

Sygn. akt: KIO 3136/20

WYROK
z dnia 15 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez wykonawcę: **Bjeska sp. z o.o. sp.k., ul. Strzeszyńska 33, 60-479 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr A. Jurasza w Bydgoszczy ul. M. Skłodowskiej-Curie 9, 85-094 Bydgoszcz**, przy udziale wykonawcy: **Walmed sp. z o.o., ul. Ptaków Leśnych 73, 05-500 Jastrzębie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Bjeska sp. z o.o. sp.k., ul. Strzeszyńska 33, 60-479 Poznań**, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Bjeska sp. z o.o. sp.k., ul. Strzeszyńska 33, 60-479 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **4 252 zł 69 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt dwa złote sześćdziesiąt dziewięć groszy) od wykonawcy **Bjeska sp. z o.o. sp.k., ul. Strzeszyńska 33, 60-479 Poznań** na rzecz zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr A. Jurasza w Bydgoszczy ul. M. Skłodowskiej-Curie 9, 85-094 Bydgoszcz** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr A. Jurasza w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup aparatury medycznej, łóżek do intensywnej terapii, łóżek wielofunkcyjnych, pomp infuzyjnych w stacji dokującej, pomp infuzyjnych objętościowych w stacji dokującej, monitorów funkcji życiowych, respiratorów transportowych oraz respiratorów dziecięcych, aparatu ECMO, aparatów USG, defibrylatorów, bronchofiberoskopu z torem wizyjnym, bronchofiberoskopu intubacyjnego z torem wizyjnym, wideolaryngoskopu w ramach projektu współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020 oraz środków Budżetu Państwa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 169-408808 w dniu 01.09.2020 r.

W dniu 20.11.2020r. Zamawiający zamieścił na platformie przetargowej zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części numer 5 zamówienia. Zamawiający wybrał ofertę Walmed sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu (dalej zwana „Walmed”), jako najkorzystniejszą.

Wykonawca Bjeska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty Walmed. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Walmed, pomimo że treść jego oferty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co dodatkowo stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Walmed jako najkorzystniejszej, pomimo że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów Pzp Zamawiający winien odrzucić ofertę Walmed i dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ewentualnie na wypadek uznania za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niesłuszny wybór na podstawie przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert jako najkorzystniejszej oferty Walmed, gdyż oferta ta nie powinna uzyskać punktów za spełnienie jednego z punktowanych parametrów, tj. „funkcja wspomaganie odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania

alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora”,

2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3. art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Walmed jako najkorzystniejszej, pomimo że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów Pzp Zamawiający winien dokonując oceny ofert nie przyznać ofercie Walmed dodatkowego punktu za spełnienie parametru „funkcja wspomaganie odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora” i dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty Walmed,
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie na wypadek uznania, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Walmed Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. powtórzenie czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. dokumentacji postępowania w zakresie części nr 5 zamówienia,
2. broszury technicznej dotyczącej Flight Medical 60,
3. instrukcji serwisowej Flight Medical 60 (Flight 60 Ventilator Service Manual).
4. instrukcji używania Flight Medical 60 (Flight 60 Turbinę Ventilator Operator's Manual).
5. przesłuchania Macieja Markiewicza w charakterze strony,

na okoliczność: sprzeczności oferty Walmed z SIWZ, zaistnienia przesłanek do odrzucenia oferty Walmed, nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego w zakresie oceny oferty Walmed na podstawie przyjętych kryteriów oceny, tj. ceny i parametrów jakościowych, niesłusznego wyboru oferty Walmed jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza winna zostać odrzucona, zaś w takim przypadku oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Zamawiający udzieliłby Odwołującemu zamówienia. Oferta Odwołującego otrzymałaby wówczas najwyższą liczbę punktów spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu.

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp a także art. 7

ust. 3 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która winna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł, że dostarczane respiratory miały spełniać wymagane parametry i warunki zawarte w załączniku nr 2 do SIWZ Formularz Cenowy. Zamawiający przewidział w SIWZ, że kryteriami wyboru ofert będą cena brutto w zakresie 60% oceny i dwa parametry jakościowe w zakresie 40% oceny, tj. zasilanie z własnej baterii wewnętrznej powyżej 10 godzin oraz funkcja wspomaganie odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora.

W wyniku pytań do SIWZ, Zamawiający pismem z dnia 01.10.2020 r. dopuścił respiratory, których waga wynosić będzie nie więcej niż 6,3 kg (bez wyposażenia).

Odwołujący wyjaśnił, że złożył w części nr 5 ofertę na dostawę 15 sztuk respiratorów transportowych, spełniającą wszelkie wymogi Zamawiającego. Odwołujący nie otrzymał dodatkowego punktu za parametr „funkcja wspomaganie odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora”, gdyż oferowany przez niego sprzęt produkcji Respironics Inc. Model respirator Trilogy EVO OBM (ref. IN2100X15B) nie posiada przedmiotowej funkcjonalności przy wstrzymanej pracy respiratora.

Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 22 października 2020 r. zwrócił uwagę Zamawiającemu, iż oferowane przez Walmed respiratory marki Flight Medical 60 nie spełniają wymogów technicznych zawartych w SIWZ. Odwołujący, bazując na materiałach zamieszczonych na stronie producenta respiratorów Flight Medical 60, zwrócił uwagę, iż waga respiratora przekracza dopuszczalną wagę 6,3 kg. Respiratory oferowane przez Walmed występują w dwóch wersjach wagowych, jedna z wagą do 6,3 kg i druga z wagą do 6,9 kg. Cięższe respiratory posiadają zintegrowany mieszacz tlenu, który w świetle wymogu określonego w Załączniku nr 2 do SIWZ w pkt 26 tabeli jest niezbędny, bowiem zapewnia, by mieszanka miała określony % stężenia tlenu (od 21-100%). Zdaniem Odwołującego, mieszacz tlenu jest integralną częścią respiratora, a nie wyposażeniem respiratora, co obrazuje Instrukcja serwisowa respiratora Flight Medical 60, gdzie na str. 21,22 i 25 (komponent z pkt. E „02 mixer Neb Board” tj. moduł sterowania mieszacza 02 i nebulizatora i H „Intemal 02 Mixer” tj. wewnętrzny mieszacz tlenu) znajdują się zdjęcia respiratora z wewnętrznymi częściami, w tym mieszaczem tlenu. Ponadto, w instrukcji używania respiratora Flight Medical 60 w pkt. 4.8.1. „Intemal 02 mixer” mowa jest o wewnętrznym mieszaczu tlenu.

Respirator jest sterowany za pomocą poszczególnych trybów wentylacji, co wynika z załączonej do pisma Walmed z dnia 30.10.2020 r. broszury technicznej. W poszczególnych trybach można ustawić konkretne parametry, czyli sterowanie poszczególnym trybem.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ, respirator musi posiadać funkcjonalność - regulacja czasu wdechu w zakresie minimum 0,3-5 sekund.

Respirator oferowany przez Walmed, co do zasady pozwala na sterowanie czasem wdechu w zakresie 0,1-3 sekund, ale czas wdechu w przedziale wymaganym w SIWZ jest dostępny tylko w jednym trybie, tj. B-Lev Controls (APRV).

Przedmiot oferty Walmed nie spełnia więc wymogów z SIWZ w tym zakresie, gdyż Zamawiający wymagał, aby w każdej sytuacji możliwe było regulowanie oddechu w zakresie 0,3-5 sekund. Odwołujący przedłożył na dowód swoich twierdzeń: broszurę techniczną, instrukcję serwisową oraz instrukcję używania uzyskaną z oficjalnej strony internetowej producenta respiratorów Flight Medical 60.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał Walmed do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust 1 Pzp, bazując na wątpliwościach zgłoszonych przez Odwołującego odnośnie rzetelności i poprawności oferty Walmed. Zamawiający prosił m.in. o wyjaśnienie wagi respiratora, gdyż respirator ze zintegrowanym mieszaczem tlenu waży 6,9 kg, a sam mieszacz jest niezbędny do zapewnienia płynnej regulacji stężenia tlenu tj. wymogu z SIWZ (pkt. 26 tabeli zawartej w załączniku nr 2 do SIWZ Formularzu cenowym) oraz o wyjaśnienie, jak respirator turbinowy, jakim jest Flight Medical 60, może pracować przy wstrzymanej pracy respiratora, skoro turbina może tłoczyć tlen tylko przy uruchomionym respiratorze.

W odpowiedzi Walmed pismem z dnia 30.10.2020 r., do którego załączono broszurę dotyczącą oferowanego respiratora, zdawkowo odniósł się do powyższych niejasności. *De facto* Walmed jedynie wykazał, że respirator będący przedmiotem oferty ma opcję natlenowania, ale nie odniósł się do wymogu „i przy wstrzymanej pracy respiratora”. Przede wszystkim nie skomentował jednak zarzutu, że bez wbudowanego mieszacza tlenu respirator nie spełnia wymaganych w SIWZ parametrów. Wskazał ponadto, że respirator występuje w dwóch wersjach, które różnią się pracą akumulatora. Natomiast z załączonej do pisma Walmed broszury wynika, że wartości czasu pracy akumulatora, na które powołuje się Walmed w ofercie są właściwe dla wersji respiratora z tłokiem. Oferta Walmed jest więc sprzeczna z SIWZ, gdyż respirator z tłokiem ma baterię pozwalającą na pracę 12 godzin, ale z wbudowanym mieszaczem waży więcej niż dopuszcza to SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego uznające odpowiedź Walmed za dostateczną jest niezrozumiałe, gdyż nie wyjaśnia powstałych rozbieżności, tj. waga respiratora będącego przedmiotem oferty Walmed wynosi 6,9 kg, podczas gdy Zamawiający określił ją na maksymalnie 6,3 kg, a także nie zapewnia regulacji czasu wdechu w zakresie minimum 0,3-5 sekund, a dodatkowo pokazuje, że oferta nie precyzowała nawet jaka wersja respiratora zostanie Zamawiającemu dostarczona, tj. z tłokiem czy z turbiną. Sam Zamawiający został wprowadzony w błąd, będąc przekonany, iż będzie to respirator

turbinowy, podczas gdy pośrednio z wyjaśnień Walmed wynika, że będzie to jednak respirator z tłokiem, a oba modele znacznie się od siebie różnią ze względu na specyfikę działania. De facto nie wiadomo więc, jaki dokładnie model respiratora jest przedmiotem oferty Walmed. Już sama ta okoliczność winna skutkować odrzuceniem oferty, gdyż jak wyjaśniło KIO w wyroku z dnia 1 października 2020 r. sygn. akt KIO 2018/20.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Walmed, przez co naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, błędnie przyjmując, że oferta ta odpowiada treści SIWZ, jednocześnie Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, dopuszczając się nierównego traktowania wykonawców i naruszając zasady uczciwej konkurencji, a ponadto, wskazał, że „odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp, bowiem skutkiem takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP jest udzielenie przez Zamawiającego zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami PZP”.

