

Sygn. akt KIO/UZP/0-1390/07,

KIO/UZP/0-1391/07

WYROK / POSTANOWIENIE*

z dnia 10 grudnia 2007r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Tubisz Renata

Członkowie:

Wiśniewska Agnieszka

Stręciwilk Małgorzata

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu/~~rozprawie~~* w dniu/w dniach* 7 grudnia 2007r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **5 grudnia 2007r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. DIAGNOS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Łączyńny 4

B. Dräger Polska Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Medyczna Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, Wrocław, ul. Pasteura 1** protestów:

A. DIAGNOS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Łączyńny 4 z dnia 2 listopada 2007r.

B. Dräger Polska Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a z dnia 31 października 2007r.

przy udziale xxx zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **Dräger Polska Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. - Oddała odwołanie **DIAGNOS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Łączyny 4,**

- Uwzględni odwołanie **Dräger Polska Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a** i unieważnia czynność wykluczenia z postępowania oraz nakazuje Zamawiającemu ponowną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie części A i D.

2. kosztami postępowania obciąża

- **DIAGNOS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Łączyny 4**

- **Akademię Medyczną Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, Wrocław, ul. Pasteura 1**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2104 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące sto cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 1052 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **DIAGNOS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Łączyny 4**
 - B** koszty w wysokości 1052 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dräger Polska Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 5 064 zł 0 gr (słownie: pięć tysięcy sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 1464 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc czterysta sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **DIAGNOS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Łączyny 4** na rzecz **Akademii Medycznej Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, Wrocław, ul. Pasteura 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego
 - B** kwoty 3 600 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Akademię Medyczną Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu, Wrocław, ul. Pasteura 1** na rzecz **Dräger Polska Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 37896 zł 0 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 18948 zł 0 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset czterdzieści osiem złotych zero groszy) na rzecz **DIAGNOS Sp. z o.o., Warszawa, ul. Łączyny 4**
 - B** kwoty 18948 zł 0 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset czterdzieści osiem złotych zero groszy) na rzecz **Dräger Polska Sp. z o.o., Bydgoszcz, ul. Sułkowskiego 18a**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego przyspieszonego na dostawę: Urządzeń stanowiących wyposażenie Oddziału Anestezjologicznego i Chirurgii Serca w Centrum Klinicznym Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej 213, podzielonych na części od A do D / znak CK AM ZI/AM/PO-69/07 / zostało wszczęte przez Zarząd Inwestycji Akademii Medycznej we Wrocławiu ul. Pasteura 1 50 - 368 Wrocław, zwanym dalej Zamawiającym, poprzez ogłoszenie wysłane w dniu 03.10.2007r., a opublikowane w dniu 5 października 2007r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2007/ S 192-233718.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych zarządzeniem z dnia 05.12.2007r. połączył do wspólnego rozpoznania odwołania następujących Odwołujących :

1. DIAGNOS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Łączyny 4, 02-820 Warszawa, zwany dalej Diagnos, Sygn. akt KIO/UZP/O -1390/07
2. Dräger Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy ul. Sułkowskiego 18 a, 85-655 Bydgoszcz, zwany dalej Dräger , Sygn. akt KIO/UZP/O -1391/07

3. Mennen Medical Ltd. 4 Ha-Yarden Street Yavne ,P.O. Box 102 Rehovot 76100 Izrael, Sygn.akt KIO/UZP/O – 1401/07.

Na posiedzeniu Izby w dniu 07.12.2007r na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy nie dopuszczono do postępowania odwoławczego zgłaszającego swój udział po stronie Zamawiającego wykonawcy PROMED S.A. ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa z uwagi na to, że nie był uczestnikiem postępowania protestacyjnego oraz nie doręczył kopii wnoszącym odwołanie.

Na tymże posiedzeniu Izby w dniu 07.12.2007r. wydano Postanowienie odrzucające odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy z powodu złożenia odwołania przez podmiot nieuprawniony to jest podpisania odwołania przez Panią Beatę Meller nie posiadającą pełnomocnictwa wymaganego zgodnie z art. 98 kodeksu cywilnego (k.c.).

Przedmiotem rozstrzygnięcia pozostały odwołania: wykonawców Diagnos oraz Drager.

