

Sygn. akt: KIO 1141/11

WYROK

z dnia 14 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2011 r. przez wykonawcę: **PROMED S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku**,

przy udziale Wykonawcy: **Dräger Polska Sp. z o.o. w Bydgoszczy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez zmianę treści załącznika nr 3 do tej Specyfikacji: „*PAKIET 1 – Opis wymaganych parametrów technicznych i szkoleń*” w zakresie:
 - 1.1. wiersza 13 i 14 tabeli – poprzez wskazanie nazw używanych przez Zamawiającego systemów, z którymi ma zostać zintegrowany system objęty przedmiotem zamówienia, a także dookreślenie zakresu danych wymienianych z poszczególnymi systemami,
 - 1.2. wiersza 24 tabeli – poprzez dookreślenie, jakie funkcjonalności edytora tekstu uznaje on za podobne do funkcjonalności MS Word,
 - 1.3. piątego akapitu w wierszu 36 tabeli – poprzez dopuszczenie innych, niż producent, podmiotów do obsługi serwisowej systemu,

- 1.4. **wiersza 86 tabeli – poprzez wskazanie nazw „typowych komputerowych aplikacji klinicznych”, producentów tych aplikacji, technologii zastosowanej do ich wykonania oraz specyfikacji wywołania.**

2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę: **Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę: **PROMED S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku** na rzecz Wykonawcy: **PROMED S.A. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesienia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa systemu monitorowania, respiratorów i systemu pomp infuzyjnych w ramach realizowanej inwestycji pn.: „Centrum Medycyny Inwazyjnej (CMI) w Gdańsku” zostało wszczęte przez Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku, zwany dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 98-160437) w dniu 21 maja 2011 r.

W dniu 31 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: PROMED S.A. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 2 czerwca 2011 r. Wykonawca Dräger Polska Sp. z o.o. w Bydgoszczy, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na każdy z dwóch pakietów, na które podzielił przedmiot zamówienia. Odwołujący kwestionował prawidłowość sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia dla każdego z pakietów, a także dokonaną przez Zamawiającego konkretyzację warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu pierwszego Odwołujący sformułował dwie grupy zarzutów. Pierwsza odnosiła się do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, tj. sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Zgodnie zaś z treścią zarzutów ujętych w drugiej grupie, opis przedmiotu zamówienia dla pakietu pierwszego został sporządzony w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tym samym naruszony został przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego bowiem Zamawiający tak sporządził powołany opis, że preferuje on konkretny asortyment dwóch Wykonawców: Dräger i Philips, przy czym tego drugiego tylko iluzorycznie, gdyż konstrukcja SIWZ powoduje, iż Philips jest praktycznie bez szans na uzyskanie zamówienia. Powołane zarzuty należące do pierwszej grupy zostały ujęte w pkt 2, 7, 10, 11, 12 i 13 uzasadnienia odwołania odnoszącego się do opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu pierwszego, zaś druga grupa zarzutów została zawarta w pkt 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9 tej samej części uzasadnienia odwołania. Powołane punkty uzasadnienie odwołania odnosiły się odpowiednio do poszczególnych wierszy załącznika nr 3 do SIWZ: „PAKIET 1 – Opis wymaganych parametrów technicznych i szkoleń”, tj.: pkt 1 do wierszy 46, 47, 130 i 131, pkt 2 do wierszy 52 i 136, pkt 3 do wiersza 58, pkt 4 do wiersza 68, pkt 5 do wiersza 65, pkt 6 do wierszy 66, 67, 68, 69, 70, 71, 144, 145, 146, 147, 148 i 149, pkt 7 do wiersza 86, pkt 8 do wierszy 102, 103, 104, 105, 172 i 173, pkt 9 do wierszy 62, 72, 85, 150, 175, 189, 207, 223 i 240, pkt 10 do wierszy 5 i 38, pkt 11 do wierszy 13 i 14, pkt 12 do wiersza 24, zaś pkt 13 do wiersza 36.

Ponadto Odwołujący twierdził, iż Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu drugiego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. w sposób który pozwala na złożenie oferty obejmującej sprzęt tylko i wyłącznie Wykonawcy: Dräger.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający sporządził opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia odrębnie dla pakietu pierwszego i dla pakietu drugiego w sposób, który nie był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, żądał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w wykonaniu dostaw o tożsamym zakresie. Ponadto kwestionował on, sformułowany w odniesieniu do pakietu 1, wymóg złożenia opinii użytkownika systemu stanowiącego przedmiot dostawy wykazywanej w celu potwierdzenia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący twierdził, iż wymóg ten narusza przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie rodzajów

dokumentów, w szczególności § 1 ust. 1 pkt 3) tegoż rozporządzenia. W toku rozprawy przed Izłą, Odwołujący wycofał zarzuty odnoszące się do konkretyzacji przez Zamawiającego warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia dla pakietu pierwszego, podtrzymując jednocześnie zarzut odnoszący się do wymogu złożenia opinii użytkownika systemu.