2. Zarzut ewentualny - nieprawidłowe przyznanie ofercie Walmed punktów za parametry jakościowe.

Zdaniem Odwołującego, nawet w przypadku uznania, że oferta Walmed nie podlega odrzuceniu, Zamawiający nie był uprawniony do wyboru oferty Walmed. Oferta Walmed uzyskała 54,78 punktów za kryterium ceny oraz 40 punktów za dwa kryteria jakościowe, tj. łącznie 94,78 punktów. Tymczasem oferta Odwołującego uzyskała 60 punktów za kryterium ceny oraz 20 punktów za jedno kryterium jakościowe, tj. łącznie 80 punktów. Oferta Walmed nie spełnia jednak obu kryteriów jakościowych i mogła uzyskać maksymalnie 20 punktów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w piśmie z dnia 30.10.2020r Walmed powołał się na punkt 10.2. prawdopodobnie instrukcji respiratora, w którym nie ma ani słowa o możliwości wspomaganie odsysania przy wstrzymanej pracy respiratora. Opis ten dotyczy wyłącznie uruchomienia funkcji 100% O2 i pokazuje, jak włączyć tą funkcję w trakcie pracy z aparatem, zatem oferowane przez Walmed respiratory nie spełniają parametru wspomaganie odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora, tj. przy wyłączonym respiratorze. W instrukcji używania na stronie 6-7 w tabeli wskazano, że opcja dwuminutowego 100% natlenienia jest dostępna w trakcie wentylacji, a wentylacja oznacza, że aparat musi w tym czasie pracować. Ponadto, na stronach 10-2 i 10-3 instrukcji używania opisana jest procedura włączenia funkcji dwuminutowego natlenienia, gdzie również nie wspomniano o rzekomej możliwości wyłączenia respiratora w trakcie trwania tego procesu. W związku z tym, już z samej instrukcji wynika, że Walmed nie był uprawniony do oświadczenia spełnienia tej funkcjonalności, a Zamawiający winien odmówić przyznania 20 dodatkowych punktów przy ocenie ofert.

W związku z powyższym Zamawiający naruszył art. 91 ust.1 Pzp. W niniejszej sprawie ofertą która winna otrzymać najwyższą liczbę punktów jest oferta Odwołującego, natomiast wybrany wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 74,78 punktów. Dokonane przez Zamawiającego czynności stoją więc w sprzeczności z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o zasądzenie zwrotu kosztów na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł, na dowód czego przedłożył fakturę VAT.

Wykonawca Walmed sp. z o.o., z siedzibą w Jastrzębiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 9 grudnia 2020 r. wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący sprecyzował dokładnie jaki model respiratora zaoferował. Urządzenie to występuje w trzech wersjach, tj. z tłokiem - model Flight 60, z turbiną - model Flight 60T oraz z dodatkowym wyświetlaczem graficznym - model Flight 60 EGD. Rozróżnienie tych modeli potwierdza certyfikat WE załączony do tego pisma. Przystępujący w swojej ofercie wskazał model Flight 60, a więc model z tłokiem. Oferta Przystępującego jest w tym względzie jednoznaczna. Z żadnego z pism zawartych w aktach postępowania nie wynika, aby Zamawiający był przekonany, że otrzyma model respiratora inny niż oferowany przez Walmed (respirator z tłokiem). Wbrew twierdzeniom Odwołującego, także z wyjaśnień Walmed nie wynikają takie wnioski. Przystępujący kategorycznie zaprzeczył, aby w jakimkolwiek zakresie wprowadził w błąd Zamawiającego.

Podniósł, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenie spełnia kwestionowane w odwołaniu wymagania co do wagi. Zgodnie z przedstawionymi Zamawiającemu wyjaśnieniami waga samego respiratora bez wyposażenia wynosi poniżej 6 kg, Dane podane w przestany Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami, folderze produktowym, wskazują co prawda na wagę 6,9 kg (respirator z wbudowanym mieszaczem, tj. model Flight 60), ale jest to waga całkowita urządzenia wraz z wyposażeniem. Tymczasem wymogi postępowania dotyczyły wagi samego urządzenia bez takiego wyposażenia. W załączeniu Przystępujący przedstawił oświadczenie producenta potwierdzające spełnienie warunków wagowych oraz fragment instrukcji respiratora ze wskazaniem jego dodatkowego wyposażenia.