Odwołujący DIAGNOS na pierwszym etapie postępowania złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i został zaproszony w dniu 30 października 2007r do składania ofert. W tym samym dniu Zamawiający doręczył specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Diagnos pismem z dnia 31.10.2007r. (data wpływu 02.11.2007r.) złożył protest na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w części B i C zamówienia zarzucając naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2007r. Nr 223, poz. 1655), zwaną dalej ustawą, a dotyczących:

1. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 29 ust. 2 ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie części B i C w sposób wskazujący na jednego wykonawcę (dostawcę),
2. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 29 ust. 1 ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - w zakresie części B i C - poprzez opisanie przedmiotu w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz określenie sprzecznych wymagań odnoszących się do warunków wykonania zamówienia,
3. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 29 oraz art. 139 i 140 ust. 1 ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez nałożenie uciążliwych warunków umownych - w zakresie części B i C- dotyczących gwarancji oraz świadczenia serwisu pogwarancyjnego,
4. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 91 oraz 29 i art. 82 ustawy zasady uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez określenie kryterium oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji w kryterium oceny ofert - w zakresie części C - Zamawiający przyznawał punkty za preferowane rozwiązania jakościowe, za inne rozwiązania nie przyznawał 0 punktów.

Diagnos wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści siwz zapewniającej:

1. wyczerpujący i jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, nie ograniczający uczciwej konkurencji bez wskazań na konkretnego wykonawcę,
2. odstąpienia od uciążliwych warunków umowy oraz
3. modyfikacji sposobu punktowania kryteriów oceny ofert.

W dniu 12 listopada 2007r. Zamawiający rozstrzygnął protest Wykonawcy uwzględniając wnioski Diagnos jedynie częściowo, to jest: stwierdził, że nastąpił błąd drukarski i realizacja dostawy powinna nastąpić zgodnie z siwz i ogłoszeniem o zamówieniu w terminie 5 tygodni od daty podpisania umowy oraz dokonał modyfikacji siwz poprawiając błąd drukarski zmieniając treść tabeli 2 w pkt XII.2. siwz wpisując zamiast (A-D) literę „B”.

W pozostałym zakresie Zamawiający protest oddalił nie podzielając argumentacji przedstawionej przez Diagnos.

W zakresie wniosku dotyczącego zmiany opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na to, że wskazuje na konkretnego wykonawcę, Zamawiający w całości go oddala z następujących powodów. Protest Diagnos polega na wypisaniu 17 parametrów respiratorów, bez wskazania jakie konkretne zmiany umożliwiłyby konkurencję oraz czy byłby dalej ten sam rodzaj zamówienia. Zamawiający ma prawo do najbardziej użytecznych dla niego urządzeń. Parametry techniczne i cechy funkcjonalne opisanych w siwz urządzeń uzasadnione są potrzebami Zamawiającego i znajdują zastosowanie w procedurze medycznej i praktyce lekarskiej.

W zakresie wniosku dotyczącego zmiany uciążliwych warunków umownych dotyczących gwarancji, Zamawiający uważa, że zapis w siwz o treści “wymiana modułu funkcjonalnego, należącego do przedmiotu zamówienia na nowy równoważny nastąpi po trzech naprawach serwisowych przy zaistniałym czwartym uszkodzeniu tego modułu w okresie gwarancyjnym. Nowy moduł zgodnie z przepisem art.581 k.c. dostarczony będzie z pełnym okresem gwarancji wynoszącym 36 miesięcy.”, nie narusza praw wykonawcy. Według oceny Zamawiającego są to naprawy istotne, a wymiana nastąpi gdy wady powstaną z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy, a nie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

W zakresie kwestionowania sposobu przyznawania punktów w ocenie technicznej to Zamawiający uznał określone w siwz parametry za najważniejsze. Ocena dokonywana jest na podstawie dwóch kryteriów: ceny i jakości technicznej. Nie może dojść do preferowania jednego wykonawcy, gdyż w każdym przypadku wykonawcy mogą dokonać wyboru pomiędzy dostępnymi kryteriami.

W dniu 15 listopada 2007r. Diagnos wniósł odwołanie na rozstrzygnięcie Zamawiającego w części oddalającej protest i podtrzymał zgłoszone zarzuty i wnioski zgodnie z treścią protestu.

Odwołujący Dräger złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w dniu 26 października 2007r. powziął wiadomość, iż został wykluczony z postępowania w zakresie części A i D z uwagi na niewykazanie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w III.2.1. i III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu, to jest nie przedstawił za pomocą wykazu wykonanych dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie. Zamawiający wymagał, aby wykonawca przedstawił co najmniej dwa zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w danej części, w której wykonawca składa wniosek, dla części A – 1 200 000zł., dla części D - 500 000zł.