Wszystko to dawało, w ocenie Odwołującego, podstawę do zarzucenia Zamawiającemu naruszenia także przepisu art. 7 ust. 1 i 3, a także art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izłą. Wnosił on o oddalenie odwołania.

Twierdził on, iż wszystkie zarzuty podniesione przez Odwołującego są bezzasadne. Oświadczył, iż tak na pakiet pierwszy, jak i na drugi, swoje oferty może złożyć co najmniej dwóch wykonawców – odpowiednio na pierwszy: . Dräger i Philips, na drugi zaś: Dräger i Hamilton. W jego ocenie również warunki udziału w postępowaniu zostały przez niego ukształtowane w sposób nienaruszający przepisów ustawy, tzn. są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego. Wyjaśnił również, iż grupa zarzutów wskazujących na nieprecyzyjność zapisów SIWZ, ma, w jego ocenie, *de facto* charakter wniosku o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ, co też on w ramach odpowiedzi na odwołanie uczynił.

Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izłą.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego. Podkreślał on, iż niemożliwość złożenia oferty przez Odwołującego nie stanowi samoistnie o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego w niniejszej sprawie. Zaliczyła również w poczet materiału dowodowego przedstawione przez Zamawiającego wraz odpowiedzią na odwołanie: specyfikację techniczną „Hamilton G5”, folder i specyfikację techniczną „Hamilton S1” wraz z tłumaczeniem, wyciąg z instrukcji obsługi Infinity Acute Care System (str. 46-47, 84-86, 109-112, 241-243) zawierający dane respiratora Evita V500, folder Evita XL, arkusz danych respiratora Servo-i dla dorosłych wraz z tłumaczeniem, folder „System sztucznej wentylacji 840 Puritan Bennett”, folder „ Extend Taema” wraz z tłumaczeniem, folder „ Extend^{XT} Taema” wraz z tłumaczeniem, specyfikację techniczną „Hamilton T1”.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z przedstawionych przez Odwołującego katalogów produktów dwóch respiratorów oferowanych przez Odwołującego na okoliczność dysponowania przez Odwołującego sprzętem spełniającym wymagania SIWZ odnośnie przedmiotu zamówienia w pakiecie drugim w kształcie przez niego postulowanym. Antycypując dalsze rozważania co do zasadności zarzutów podnoszonych przez Odwołującego w tym zakresie, skład orzekający Izby uznał, że fakty będące przedmiotem wnioskowanego dowodu nie są istotne dla rozstrzygnięcia, a zatem zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Z tych samych względów Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z przedstawionych przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie: karty danych technicznych monitora pacjenta IntelliVue MX800 wraz z tłumaczeniem, folderu tegoż monitora wraz tłumaczeniem, zestawienia „Przegląd 12 odprowadzeń EKG” i „Eksport danych”, folderu „Monitorowanie pacjenta Infinity Acute Care System”, folderu „Infinity Medical Cockpit”, instrukcji obsługi „Pakiet Intesys Clinical Suite (ICS) G2”, instrukcji obsługi „Uniwersalne stanowisko kliniczne UCW Monitor model 90385(...)”, instrukcji obsługi „IntelliVue X2 Uniwersalny moduł pomiarowy (...)”, folderu „Monitor Infinity M540 ze stacją dokującą Infinity M500”, folderu „Monitor Carescape B850”, folderu „Ekran monitora Carescape B850”. W ocenie Izby fakty będące przedmiotem wnioskowanych dowodów nie są istotne dla rozstrzygnięcia, a zatem zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Izba nie uznała również za dowód, a jedynie za pisemne stanowisko w sprawie Odwołującego, przedstawionych przez niego w toku rozprawy zestawienia wybranych parametrów dla respiratorów opisanych w pakiecie drugim w pozycji 1, 2 3 i 4 zawartego na siedmiu stronach. Dokument ten został sporządzony i podpisany przez Odwołującego, stąd też Izba uznała go nie za dowód w sprawie, ale za oświadczenie Odwołującego złożone na piśmie o treści zawartej w powołanym zestawieniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt IV.1.2) SIWZ skonkretyzował warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia: *„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: a) w przypadku składania ofert na Pakiet 1: dostawa 2 (dwóch) systemów monitorowania zawierających wszystkie wymienione w SIWZ (pakiet 1) moduły z potwierdzeniem pełnej funkcjonalności wynikającej z SIWZ - o wartości co najmniej 4.000.000zł. brutto każda dostawa; Każda dostawa systemu monitorowania, musi być potwierdzona opinią użytkownika systemu. b) w przypadku składania ofert na Pakiet 2: 3 dostawy respiratorów o wartości co najmniej 2.000.000zł. brutto każda oraz 3 dostawy pomp infuzyjnych o wartości co najmniej 2.000.000zł. brutto każda”*. Ponadto w pkt V.1.2) SIWZ postanowił, że *„W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wraz z ofertą należy złożyć następujące oświadczenia i dokumenty: (...) 2) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych przez Wykonawcę dostaw wymaganych w rozdziale IV ust. 1 pkt 2) wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie - Załącznik nr 5 do SIWZ.”* W dniu 27 maja 2011 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie pkt IV.1.2).a) – otrzymał on następującą treść: *„Zamawiający dopuszcza dostawę 2 (dwóch) systemów monitorowania/klinicznego systemu informatycznego (pakiet 1) o wartości co najmniej 4.000.000zł. brutto każda dostawa. Każda dostawa systemu monitorowania/klinicznego systemu informatycznego, musi być potwierdzona opinią użytkownika systemu.”*