Zarzut dotyczący regulacji czasu wdechu jest także chybiony. Odwołujący w tym przypadku dopuszcza się pewnej nadinterpretacji treści SIWZ, próbując narzucić dodatkowe wymogi, które nie zostały wskazane przez Zamawiającego, podczas gdy treść SIWZ jest w tym przypadku jasna. Pkt 21 tabeli Wymagane parametry i warunki Formularza cenowego (w

zakresie Części 5) wskazuje: „Czas wdechu regulowany w zakresie minimum 0,3 do 5 sekund.” Zamawiający wskazał więc, że oferowane urządzenie ma mieć funkcjonalność umożliwiającą taką regulację czasu wdechu. Nie wskazał jednak, że zakres ten ma być dostępny do wszystkich trybów pracy urządzenia. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający rozróżnia różne tryby pracy urządzenia, ciężko uznać, aby nie wskazał wprost, że wymóg czasu wdechu ma dotyczyć wszystkich wskazanych trybów pracy, gdyby żądał takiego wymogu. Przystępujący szczegółowo wyjaśnił Zamawiającemu regulację czasu wdechu w wyjaśnieniach z dnia 30.10.2020 r., tj., że w zależności od trybu wentylacji regulowany czas wdechu wynosi od 0,1 do 3 sekund z możliwością wydłużenia do 15 sekund dla trybu B-Lev. W celu rozwiania ewentualnych wątpliwości Przystępujący przedłożył oświadczenie producenta respiratora potwierdzające spełnianie przez to urządzenie wymagań SIWZ w zakresie regulacji czasu wdechu.

Przystępujący zauważył, że zgodnie z kryterium określonym w SIWZ, respirator ma wspomagać działania związane z odsysaniem z natlenowaniem przed i po odsysaniu. Samo odsysanie jest wykonywane przez inne urządzenie, a rolą respiratora jest natlenowanie pacjenta przed i po odsysaniu, tak aby nie włączał się alarm i jednocześnie aby w trakcie samego odsysania praca respiratora była wstrzymana. Całkowicie nielogiczne jest rozumowanie Odwołującego, że w trakcie wentylacji (czyli funkcji natlenowania) respirator ma być wyłączony, gdyż funkcją respiratora jest właśnie wentylacja pacjenta. Przy wykonywaniu odsysania jest to funkcja pomocnicza. Aby jednak nie zakłócać działania głównego (odsysania) na jego czas respirator musi wstrzymać wentylację pacjenta. Tym samym, odsysanie generalnie odbywa się przy wstrzymanej wentylacji pacjenta. Respirator przed tą czynnością natlenowuje 100% tlenem pacjenta przez określony czas, po tym czasie następuje wstrzymanie wentylacji oraz odsysanie pacjenta (w tym czasie monitorowany jest poziom SpO₂). Następnie użytkownik ponownie uruchamia wentylację z funkcją natlenowania 100% tlenem po odsysaniu w celu wyrównania stężenia tlenu w organizmie pacjenta. Treść SIWZ w tym względzie wydaje się jasna i dla podmiotu zajmującego się profesjonalnie dystrybucją urządzeń medycznych powinna być oczywista.

W ocenie Przystępującego, zarzuty Odwołującego są niedozwoloną nadinterpretacją postanowień SIWZ. Przystępujący potwierdził, że w oferowanym respiratorze dostępna jest funkcja wspomagania natlenowania pacjenta przez 2 minuty przed i po odsysaniu. Jest to standardowa funkcjonalność występująca w wielu urządzeniach podobnej klasy, co urządzenie zaoferowane przez Walmed. W odpowiedzi z dnia 30.10.2020 r. Przystępujący opisał krok po kroku procedurę wspomagania przy odsysaniu i przedstawił informację zawartą w instrukcji obsługi potwierdzającą sposób korzystania z funkcji natlenowania 100% O₂. Profesjonalny podmiot, jakim jest Zamawiający, na podstawie przedstawionych przez

Przystępującego informacji oraz dokumentów jednoznacznie mógł ocenić, czy jego wymagania zawarte w SIWZ są spełnione. Zamawiający w sposób obiektywny dokonał oceny oferty Walmed.

Do powyższego pisma Przystępujący załączył Certyfikat WE, fragment instrukcji obsługi respiratora, folder produktowy Flight 60, oświadczenia producenta firmy Flight Medical Innovations Ltd. Z dnia 1 października 2020 r. co do wagi respiratora oraz co do regulacji czasu wdechu wraz z tłumaczeniem.

Zamawiający, pismem z dnia 10 grudnia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego i przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą, według zestawienia przedłożonego na posiedzeniu. Zamawiający podniósł, że twierdzenia Odwołującego przedstawione w odwołaniu nie znajdują oparcia w dokumentach postępowania będących podstawą ustalenia stanu faktycznego.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ, formularz cenowy dla części 5, w pkt. 9 wymaganych parametrów Zamawiający postawił wymóg „Waga maksymalna respiratora (bez wyposażenia) do 6 kg”. W zawiadomieniu nr 2 z dnia 01.10.2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 2 Zamawiający dopuścił na zasadzie równoważności respirator o wadze 6,3 kg z zamontowanymi bateriami zapewniającymi do 15 godzin autonomii pracy. SIWZ określała wyłącznie wymogi wobec wagi respiratora bez wyposażenia, za które powszechnie uważa się m.in. różnego rodzaju przewody powietrzne, reduktory, układy oddechowe, czy także baterie (akumulatory), które są elementami zużywalnymi i wymiennymi (często o różnych parametrach np. pojemnościach oferowanych dla danego modelu respiratora).