Dräger w dniu 31 października 2007r. złożył protest na czynność wykluczenia zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy, art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy oraz art. 51 ust. 1 i 4 ustawy poprzez sformułowanie warunku w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i mogący naruszać uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców przede wszystkim z uwagi na nieokreślenie w jaki sposób należy przygotować wykaz dostaw i jakie dostawy Zamawiający potraktuje jako odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Wykonawca wskazał, że sam opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, zachodzą rozbieżności pomiędzy podanymi kodami CPV, a treścią opisu przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu oraz że również inni wykonawcy praktycznie w dowolny sposób przedstawiali swoje wykazy i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw. Dräger uważa, że Zamawiający nie zastosował jednolitych warunków dla wszystkich wykonawców, traktując niektórych wykonawców preferencyjnie. Wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania

oraz o zaproszenie jego do udziału w postępowaniu wraz z przekazaniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Termin na rozpoznanie protestu upłynął w dniu 12 listopada 2007r. W tym terminie Odwołującemu nie zostało doręczone rozstrzygnięcie Zamawiającego, co potraktował zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy za oddalenie protestu.

W dniu 16 listopada 2007r. Dräger wniósł odwołanie podtrzymując w całości zarzuty i wnioski podniesione w proteście.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie Diagnos uznać za nieuzasadnione w całości z następujących powodów.

Skład orzekający Izby w pełnym zakresie podzielił stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na protest w piśmie z dnia 12.11.2007r. oraz reprezentowane na rozprawie. Nie można bowiem Zamawiającemu postawić zarzutu naruszania uczciwej konkurencji tylko dlatego, że w sposób konkretny określa wymagane parametry zamawianych urządzeń. Zamawiający ma prawo oczekiwać dostaw spełniających jego oczekiwania nawet gdy są to najnowocześniejsze rozwiązania technologiczne. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że ze względu na to, iż zamówienie jest realizowane dla ośrodka akademickiego, to tym bardziej urządzenia powinny być najnowocześniejsze, co wyraża się między innymi w tym, że urządzenia mają mieć charakter kompaktowy. Jednocześnie Zamawiający przewidział dostawy urządzeń o cechach równoważnych do przedstawionych urządzeń o parametrach wskazanych w siwz. Przekonywująca jest również argumentacja Zamawiającego, który w rozstrzygnięciu protestu zaznacza, że Diagnos nie podaje alternatywnych rozwiązań, które powinien umieścić Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia. Czyli z samej negacji nie może Diagnos wywodzić skutków prawnych w postaci nakazu zmiany opisu przedmiotu zamówienia, bez wskazania zakresu zmian. Stanowisko Zamawiającego na rozprawie poparł Przystępujący po stronie Zamawiającego Dräger, który uważa, że to Zamawiający ma prawo określać parametry techniczne i cechy funkcjonalne oczekiwanych dostaw urządzeń, włącznie z prawem domagania się dostaw na jak najwyższym poziomie nowoczesności. Twierdzenie Diagnos, że parametry respiratorów podane w siwz odpowiadają jednemu producentowi, to jest firmie GE Healthcare, zostało zakwestionowane zarówno przez Zamawiającego, jak i przez uczestniczącą w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego firmę Dräger. Na poparcie swych twierdzeń Zamawiający złożył w poczet dowodów oferty złożone Zamawiającemu, które spełniają w równym zakresie wymagania co do postawionych parametrów w siwz, dwóch niezależnych producentów. Tymi firmami są: przywoływany przez Odwołującego Diagnos, respirator do

leczenia ostrej niewydolności oddechowej: model Engstrom Carestation firmy GE Healthcare i model Evita XL firmy Dräger Medical AG&Co, KgaA, Niemcy. Na tak przedstawiony dowód przez Zamawiającego, Odwołujący Diagnos nie zakwestionował jego prawdziwości. Osobną kwestią przemawiającą za uznaniem racji Zamawiającego są jego oczekiwania co do nabycia najnowocześniejszego urządzenia na dzień wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takiemu oczekiwaniu Zamawiającego nie można postawić zarzutu ograniczania konkurencji, nawet gdyby z tego powodu byłby na rynku jedyny producent. Z naruszaniem zasad uczciwej konkurencji mamy do czynienia, gdy w obrocie są urządzenia na poziomie technicznym porównywalnym, czy takim samym, a Zamawiający przez wskazanie jakichś indywidualnych cech ogranicza możliwości dostaw innych urządzeń na takim samym poziomie technicznym, czy funkcjonalnym. Reasumując Zamawiający ma prawo oczekiwać dostaw urządzeń najnowocześniejszych, to jest nie zapóźnionych technicznie. Ponadto Zamawiający wykazał, a firma Dräger potwierdziła, że jest co najmniej dwóch producentów urządzeń spełniających parametry podane w siwz.