W przedmiocie opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu pierwszego Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ: „PAKIET 1 – Opis wymaganych parametrów technicznych i szkoleń” ukształtował treść poszczególnych wierszy w sposób następujący:

5. „Powyższy komputerowy system bazodanowy posiada funkcjonalność zapewniającą ciągłość zapisów danych pacjenta z BO, OW, KIT, POP, KOR-OIT – łącznie z 73 stanowisk oraz w trakcie transportu pomiędzy tymi stanowiskami”

13. „System ma funkcjonalność pobierania danych demograficznych pacjenta z innego systemu komputerowego, za pośrednictwem standardowego interfejsu HL7. Dostawca zapewnia integrację w porozumieniu z działem IT Zamawiającego.”

14. „System ma funkcjonalność automatycznego dokumentowanie wyników badań laboratoryjnych w komputerowej karcie chorobowej pacjenta, udostępnianych przez szpitalny system laboratoryjny LIS. Pobieranie danych za pośrednictwem standardowego interfejsu HL7. Dostawca zapewnia integrację w porozumieniu z działem IT Zamawiającego.”

24. „Tworzenie dokumentów, np. wypisów, listów, skierowań za pomocą edytora tekstu o podstawowej funkcjonalności w zakresie edycji tekstu podobnej do MS Word. Taki dokument powinien zawierać tekst oraz dane pobierane automatycznie z komputerowej bazy danych pacjenta”

36. (piąty akapit) „Zdalna obsługa serwisowa systemu i oferowanej aplikacji za pomocą bezpiecznego połączenia (opisać) przez wyspecjalizowany personel producenta. Wsparcie 24h przez 7 dni w tygodniu, przez okres 3 lat z możliwością przedłużenia na kolejne okresy.”

38. „Terminal medyczny (BO, KIT, POP, KOR-OIT – łącznie 53 szt.) musi posiadać ekran dotykowy min. 19” Medical grade, niezależnie od ekranu kardiomonitora, klawiaturę, mysz, jednostkę PC Medical grade.”

52. „System zapewnia dostęp do danych wybranego pacjenta jednocześnie przez kilka osób znajdujących się w różnych miejscach, w celu np. konsultacji medycznych.”

86. „Monitor pacjenta na BO, OIT, POP, KOR-OIT pozwala na uruchamianie typowych komputerowych aplikacji klinicznych w oknach przeglądarki internetowej.”

136. „System zapewnia dostęp do danych wybranego pacjenta jednocześnie przez kilka osób znajdujących się w różnych miejscach, w celu np. konsultacji medycznych.”

Skład orzekający Izby, uwzględniając powyższe ustalenia, doszedł do przekonania, iż część z podnoszonych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym.