W związku z wątpliwościami zgłoszonymi przez Odwołującego pismem z dnia 22 października 2020 r., Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie. Zgodnie z pismem Przystępującego z dnia 30.10.2020 r., do którego załączona została dokumentacja techniczna oferowanych respiratorów, wyjaśniono, iż przytaczane przez Odwołującego w odwołaniu progi wagowe 6,3kg (bez mieszacza) oraz 6,9kg (z wbudowanym mieszaczem) zostały podane wraz z wyposażeniem dodatkowym, tj. akumulatorem, oraz potwierdzono maksymalną dopuszczalną wagę respiratora z mieszaczem tlenu bez wyposażenia poniżej 6 kg. Wskazana przez Przystępującego waga poniżej 6 kg jest zatem masą respiratora z mieszaczem tlenu, jednak bez wyposażenia, w postaci baterii (co jest zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego i wymaganiami SIWZ). Okoliczność tę potwierdza także oświadczenie producenta oferowanych przez Przystępującego respiratorów, tj. firmę Flight Medical z dnia 1.10.2020 r. Zgodnie z nim, waga respiratorów Flight 60 w wersji tłokowej wraz z mieszaczem, lecz bez wyposażenia wynosi 6kg, w związku z czym spełnia wymagania Zamawiającego w SIWZ.

W kwestii funkcjonalności polegającej na możliwości regulacji czasu wdechu w zakresie minimum od 0,3 do 5 sekund Zamawiający zauważył, że sam Odwołujący w odwołaniu stwierdza, że oferowane przez firmę Walmed respiratory Flight 60 spełniają przytoczony wymóg oraz, że czas wdechu w przedziale wymaganym w SIWZ przez Zamawiającego jest dostępny w trybie B-Lev (APRV). Także Przystępujący w piśmie z dnia 30.10.2020 r. potwierdził spełnianie tego parametru, przedstawiając fragmenty stosownej dokumentacji technicznej. Ponadto, podobnie jak w przypadku masy respiratora, okoliczność tę potwierdza także oświadczenie producenta oferowanych przez Przystępującego respiratorów tj. firmę Flight Medical z dnia 1.10.2020 r. Zarzut Odwołującego jakoby przedmiot oferty firmy Walmed nie spełniał wymogów SIWZ w tym zakresie, jest zatem także nie trafny, a dodatkowo stanowi oczywistą nadinterpretację SIWZ poprzez bezpodstawne dodanie dorozumianego wymogu, aby oferowany zakres regulacji czasu wdechu dostępny był w każdym trybie pracy respiratora.

Zamawiający podkreślił, że nie czuje się wprowadzony w błąd w żadnym zakresie przedstawionym przez Odwołującego. Z treści oferty Przystępującego, jak i załączonych do niej dokumentów, jasno wynika, że przedmiotem oferty jest respirator Flight 60 (co zresztą zostało przez Odwołującego w treści odwołania wielokrotnie przytoczone) czyli tłokowa wersja respiratora model Flight 60. Dla Zamawiającego jest i było jasne, że przedmiotem oferty firmy Walmed jest respirator tłokowy, model Flight 60, który z uwagi na wymogi SIWZ posiada wbudowany mieszacz tlenu, akumulator o zwiększonej pojemności pozwalającej na pracę przez 12 godzin oraz bez wyposażenia wagę - 6kg co wynika wprost z oferty oraz zostało potwierdzone w przesłanych przez firmę Walmed wyjaśnieniach.

W ocenie Zamawiającego, wobec bezpodstawności zarzutów omówionych powyżej, Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie były stosowane jakiegokolwiek preferencje wobec któregośkolwiek z wykonawców, a działania podejmowane przez Zamawiającego zmierzały do zapewnienia należytego przebiegu postępowania, z poszanowaniem praw wykonawców i zapewnienia konkurencji ofert. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, jego oferta nie została odrzucona.

Zamawiający podtrzymał stanowisko w zakresie oceny punktowej oferty Walmed. Zastrzeżenia dotyczące funkcjonalności wspomaganie odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora, za którą Zamawiający przyznawał dodatkowy punkt, stanowią kolejną nadinterpretację Odwołującego wobec zapisów SIWZ.

W wyjaśnieniach z dnia 30.10.2020 r. Przystępujący przedstawił opis procedury odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu wraz z wstrzymaniem wentylacji, przy braku alarmu na czas samego odsysania. Funkcjonalność realizowana jest poprzez

włączenie przed odsysaniem funkcji natlenowania O₂ 100% przez dwie minuty lub krócej, po czym wentylacja jest wstrzymywana, a pacjent odłączany, przy braku alarmowania. Następnie pacjent jest odsysany, przy wstrzymanej wentylacji (co jest standardowym postępowaniem, do odsysania konieczny jest bowiem dostęp innego niż respirator urządzenia — ssaka — do dróg oddechowych pacjenta). Może to wymagać zdjęcia respiratora, lub uzyskania dostępu do odsysania, poprzez specjalnej konstrukcji wyposażenie respiratora. Zawsze jednak odbywa się to przy wyłączonej wentylacji pacjenta (stąd uprzednie podanie dodatkowej ilości tlenu, na czas odsysania). Po zakończeniu odsysania, należy pacjenta ponownie podłączyć do respiratora oraz wznowić wentylację wraz z dodatkową funkcją natlenowania O₂. Przez cały proces odsysania respirator nie wzbudza sygnalizacji alarmowej — co poprawia komfort pracy personelu przy pacjencie.

Posiadanie przez oferowane przez firmę Walmed respiratory Flight 60 omawianej funkcjonalności wspomagania odsysania poprzez natlenowanie potwierdza nie tylko oferta, otrzymane wyjaśnienia, oficjalna dokumentacja respiratora, ale również sam Odwołujący w odwołaniu.