W tym stanie rzeczy Odwołujący Diagnos nie wykazał, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia mógł naruszyć zasady uczciwej konkurencji, czego zakazuje art. 29 ust. 2 ustawy.

Skład orzekający Izby również nie podzielił poglądu Odwołującego Diagnos co do narzucania uciążliwych warunków umowy przez Zamawiającego w zakresie zawartych w siwz warunków gwarancji. W przypadku urządzeń medycznych o tak nowoczesnej technologii oczywistym jest prawo Zamawiającego do żądania od dostawcy udzielenia gwarancji na niezawodność urządzeń, których odbiór techniczny nawet przez profesjonalistów nie gwarantuje ich bezawaryjności w trakcie użytkowania. Kwestionowane przez Diagnos prawo do żądania wymiany urządzenia na nowe przy czwartej awarii jest pozbawione jakichkolwiek racji. Zamawiający ma prawo oczekiwać od dostawcy sprzętu ratującego ludzkie życie niezawodności. Tolerancja trzech bezskutecznych napraw i żądanie wymiany modułu urządzenia na nowy przy czwartej awarii świadczy o znacznej tolerancji Zamawiającego. Sformułowanie kodeksu cywilnego, iż to gwarant udziela gwarancji należy interpretować w ten sposób, że jest to jego powinność, a nie prawo. Słusznie Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu przywołuje regulację art. 578 k.c. zgodnie z którym, jeżeli w gwarancji inaczej nie zastrzeżono, odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje wady powstałe z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy. Skoro nie ma odmiennej regulacji we wzorze umowy oraz formularzu ofertowym, to rozstrzyga treść przywołanego art. 578 k.c.

Warunki serwisu ustalone przez Zamawiającego w formularzu ofertowym oraz wzorze umowy, w ocenie składu orzekającego Izby, nie stanowią uciążliwych warunków w rozumieniu kodeksu cywilnego mającego zastosowanie z mocy art. 139 ust.1 ustawy.

Dodatkowo należy nadmienić, że w zakresie zarzutów wymogu zabezpieczenia serwisu pogwarancyjnego Zamawiający uwzględnił zarzuty i dokonał zmiany siwz, to jest wykreślił kwestionowane postanowienia.

W tym stanie rzeczy Odwołujący Diagnos nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 oraz art. 139 i 140 ust. 1 ustawy.

Ostatni z zarzutów Diagnos naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 oraz 29 i art. 82 ustawy poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z określeniem kryterium oceny ofert – w zakresie części C - również nie został wykazany. Zamawiający określając kryterium jakości technicznej, przyznając maksymalną liczbę punktów (12) dla Wykonawcy, który zaoferuje dostawę urządzenia, w którym moduł jest podłączony do monitora, nie naruszył, w ocenie składu orzekającego Izby, zasady uczciwej konkurencji, przy uwzględnieniu 0 punktu dla rozwiązania równoważnego, w tym przypadku z monitorem wolnostojącym. Wykonawca nie ma prawa Zamawiającemu odmówić oczekiwania od dostawców najnowocześniejszych bądź najbardziej funkcjonalnych rozwiązań w zamówionych urządzeniach i temu służą kryteria oceny ofert, przykładowo wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy. Wszyscy wykonawcy są w tym wypadku równo traktowani. Słusznie podkreślił Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, że jego prawem jest ustalać jakie parametry są dla niego najważniejsze.

Odwołanie Dräger zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów.

Wykonawcy składali wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym wykazy wykonanych lub wykonywanych dostaw, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie z opisem przedmiot zamówienia podzielony był na cztery części A,B,C,D. W skład poszczególnych części wchodziły A - stacje monitorowania, B - Respiratory, C - Aparaty do znieczulania, D - Pompy medyczne. Zamawiający po zapoznaniu się z doręczonym wykazem dostaw oraz załączonymi referencjami stwierdził brak doświadczenia Odwołującego Dräger w częściach A - stacje monitorowania i D- pompy medyczne. W ogłoszeniu zawarte były następujące opisy: Część A 1. stacje monitorowania pacjentów OIT CPV 33.12.32.10-3i stacje monitorowania Oddziału Poznieczuleniowego 2.Stacjonarny monitor modułowy CPV33195100-4 3. Przenośny monitor Modułowy 4. Przenośny monitor rzutu serca i parametrów krążenia 5. Oprogramowanie do zarządzania danymi medycznymi dla Oddziału Intensywnej Terapii. Część D 1. Pompa strzykawkowa 33141626-4. 2 Pompa objętościowa 3. Stacja dokująca 4. Przenośna pompa do podaży diet dojelitowych (ogłoszenie Pkt II.1.5 krótki opis przedmiotu zamówienia). Zamawiający dla zakwalifikowania do złożenia oferty przez wykonawcę

zażądał wykazów odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały należycie wykonane. Przy czym Zamawiający zażądał przedstawienia co najmniej dwóch dostaw odpowiadających wartością i rodzajem przedmiotowi zamówienia dla Cz.A 1.200.000 zł a dla części D 500.000 zł. Na podstawie stosownej punktacji Zamawiający miał wyłonić 5 wykonawców w każdej z części. Odwołujący Drager złożył oferty na wszystkie części (A.B.C.D).

Zamawiający pismem z dnia 26.10.2007r. powiadomił Odwołującego o niezakwalifikowaniu do Cz. A i D stwierdzając w zawiadomieniu, że nie spełnił wymaganych warunków. Przy czym szczegółowe przyczyny braku stwierdzenia wymaganego doświadczenia Zamawiający przedstawił Odwołującemu w piśmie z dnia 26.10.2007r.- odpowiedź na protest. Rozstrzygnięcie protestu było przedmiotem postępowania odwoławczego, które uległo umorzeniu. Na rozprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania pełnomocnik Zamawiającego złożył pismo z dnia 06.12.2007r. z wnioskiem o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy. Wniosek z uwagi na to, że poprzednie postępowanie zostało umorzone nie został uwzględniony.

Odwołujący zarówno w proteście, jak i w odwołaniu oraz na rozprawie podnosił kwestię nierównego traktowania i podawał przykład wykonawcy Promed S.A. oraz braku ścisłego określenia, co winno znaleźć się w wykazach i w jakich relacjach kwotowych.

Skład orzekający Izby zapoznał się z wykazami zarówno Odwołującego jak i pozostałych wykonawców i stwierdził, że wykonawcy najczęściej wielokrotnie powtarzali dostawy w kolejnych częściach A,B,C,D, dokumentując doświadczenie. Zastrzeżenia Zamawiającego zapewne wzbudził fakt, że na podstawie referencji nie zawsze można było sprawdzić co dokładnie było przedmiotem zamówienia, a jeżeli wymieniano urządzenia to bez ich jednostkowych wartości, tylko z podaniem wartości sumarycznej wszystkich urządzeń w poszczególnych referencjach. W tym stanie rzeczy Zamawiający ustalając istnienie bądź brak istnienia doświadczenia intuicyjnie kwalifikował dostawy na podstawie referencji, które nie zawierały cen poszczególnych części zamówienia, a tylko łączną ich wartość. Tą nieprecyzyjną metodą klasyfikacji Zamawiający nie dopuścił do postępowania Odwołującego w cz. A i D. Skład orzekający Izby dokonał przeglądu dostarczonych wykazów i referencji i stwierdził, że biorąc pod uwagę wartości poszczególnych dostaw i użycia słów w poszczególnych referencjach; monitory, pompy to Odwołujący w 4 przypadkach mógł być zakwalifikowany jako wykonujący przedmiotowe dostawy (poz. 3, 4,6,8), ale bez określenia kwotowego udziału poszczególnych urządzeń.

Z uwagi na nieprecyzyjne postawienie zagadnienia w jaki sposób, jakimi dowodami ma wykonawca wykazać doświadczenie na poszczególne części zamówienia to nie powinno skutkować niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu. Tym bardziej, że każdy

wykonawca w inny sposób przedstawił doświadczenie, wobec braku jednolitego wzorca opracowanego przez Zamawiającego. Dlatego też Odwołujący słusznie podniósł zarzut nierównego traktowania wykonawców, wnosząc o uchylenie decyzji niedopuszczenia go do postępowania i nakazania doręczenia mu siwz celem złożenia oferty.

Skład orzekający Izby wydał rozstrzygnięcie stosownie do treści art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy, tj. w granicach zarzutów podniesionych w proteście. Jednakże Zamawiający przy wykonaniu niniejszego wyroku w zakresie odwołania firmy Dräger, powinien wziąć pod uwagę stan postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i ewentualne okoliczności mogące mieć wpływ na jego nieważność.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego Odwołującego się firmy Dräger w wysokości 3 600 zł oraz Zamawiającego w wysokości 1 464 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

.....

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*