Izba stanęła na stanowisku, iż opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że poszczególne urządzenia wchodzące w skład zamówienia mogą pochodzić od jednego tylko producenta, może utrudniać uczciwą konkurencję, a tym samym naruszać art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Takie wskazania faworyzują, bowiem w sposób nieuprawniony bezpośrednio takiego producenta, a pośrednio również podmioty, które pozostają w stałych stosunkach gospodarczych z takim producentem. Skonstruowanie opisu przedmiotu w taki sposób, nie może, w ocenie Izby, być uzasadnione jedynie szczególnymi potrzebami Zamawiającego. Izba przyjęła, że Zamawiający w postępowaniu otwartym, konkurencyjnym nie może ograniczać opisu przedmiotu zamówienia, w taki sposób, ażeby chociażby część zamawianego sprzętu, mogła pochodzić tylko od jednego producenta.

Zdaniem składu orzekającego Odwołujący, który zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem sporządzenie opisu przedmiotu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest zobowiązany udowodnić poza wszelką wątpliwością, iż sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia taką uczciwą konkurencję utrudnia. Niezbędnym jest jedynie, aby on takie utrudnienie uczciwej konkurencji uprawdopodobnił. Tym samym jest on jedynie zobowiązany wykazać samą możliwość istnienia okoliczności utrudniających uczciwą konkurencję. Dokonanie takiego uprawdopodobnienia przez Odwołującego przenosi na Zamawiającego ciężar dowodu, iż sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia jest sporządzony w taki sposób, że nie mógłby naruszać uczciwej konkurencji.

Jednocześnie Izba uznała, iż prawem Zamawiającego jest ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby zamawiany przez niego przedmiot zamówienia zaspakajał jego uzasadnione potrzeby. Prawem Zamawiającego jest również dążenie do zakupu sprzętu o najlepszych parametrach, zbudowanego w oparciu o najnowsze technologie. Dlatego też, o ile Zamawiający w sposób należyty udowodni istnienie takich uzasadnionych potrzeb, możliwym jest ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby oferty odpowiadające treści SIWZ mógł złożyć jedynie wąski krąg wykonawców. W takim przypadku Zamawiający, pomimo znacznego zawężenia kręgu Wykonawców, którzy mogą złożyć ważną ofertę, nie naruszy zasady uczciwej konkurencji, a tym samym nie będzie można uznać, iż sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia mógłby taką uczciwą konkurencję utrudniać.

W rozstrzyganym przypadku w odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu pierwszego Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na uprawdopodobnienie własnych twierdzeń. Jego argumentacja opierała się jedynie na własnych oświadczeniach.

Wobec faktu, iż poza sporem między stronami w odniesieniu do tego zarzutu był fakt, iż urządzenia tylko dwóch producentów spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, Izba uznała to za fakt pewny. Odwołujący dążył jedynie do wykazania, iż Zamawiający preferuje jednego z tych dwóch producentów. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał możliwości istnienia okoliczności utrudniających uczciwą konkurencję. Z oświadczeń przez niego złożonych wysnuć można wniosek, iż zgadza się on z twierdzeniem Zamawiającego, iż ograniczenie grona Wykonawców mogących złożyć ofertę do dwóch producentów oraz ich dystrybutorów, w przypadku Zamawiającego, który tworzy nową jednostkę – Centrum Medycyny Inwazyjnej, gdzie prowadzić będzie działalność dydaktyczną oraz naukowo-badawczą, jest uzasadnione jego szczególnymi potrzebami. Swoje zarzuty oparł on stwierdzeniu, iż Zamawiający w sposób zdecydowany preferuje urządzenia jednego z producentów. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności swych twierdzeń. W treści odwołania znajduje się jedynie stwierdzenie, iż urządzenia Philips są dyskryminowane, jednak nie jest ono poparte żadną argumentacją, a co ważniejsze także żadnymi dowodami zasługującymi na uznanie. Jedynie w pkt 6 uzasadnienia zarzutów odnoszących się do pakietu pierwszego Odwołujący twierdzi, iż w wybranych wymaganiach opisu przedmiotu zamówienia urządzenia preferowanego przez Zamawiającego producenta (Dräger) otrzymałyby 60 pkt w drugim kryterium oceny oferty („Parametry techniczne”), zaś urządzenia Philipsa nie otrzymałyby tych punktów wcale. W ocenie Izby twierdzenie, nawet jeśli uznać je za odpowiadające prawdzie (a nie było przez Odwołującego poparte żadnymi dowodami), nie można uznać za uprawdopodobniającą chociażby naruszenie uczciwej konkurencji pomiędzy Wykonawcami oferującymi urządzenia tych dwóch producentów. Szczególnie wobec faktu, iż w ramach tego drugiego kryterium w Pakiecie pierwszym Wykonawca mógł otrzymać takich punktów ok. 450. Stąd Izba nie miała przesłanek ku temu, aby uznać, iż w przypadku pozostałych wymagań urządzenia drugiego z producentów nie otrzymały więcej punktów. Stąd też Izba uznała, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, że Zamawiający naruszył uczciwą konkurencję poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu pierwszego w sposób kwestionowany przez tegoż Wykonawcę. Dlatego też Izba uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego podnoszone w tym zakresie.