Interpretacja Odwołującego omawianego parametru punktowanego, aby natlenowanie miało miejsce przy wstrzymanej pracy respiratora, tj. wentylacji, jest nieracjonalna i pozbawiona związku z przedmiotem zamówienia opisanym przez Zamawiającego. Ponadto, jest ona sprzeczna z praktyką wykonywania wskazanych czynności. Jeżeli Odwołujący, jako profesjonalista miał wątpliwości co do treści specyfikacji, mógł zwrócić się w tym zakresie o wyjaśnienia — jednak tego nie uczynił, wobec jak można sądzić powszechnie znanej w branży procedury odsysania pacjenta, poddawanego terapii respiratorem.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Walmed sp. z o.o., z siedzibą w Jastrzębiu skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest zakup aparatury medycznej: Łóżek do intensywnej terapii, łóżek wielofunkcyjnych, pomp infuzyjnych w stacji dokującej, pomp infuzyjnych objętościowych w stacji dokujące, monitorów funkcji życiowych, respiratorów transportowych oraz respiratorów dziecięcych, aparatu ECMO, aparatów USG, defibrylatorów, bronchofiberoskopu z torem wizyjnym, bronchofiberoskopu intubacyjnego z torem wizyjnym, wideolaryngoskopu określonych w załączniku nr 2 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Przedmiot zamówienia obejmuje 12 części, dla których Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, z zastrzeżeniem, iż oferta w każdej z nich winna być pełna (obejmować wszystkie pozycje wymienione w ramach danej części) i powinna spełniać szczegółowe wymagania określone w formularzach cenowych (załącznik nr 2), jak i wymagania zawarte w punkcie 3 niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pkt 3.8 Zamawiający wskazał, że szczegółowe wymagania dotyczące części zamówienia określone są w załączniku nr 2 do SIWZ. W Załączniku nr 2 (Formularz cenowy) w tabeli „Wymagane parametry i warunki” Zamawiający określił wymagane parametry dotyczące przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie części 5 obejmującej dostawę 15 szt. respiratorów transportowych, w tym m.in.:

- w pkt. 9 wymaganych parametrów Zamawiający postawił wymóg „Waga maksymalna respiratora (bez wyposażenia) do 6 kg”. W zawiadomieniu nr 2 z dnia 01.10.2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 2 Zamawiający dopuścił na zasadzie równoważności respirator o wadze 6,3 kg z zamontowanymi bateriami zapewniającymi do 15 godzin autonomii pracy.
- w pkt 21 „czas wdechu regulowany w zakresie minimum 0,3 do 5 sekund”

Zamawiający przewidział w pkt 14 SIWZ, że kryteriami wyboru ofert będą cena brutto z wagą 60% i kryterium jakościowe – dla części 5 zamówienia - dwa parametry jakościowe z wagą 40%, tj. „zasilanie z własnej baterii wewnętrznej powyżej 10 godzin” oraz „funkcja wspomaganie odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora”. Zamawiający wskazał, że maksymalna możliwa do zdobycia ilość punktów za parametry jakościowe podlegające ocenie dla części 5 to 2 pkt. W Formularzu cenowym wykonawcy byli zobowiązani złożyć oświadczenie w tabeli co do spełnienia parametrów jakościowych w części „Parametry podlegające ocenie”.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, z których wyłącznie wykonawca WALMED potwierdził spełnienie parametru punktowanego w ramach kryterium „funkcja wspomaganie odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora”.

Odwołujący, pismem z dnia 22 października 2020 r., złożył do Zamawiającego zarzuty dotyczące treści oferty Walmed, podnosząc, że oferowane przez Walmed respiratory marki Flight Medical 60 nie spełniają wymogów technicznych zawartych w SIWZ dotyczących przedmiotu zamówienia.

Bazując na powyższym piśmie, Zamawiający wezwał Walmed do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust 1 Pzp, wskazując, m.in. że:

1) „Zgodnie z ulotką oferowanego przez Firmę WALMED SP. Z O.O. respiratora Flight 60, prod. Flight Medical dostępną na stronie producenta można odczytać, iż podany respirator posiada czas wdechu regulowany w zakresie 0,1 do 3 sekund, co oznacza niespełnienie wymaganego parametru.”

2) „Oferowany przez Firmę WALMED SP. Z O.O. respirator występuje w dwóch wersjach wagowych. Pierwsza bez mieszalnika tlenu, która waży dokładnie 6,3 kg oraz druga ze zintegrowanym mieszalnikiem tlenu, której waga wynosi 6,9 kg. Zważając, iż Zamawiający wymagał, aby oferowany respirator posiadał płynną regulację stężenia tlenu należy przyjąć drugi wariant wagowy, gdyż to właśnie zintegrowany mieszalnik tlenu zapewnia spełnienie tego parametru. W związku z powyższym urządzenie Flight 60 nie jest w stanie spełnić dwóch parametrów jednocześnie.”

3) „Odnosnie parametru -„Funkcja wspomagania odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora”. - znając specyfikację techniczną respiratorów turbinowych, jakim między innymi jest Flight 60, prod. Flight Medical nie jest możliwe spełnianie w/w parametru przez respirator napędzany turbiną. Funkcja ta jest możliwa tylko i wyłącznie przy uruchomionej pracy respiratora, gdyż tylko wtedy turbina zdolna jest tłoczyć podawany do respiratora tlen. W innym wypadku doprowadzany tlen mógłby się gromadzić wewnątrz urządzenia, co powodowałoby ogromne niebezpieczeństwo zapalenia, a nawet eksplozji. Ponadto w żadnych udostępnionych przez producenta materiałach informacyjnych nie można znaleźć zapisu, który potwierdzałby spełnianie parametru dokładnie opisanego przez Zamawiającego.”

Wykonawca Walmed, pismem z dnia 30.10.2020 r., złożył wyjaśnienia, do których załączył folder produktowy oferowanego respiratora Flight 60. Wykonawca wyjaśnił, że „w zależności od trybu wentylacji opisany jest regulowany czas wdechu od 0,1 do 3 sekund z możliwością wydłużenia do 15 sekund dla trybu B-Lev” oraz oświadczył, że „waga oferowanego respiratora bez wyposażenia wynosi poniżej 6 kg. Opcjonalnie z wyposażeniem bez wbudowanego mieszacza O2- 6,3kg. Natomiast z pełnym wyposażeniem i wbudowanym mieszaczem O2 - 6,9kg.”, a także, że „W oferowanym respiratorze dostępna jest funkcja wspomagania natlenowania pacjenta przez 2 minuty przed i po odsysaniu. W

załączeniu przesyłam fragment z instrukcji obsługi. Opisując krok po kroku procedurę odsysania. Przed odsysaniem włączamy funkcję natlenowania O2 przez 2 minuty lub krócej, po zakończeniu planowanego natlenowania wstrzymujemy wentylację - brak alarmu, odsysamy pacjenta, podłączamy pacjenta po odsysaniu, włączamy wentylację z dodatkową funkcją natlenowania O2. Respirator nie wzbudza sygnalizacji alarmowej.”

W ustalonym, j.w. stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Nie potwierdził się zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Walmed jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co stanowiłoby o naruszeniu przez Zamawiającego w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W złożonej ofercie wykonawca Walmed sprecyzował w sposób jednoznaczny model zaoferowanego respiratora, jako respiratora z tłokiem - model Flight 60. Jest to model o oznaczeniu, które odróżnia go w sposób jednoznaczny od dwóch pozostałych modeli tego respiratora, tj., z turbiną - model Flight 60T oraz z dodatkowym wyświetlaczem graficznym - model Flight 60 EGD. Nie budzi wątpliwości także fakt, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Walmed, pismem z dnia 30 października 2020 r., nie potwierdzają tezy prezentowanej przez Odwołującego, że ww. wykonawca zaoferował inny model respiratora, niż wskazany w ofercie.

W świetle zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego, zaoferowane przez wykonawcę Walmed (Przystępującego) urządzenie Flight 60 spełnia kwestionowane w odwołaniu wymaganie co do wymaganej przez Zamawiającego maksymalnej wagi urządzenia bez wyposażenia, zgodnie z pkt 9 Załącznika 2 (część 5).

W SIWZ Zamawiający określił wyłącznie wymogi wobec wagi respiratora bez wyposażenia. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że za wyposażenie respiratora powszechnie uważa się m.in. różnego rodzaju przewody powietrzne, reduktory, układy oddechowe, czy także baterie (akumulatory) - które są elementami zużywalnymi i wymiennymi (często o różnych parametrach). Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę Walmed, waga zaoferowanego respiratora bez wyposażenia wynosi poniżej 6 kg. Jak wynika z ww. wyjaśnień, progi wagowe respiratora Flight 60, tj. 6,3 kg (bez mieszacza tlenu) oraz 6,9 kg (z wbudowanym mieszaczem) dotyczą respiratora wraz z wyposażeniem dodatkowym, tj. z akumulatorem. Skoro, zgodnie z folderem produktowym, respirator z wbudowanym mieszaczem, tj. model Flight 60 waży 6,9 kg, przy czym jest to waga całkowita urządzenia wraz z wyposażeniem, to jest prawdopodobne, że waga samego

urządzenia bez wyposażenia wynosi około 6 kg. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych tej okoliczności oraz nie podważył tym samym w sposób skuteczny faktu spełnienia tego wymagania SIWZ w ofercie Przystępującego.

Powyższy parametr został także wprost potwierdzony przez producenta oferowanych przez Przystępującego respiratorów, tj. firmę Flight Medical w oświadczeniu z dnia 1 października 2020 r. załączonym przez Przystępującego do pisma procesowego z dnia 9 grudnia 2020 r., w którym jednoznacznie wskazano, że waga respiratorów Flight 60 w wersji tłokowej wraz z mieszaczem, lecz bez wyposażenia wynosi 6 kg, w związku z czym spełnia wymagania Zamawiającego w SIWZ.

Zauważyć należy, że Odwołujący sformułował ten zarzut, bazując na materiałach zamieszczonych na stronie producenta respiratorów Flight Medical Innovations Ltd., jednak z powołanych przez Odwołującego informacji nie wynika, że waga respiratora bez wyposażenia przekracza dopuszczalną wagę 6,3 kg. Odwołujący na dowód swoich twierdzeń przedłożył dokumentację dotyczącą respiratorów Flight 60 w postaci broszury technicznej, instrukcji serwisowej oraz instrukcji używania. Dokumenty te nie określają jednak parametru, który został wskazany w SIWZ przez Zamawiającego, jako „maksymalna waga respiratora (bez wyposażenia)”.

Oferta Przystępującego spełnia także wymóg dotyczący możliwości regulacji czasu wdechu, określony w pkt 21 tabeli Wymagane parametry i warunki Formularza cenowego (w zakresie Części 5): „Czas wdechu regulowany w zakresie minimum 0,3 do 5 sekund”.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że parametr powyższy dotyczy posiadania przez respirator funkcji umożliwiającej regulację czasu wdechu w określonym przedziale czasu. Jednocześnie brak jest podstaw do przyjęcia, że parametr ten został określony przez Zamawiającego, jako dostępny we wszystkich trybach pracy respiratora, co podnosił Odwołujący.

W zakresie spełnienia powyższej funkcji Przystępujący przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia, z których wynika możliwość regulacji czasu wdechu w zależności od trybu wentylacji - regulowany czas wdechu wynosi od 0,1 do 3 sekund z możliwością wydłużenia do 15 sekund w trybie B-Lev, co potwierdził również sam Odwołujący w treści odwołania. Spełnienie tego parametru potwierdzone zostało dodatkowo również przez producenta oferowanych przez Przystępującego respiratorów, tj. firmę Flight Medical w oświadczeniu z dnia 1 października 2020 r. złożonym przez Przystępującego do akt sprawy.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,

natomiast zgodnie z ust. 3 wskazanego przepisu, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W świetle powyższego, wobec niepotwierdzenia się omówionych wyżej zarzutów, nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W niniejszej sprawie nie ma dowodów na okoliczność, że Zamawiający stosował jakiegokolwiek preferencje wobec któregośkolwiek z trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w części 5 zamówienia. Zauważyć należy przy tym, że wbrew **twierdzeniom** Odwołującego, oferta Odwołującego nie została odrzucona. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że Odwołujący złożył w postępowaniu w zakresie części 5 ofertę na dostawę 15 sztuk respiratorów transportowych, spełniającą wymogi Zamawiającego.

Za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty Walmed jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert. Nie potwierdził się zarzut, że oferta ta nie powinna uzyskać punktu za spełnienie jednego z parametrów jakościowych, tj. „funkcja wspomaganie odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora”.

Zgodnie z opisem ww. kryterium, respirator ma wspomagać działania związane z odsysaniem - z natlenowaniem pacjenta przed i po odsysaniu. Jak wyjaśnił Zamawiający, odsysanie jest wykonywane przez inne urządzenie, a rolą respiratora jest natlenowanie pacjenta przed i po odsysaniu, przy czym w trakcie odsysania praca respiratora (wentylacja) musi być wstrzymana. Dodatkowym wymogiem jest brak włączania się przy tym alarmu respiratora.

Za nieuprawnioną Izba przyjęła interpretację tego parametru prezentowaną przez Odwołującego, tj. że w trakcie wentylacji (czyli funkcji natlenowania) respirator ma być wyłączony, skoro praca respiratora polega właśnie na wentylacji pacjenta. Przy wykonywaniu odsysania jest to funkcja jedynie pomocnicza, która musi być wykonana w taki sposób, aby nie zakłócać zabiegu odsysania, a zatem przy wstrzymanej wentylacji pacjenta.

Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 30 października 2020 r. przedstawił procedurę realizowaną przez respirator przy odsysaniu i potwierdził, że w oferowanym respiratorze dostępna jest funkcja wspomaganie natlenowania pacjenta przez 2 minuty przed i po odsysaniu. Jest to standardowa funkcjonalność, która występuje w wielu urządzeniach podobnej klasy, co urządzenie zaoferowane przez Przystępującego. Posiadanie przez oferowane przez Walmed respiratory Flight 60 funkcji wspomaganie odsysania, potwierdza

zarówno treść oferty, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę oraz dokumentacja techniczna respiratora.

Interpretację omawianego parametru punktowanego w ramach kryterium oceny ofert, przyjętą przez Odwołującego, tj. aby natlenowanie miało miejsce przy wstrzymanej pracy respiratora, należy uznać za nieuprawnioną, w szczególności w świetle wyjaśnienia przez samego Odwołującego na rozprawie, że według jego wiedzy, nie występuje na rynku respirator transportowy, który posiada ww. funkcjonalność w interpretacji przyjętej przez Odwołującego, natomiast taką funkcjonalność posiada aparat do znieczulania. Nie sposób uznać za racjonalne, aby Zamawiający sformułował w SIWZ kryterium jakościowe oceny ofert odnoszące się do respiratorów transportowych - stanowiących przedmiot zamówienia, w sytuacji, gdy respiratory spełniające dane kryterium w ogóle nie występują na rynku. W ocenie Izby, fakt, iż Odwołujący nie potwierdził spełnienia parametru „funkcja wspomaganie odsysania z natlenowaniem przed i po odsysaniu, bez występowania alarmu i przy wstrzymanej pracy respiratora” i nie otrzymał dodatkowego punktu za ten parametr, nie jest dowodem na prawidłowość i zasadność przyjętej przez Odwołującego interpretacji SIWZ w powyższym zakresie.

Potwierdzenie spełnienia powyższego kryterium jakościowego powinno wynikać z treści oferty wykonawcy (Załącznik nr 2 do SIWZ Formularz cenowy, tabela – „Parametry podlegające ocenie”), a zatem tylko w przypadku oferty Przystępującego, który złożył w ofercie stosowne oświadczenie, Zamawiający był uprawniony do przyznania 1 punktu w tym kryterium.

Wobec stwierdzenia przez Izbę niezasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 91 ust.1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, że oferta wykonawcy Walmed winna otrzymać mniejszą ilość punktów, niż oferta Odwołującego. W konsekwencji należało uznać, że czynności podjęte w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego nie są sprzeczne z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: