natomiast ustalenie rozumienia wymogu prezentacji różnicy saturacji.

Prezentacja różnicy saturacji, jak wynika z pism procesowych (Zamawiającego i Przystępującego) oraz stanowisk prezentowanych na rozprawie, polega na wyświetleniu na ekranie monitora obok siebie dwóch różnych pomiarów w postaci dwóch różnych krzywych saturacji oraz korespondujących z nimi wartości liczbowych. Tak rozumianej definicji różnicy saturacji nie kwestionował Odwołujący, podnosząc jednak, iż w tym konkretnym przypadku, w świetle udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi (pismem z dnia 3 lipca 2009 r.) różnicę saturacji należy rozumieć jako wyświetlenie różnicy pomiędzy pomiarem pierwszego wykresu a pomiarem drugiego wykresu, tj. różnicy pomiędzy tymi pomiarami.

Zdaniem Izby ze sformułowania SIWZ, jak i udzielonej następnie odpowiedzi jednoznacznie wynika, iż Zamawiający wymagał prezentacji na ekranie monitora pomiaru saturacji w dwóch punktach, jednocześnie nie określając sposobu w jaki prezentacja ta ma być dokonana. Istotna dla niego jest bowiem obserwacja zmian tego samego parametru w dwóch różnych miejscach. Tak więc znajduje tu zastosowanie definicja różnicy saturacji w znaczeniu typowym, czy też powszechnym dla jego odbiorców jako prezentacja dwóch

różnych pomiarów, a tym samym ich wyników, gdyż sama różnica saturacji (delta), a więc wyświetlenie na ekranie monitora wyłącznie określonego wyniku bez prezentacji różnych pomiarów może wprowadzać w błąd używającego to urządzenie.

Nieuprawniony jest także zarzut, iż z treści oferty wykonawcy LIFEMED nie wynika, że wykonawca ten spełnił przedmiotowy wymóg. Jak bowiem wynika z treści złożonej przez niego oferty potwierdzeniem spełnienia wymogu z poz. 42 tabeli dotyczącej monitorów anestetycznych jest informacja zawarta w kolumnie 5 tej tabeli, tj. wskazanie stron oferty (233 do 242), z treści których informacje te wynikają. Nadto potwierdzeniem spełnienia postawionego przez Zamawiającego wymogu jest instrukcja obsługi urządzenia załączona do oferty, której stron zawierających wymagane informacje istotnie wykonawca LIFEMED pierwotnie nie wskazał, takie informacje podał dopiero w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, mimo iż wskazane w wyjaśnieniu informacje faktycznie stanowiły załącznik do oferty (strony 1-6 i 1-4), a dodatkowo - jak podniósł na rozprawie – ze strony 1-3 instrukcji obsługi tego urządzenia. Jednocześnie należy stwierdzić, iż Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. Jednakże takie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmian w treści oferty, a ograniczać się muszą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofertach. Tak więc z treści wyjaśnień wykonawcy LIFEMED wynika jednoznacznie, że wymagane informacje były już zawarte w złożonej ofercie oraz załącznikach do niej, jednak nie wszystko Zamawiający potrafił odnaleźć i odczytać. Tym samym stwierdzić należy, że wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę LIFEMED nie spowodowały zmiany treści oferty, a jedynie doprecyzowały, na których stronach wymagane informacje, potwierdzające spełnienie wymogów Zamawiającego się znajdują. Oznacza to, iż oferowane jest to samo urządzenie, które od momentu złożenia oferty spełniało wymogi Zamawiającego.

Tym samym przedmiotowy zarzut jest bezzasadny.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....