Podobnie Izba oceniła zarzut naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu drugiego. W tym przypadku Odwołujący twierdził, iż wymagania Zamawiającego w przypadku pozycji 1, 2 3 i 4 drugiego pakietu spełniają jedynie urządzenia jednego producenta (Dräger). Niemniej jednak nie przedstawił na poparcie swych twierdzeń żadnych dowodów, a argumentację ograniczył jedynie do własnych oświadczeń (ustnych i pisemnych). Izba uznała, iż takiego działania

Odwołującego nie można uznać za wystarczające dla uznania, iż wykazał on choćby możliwość istnienia okoliczności utrudniających uczciwą konkurencję. Zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego, podobnie jak miało to miejsce w przypadku pakietu pierwszego, tak i w pakiecie drugim oferty mogą złożyć dystrybutorzy co najmniej dwóch producentów – firm: Dräger i Hamilton Medical. Zamawiający dla każdej z czterech pozycji pakietu drugiego kwestionowanych przez Odwołującego wskazał urządzenia tych producentów spełniające wymagania SIWZ (odpowiednio dla każdej z pozycji respiratory produkcji Dräger (a) i Hamilton Medical (b) to: pozycja 1 – XL Basic (a) oraz G5 i S1 (b), pozycja 2 V500 (a) oraz S1 (b), pozycja 3 – Evita XL (a) oraz S1 i G5 (b), pozycja 4 – Oxylog 3000+ (a) oraz T1 (b). Ponadto w treści odpowiedzi na odwołanie również przedstawił zestawienie urządzeń spełniających wymagania SIWZ. Istotną okolicznością jest, iż Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie przedstawił odpowiednie foldery i specyfikacje techniczne urządzeń wyprodukowanych przez Hamilton Medical. Wobec przyznania przez Odwołującego, wręcz oparcia na tym formułowanych przez siebie zarzutów, iż respiratory firmy Dräger spełniają wymagania Zamawiającego, Izba uznała, iż twierdzenia te są poza sporem między stronami. Konfrontacja wskazań Stron na poszczególne urządzenia spełniające bądź niespełniające wymagania dla każdej z czterech pozycji pakietu drugiego, do których odnosiły się zarzuty odwołania, pozwala stwierdzić, iż Odwołujący poprzez swe pisemne oświadczenie zakwestionował jedynie oświadczenie Zamawiającego w zakresie spełniania przez respirator G5 wymagań SIWZ w odniesieniu do opisu pozycji 1 pakietu drugiego. Wobec faktu, iż Zamawiający dla tej pozycji wskazał dwa respiratory produkcji Hamilton Medical: G5 i S1 oraz faktu, iż w ocenie Izby drugi z przywołanych, zgodnie ze złożonymi przez Zamawiającego folderem i specyfikacją techniczną, charakteryzuje się wszystkimi cechami zamawianego przez Zamawiającego sprzętu, które Odwołujący przywołał w tym zakresie w podnoszonych przez siebie zarzutach, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia dla pakietu drugiego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. A tym samym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziły się zarzuty podnoszone przez Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu pierwszego, Izba zważyła co następuje.

Uprzedzając dokonanie rozstrzygnięcia o zasadności każdego z zarzutów, Izba uznała, iż słusznie Zamawiający wskazywał, że jeżeli Odwołujący powziął wątpliwości co do treści SIWZ, mógł skorzystać z prawa zadania pytania Zamawiającemu

w trybie art. 38 ustawy Pzp. Niemniej jednak prawo to nie stoi w żaden sposób w kolizji z uprawnieniem kwestionowania prawidłowości treści SIWZ na drodze postępowania odwoławczego. Dlatego też jeżeli Odwołujący zdecydował się nie kierować do Zamawiającego zapytania o wyjaśnienia, ewentualnie prośby o zmianę treści SIWZ, a skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej, to Zamawiający nie może czynić mu z tego tytułu zarzutu. Istotne jest to, iż zobowiązany jest on opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zaś każdy z Wykonawców ma prawo od niego tego oczekiwać. Istotnym jest też to, iż to od Wykonawcy zależy, z którego z tych dwóch uprawnień zdecyduje. Tym samym w rozstrzyganym przypadku Zamawiający nie miał podstaw prawnych, aby uznać zarzuty sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący za faktyczne zwrócenie się z prośbą o udzielenie wyjaśnień. Zamawiający uznając zasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego może skorzystać, jeśli uzna to za słuszne, z przysługującego mu uprawnienia uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Niewystarczającym jednak jest, jak chciałby tego Zamawiający, udzielenie wyjaśnień treści SIWZ w odpowiedzi na odwołanie. Takie wyjaśnienia Izba może uznać jedynie za przyznanie przez Zamawiającego, iż podziela on ocenę zarzutów z Odwołującym. Zauważyć należy, iż Zamawiający do dnia rozprawy nie dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie w jakim uznał zasadność zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, a zatem Izba mogła stwierdzić naruszenie przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając powyższe stanowisko, Izba rozstrzygnęła o zasadności każdego z zarzutów.

W odniesieniu do zapisów wierszy 52 i 136 Odwołując twierdził, iż Zamawiający nie podał w ich treści tak liczby osób, które miałyby mieć jednoczesny dostęp do danych wybranego pacjenta, jak też nie określił miejsc, z których ten dostęp miałby być możliwy. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego. W ocenie Izby wskazanie, iż z dostępu do danych wybranego pacjenta będzie korzystało jednocześnie kilka osób jest wystarczającym sprecyzowaniem liczby tych osób. Faktem powszechnie znanym jest, iż słowo „*kilka*” oznacza, podaną w sposób przybliżony, liczbę większą niż 2 i mniejszą niż 10. Istotnym jest ta druga wielkość. Ona wyznacza bowiem maksymalną liczbę osób, które w jednocześnie będą miały dostęp do wspomnianych danych. W odniesieniu do miejsc, z których ten dostęp miałby być możliwy, Zamawiający wyjaśnił, iż określił on w wierszu 51, iż *„Centrale pozwalają na dostęp do powyższych danych retrospektywnych i danych bieżących jednocześnie na wszystkich monitorach pacjenta na BO, OIT, POP, KOR-OIT oraz przynajmniej na 10 komputerach podłączonych do sieci*

szpitala. System ma funkcjonalność polegającą na możliwości udostępniania tych danych upoważnionym osobom przez Internet za pośrednictwem bezpiecznego łącza VPN lub innego odpowiednio bezpiecznego połączenia.” oraz wierszu 135: „Centrale pozwalają na dostęp do powyższych danych retrospektywnych i danych bieżących jednocześnie na komputerach podłączonych do sieci szpitala. System ma funkcjonalność polegającą na możliwości udostępniania tych danych upoważnionym osobom przez Internet za pośrednictwem bezpiecznego łącza VPN lub innego odpowiednio bezpiecznego połączenia”. W ocenie Izby powołane zapisy w sposób wystarczająco jednoznaczny określają miejsca, z których dostęp do powołanych danych miałby być możliwy. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała powołany zarzut za bezzasadny.

W odniesieniu do treści wiersza 86 Odwołujący podnosił, iż Zamawiający nie wyjaśnił w treści SIWZ, co kryje się pod hasłem „*typowych komputerowych aplikacji klinicznych*”. Wskazywał, iż aplikacje komputerowe charakteryzują się uwarunkowaniami technologicznymi mogącymi decydować o możliwości uruchomienia ich na danym systemie. Brak wiedzy o tych uwarunkowaniach stanowi przeszkodę w przygotowaniu oferty bez narażania się na ryzyko jej odrzucenia, w wyniku interpretacji tego wyrażenia przez Zamawiającego. Izba uznała, iż zarzuty te zasługują na uznanie. W ocenie Izby użyte w kwestionowanym zapisie wyrażenie „*typowe komputerowe aplikacje kliniczne*” jest pojęciem nieostrym. Zamawiający nie wykazał bowiem, aby Odwołujący miał podstawy do rozstrzygnięcia na podstawie zapisów SIWZ, które to komputerowe aplikacje kliniczne uznaje on za typowe, a których do tego grona nie zalicza. Istotnym jest również fakt, iż Zamawiający dopiero na etapie odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż używa on systemu CliniNet firmy UHC, oraz że będzie on wymagał dostępu systemu do programu CliniNet i aplikacji, które udostępnia on za pomocą przeglądarki FireFox. Biorąc pod uwagę, iż w ocenie Izby kwestionowany przez Odwołującego zapis wiersza 86, uznać należy za niedostatecznie dokładny i wyczerpujący, Izba uznała powołany zarzut za słuszny i nakazała zamawiającemu zmianę powołanej treści SIWZ poprzez wskazanie nazw „*typowych komputerowych aplikacji klinicznych*”, producentów tych aplikacji, technologii zastosowanej do ich wykonania oraz specyfikacji wywołania.

Odwołujący twierdził, iż pomiędzy zapisami wiersza 5 i 38 istnieje sprzeczność. Wiersz 5 zawiera zapis o 73 stanowiskach, natomiast w wierszu 38 mowa jest o 53 terminalach medycznych, które także można rozumieć jako stanowiska. Tym samym nie można jednoznacznie stwierdzić jaki jest dokładnie zakres liczby stanowisk. Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Treść wiersza 5 wyraźnie wskazuje, iż stanowisk jest 73. Zawiera ona także skróty oznaczające poszczególnych oddziały, gdzie zlokalizowane będą stanowiska: „BO,

OW, KIT, POP, KOR-OIT". Izba ustaliła, iż treść wiersza 40 jednoznacznie rozstrzyga, ile stanowisk przewidzianych jest na każdym z oddziałów: „*Centrala lub centrale połączone w sieć obejmujące: BO – 15 stanowisk, OW – 20 stanowisk, POP – 22 stanowiska, KKIT – 12 stanowisk, KOR-OIT – 4 stanowiska*". Regulacja ta koresponduje wprost z drugim z przywołanych wierszy, tj. wierszem 38, który przywołując oddziały „*BO, KIT, POP, KOR-OIT*”, na których przewidziano łącznie 53 terminali. Tym samym w ocenie Izby nie zachodzi żadna sprzeczność pomiędzy zapisami wierszy 5 i 38. Dlatego też Izba uznała powołany zarzut za niezasadny.

W odniesieniu do treści wierszy 13 i 14 Odwołujący twierdził, iż przewidziana w tych wierszach integracja systemu objętego zamówieniem z systemami już posiadanymi przez Zamawiającego nie została opisana w sposób dokładny i precyzyjny. Zamawiający wręcz zapisał w nich, iż „*Dostawca zapewnia integrację w porozumieniu z działem IT Zamawiającego*”. Odwołujący podnosił, iż brak precyzji w tej materii może narazić Zamawiającego na dodatkowe koszty. Odwołujący żądał ustalenia niezbędnych szczegółów integracji, takich jak lista systemów, nazwa, standard komunikacji i zakres wymaganych danych z poszczególnymi systemami. Izba przychyliła się do twierdzeń Odwołującego, tym samym uznała, iż kwestionowane przez niego zapisy SIWZ nie są dostatecznie dokładne i nie uwzględniają wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Pobieranie danych przez zamawiany system będzie się odbywało z systemów już znajdujących się posiadaniu Zamawiającego, a zatem takich, które są mu znane, z uwagi na fakt, iż obecnie on z nich korzysta. Stąd też powinien on dookreślić w sposób bardziej szczegółowy, aniżeli uczynił to w kwestionowanych przez Odwołującego zapisach, zakres danych pobieranych z tych systemów. W pierwszej kolejności powinien jednak wskazać Wykonawcom nazwy używanych przez siebie systemów, z którymi ma zostać zintegrowany system objęty przedmiotem zamówienia. Jako niezwiązana żądaniami Odwołującego, Izba nie uznała za zasadne nakazywanie Zamawiającemu określenia standardu komunikacji – uznała bowiem, iż wystarczającym jest wskazanie na standardowy interfejs HL7.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten w sposób nieprecyzyjny w wierszu 24 określił swoje wymagania co do funkcjonalności edytora tekstu. W ocenie Izby samo odwołanie się w tym zakresie przez Zamawiającego do funkcjonalności programu MS Word stanowi naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odesłania takiego nie można bowiem uznać za opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Uwzględnić należy fakt, iż program MS Word jest programem złożonym, o wielu funkcjach. Ponadto na rynku występują różne jego wersje. Słusznie zatem wskazuje Odwołujący,

iż pozostawienie treści wiersza 24 w niezmienionej postaci narazi Wykonawców na ryzyko wysoce subiektywnej oceny spełniania przez ich ofertę wymagań SIWZ. Dlatego też Izba uznała powołany zarzut za zasadny i nakazała Zamawiającemu dookreślenie, jakie funkcjonalności edytora tekstu uznaje on za podobne do funkcjonalności MS Word. Tym samym Zamawiający jest zobowiązany wskazać minimalny zakres funkcjonalności, jakim charakteryzować się musi oferowany mu w ramach systemu edytor tekstu.

Ostatnim, z odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu pierwszego, był zarzut Odwołującego kwestionujący prawidłowość sporządzenia piątego akapitu wiersza 36. Podnosił on, iż treść powołanego zapisu pełna jest zapisów nieostrych. W ocenie Izby gro twierdzeń Odwołującego nie potwierdziło się w trakcie analizy tekstu powołanego wiersza. Izba uznała jedynie żądanie Odwołującego o dokonanie zmiany treści tegoż wiersza poprzez dopuszczenie innych, niż producent, podmiotów do obsługi serwisowej systemu.

Niezależnie od powyższych zarzutów, Odwołujący podnosił także zarzuty odnoszące się do dokonanej przez Zamawiającego konkretyzacji warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, dokonanej odrębnie dla każdego z dwóch pakietów.

W odniesieniu do warunku określonego dla pakietu pierwszego, Odwołujący twierdził, iż wymóg złożenia opinii użytkownika systemu stanowiącego przedmiot dostawy wykazywanej w celu potwierdzenia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia narusza przepisy ustawy oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Izba uznała, iż literalny zapis kwestionowany przez Odwołującego nie narusza powołanych przepisów. W ocenie Izby jest to zapis niefortunny, stanowi on niepotrzebne powtórzenie i uszczegółowienie zapisu pkt V.1.2) SIWZ, jako że stanowi przykładowe wskazanie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy. Istotnym jest, że opinia użytkownika systemu (rozumianego jako odbiorcy tegoż systemu) potwierdzać ma, zgodnie z dosłowną treścią tegoż zapisu, dostawę, a zatem jej wykonanie. Gdyby Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy przedkładali mu opinię użytkownika, nie w celu potwierdzenia dostawy, ale na potwierdzenie określonych cech użytkowanego systemu stanowiłoby to naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia w sprawie dokumentów. W tym jednak przypadku, jak to zostało wskazane, opinia ta ma potwierdzać dostawę, a więc sam fakt jej wykonania, nie ma zaś odnosić się do poszczególnych cech zamawianego przedmiotu tej dostawy zaobserwowanych już w trakcie jego użytkowania, a więc po wykonaniu dostawy. Tym samym zamieszczenie kwestionowanego przez Odwołującego zapisu można uznać co najwyżej za nadgorliwość Zamawiającego i niepotrzebne powtórzenie zapisów

pkt V.1.2) SIWZ. Nie może zostać jednak ocenione jako naruszenie przepisów ustawy. Stąd też zarzut ten Izba uznała za bezzasadny.

W zakresie warunku dla pakietu drugiego, Odwołujący twierdził, iż jest on zbyt rygorystyczny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba uznała jednak, iż twierdzenia Odwołującego w tym zakresie nie znajdują uzasadnienia. Przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, stanowi, iż dokonany przez Zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do tego przedmiotu. Izba uznała, iż z uwagi na fakt, iż przedmiot zamówienia w pakiecie II obejmuje respiratory oraz pompy dyfuzyjne, konkretyzacja warunku udziału w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego ma niepodważalny związek z przedmiotem zamówienia. Zamawiający żąda bowiem od Wykonawców wykazania się doświadczeniem w realizacji dostaw, których przedmiotem były respiratory i pompy dyfuzyjne, a zatem urządzenia objęte przedmiotem zamówienia. Istotne jest to, iż nie wymaga on od Wykonawców, aby ci legitymowali się doświadczeniem sprzętu o parametrach tożsamych z opisanymi w SIWZ. Mogą oni wykazać dostawę respiratorów i pomp dyfuzyjnych o jakiegokolwiek parametrach. Ważna jest jedynie wartość poszczególnych dostaw. Nie sposób uznać też tegoż warunku za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Uwzględniając fakt, iż wartość pakietu drugiego to, z uwzględnieniem podatku VAT, osiem milionów złotych, to wymaganie wykazania dostaw o wartości dwa miliony brutto każda nie jest, w ocenie Izby, żądaniem wygórowanym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Uwzględniając powyższe Izba uznała powołany zarzut za niezastługujący na uwzględnienie.

W ocenie Izby Odwołujący nie wskazał czynności Zamawiającego, która miałyby naruszać przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, stąd też Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego tegoż przepisu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: