

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawcy Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu sprzeczności treści oferty Przystępującego z pkt 102 załącznika nr 4 do SIWZ (pakiet 39 – aparat do znieczulenia) i nakazuje Zamawiającemu w części 39 zamówienia:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty Przystępującego;
 - 1.2. ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ w powyższym zakresie;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. 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 Łomży.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

SP ZOZ Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na części na dostawę, montaż i uruchomienie aparatury i sprzętu medycznego dla oddziałów: Noworodkowego, Dziecięcego i Ginekologiczno-Położniczego realizowaną w ramach projektu RPPD.08.04.01-IŻ.00-20-001/18 pn. „Poprawa opieki nad matką i dzieckiem w celu dostosowania do trendów demograficznych poprzez wyposażenie/doposażenie w nowoczesną aparaturę medyczną oddziałów: Noworodkowego, Dziecięcego i Ginekologiczno-Położniczego”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 sierpnia 2018 r., pod nr 2018/S 148-338179.

22 marca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej w części (pakiecie) 39 zamówienia (dostawa aparatu do znieczulenia), oferty wykonawcy Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku („Wykonawca B”).

1 kwietnia br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawcy GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Odwołujący”) od:

1. dokonania wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę B jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu 39;
2. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy B, względnie – dokonania wadliwej oceny oferty tego wykonawcy, polegającej na przyznaniu jej błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „ocena techniczna”, a w konsekwencji błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, od czego zależał wybór oferty najkorzystniejszej;
3. zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w pakiecie 39;

co – zdaniem Odwołującego – stanowi naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy B w pakiecie 39, w sytuacji gdy treść tej oferty nie

odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), a w konsekwencji nierównego traktowania wykonawców i zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

względnie

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania ofercie Wykonawcy B błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „ocena techniczna”, a w konsekwencji błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, od czego zależał wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie 39;
2. odrzucenia oferty Wykonawcy B, ewentualnie – powtórzenia czynności badania i oceny ofert i obniżenie oceny punktowej przyznanej ofercie Wykonawcy B w kryterium „ocena techniczna” do 20 pkt (zamiast 30 pkt), a w konsekwencji obniżenie oceny oferty Wykonawcy B na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 80 pkt (zamiast 90 pkt);
3. powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w pakiecie 39.

W ocenie Odwołującego powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w zakresie pakietu 39, zatem niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w postaci tabeli parametrów technicznych został wyszczególniony w Załączniku nr 4 do SIWZ, zawierającego wymagania graniczne oraz oceniane.

I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Biameditek – pkt 102 Załącznika nr 4 do SIWZ

Zamawiający w pkt 102 Załącznika nr 4 do SIWZ dot. Pakietu nr 39 wymagał zaoferowania m.in. mankietu na przedramię dla otyłych pacjentów.

Wykonawca B potwierdził spełnianie tego parametru, pomimo że żaden mankiety pomiarowy producenta Shenzhen Mindray, spośród stanowiących przedmiot jego oferty, nie jest dedykowany do stosowania na przedramieniu pacjentów otyłych.

Pacjenci ginekologiczno-położniczy wymagają monitorowania ciśnienia krwi, a ponieważ nie zawsze jest potrzeba realizacji pomiaru ciśnienia metodą inwazyjną niezwykle istotne staje się wiarygodne monitorowanie ciśnienia krwi nieinwazyjnie. Nieinwazyjny pomiar ciśnienia tętniczego krwi realizowany jest tzw. metodą oscylometryczną, za pośrednictwem mankietu mocowanego na kończynie (najczęściej ramieniu). Mankiet napełniany jest powietrzem, zaciska się wokół ramienia tak długo, aż zatrzyma przepływ krwi w tętnicy. Następnie powietrze jest wypuszczane z mankietu i w momencie, w którym wyczuwalne zostanie tętnienie krwi w tętnicy (przepływ zostanie przywrócony) – wyznaczane jest ciśnienie skurczowe, a w momencie, w którym w miarę opróżniania mankietu tętnienie ponownie przestaje być wyczuwalne – wyznaczane jest ciśnienie rozkurczowe.

Bardzo istotny przy realizacji tego pomiaru jest odpowiedni dobór rozmiaru mankietu: zarówno jego długości, aby prawidłowo objął całą kończynę, jak i jego szerokości. Zbyt wąski będzie wykazywał tendencje do zawyżania wartości mierzonego ciśnienia, ponieważ będzie wymagał mocniejszego napompowania mankietu do zamknięcia przepływu tętnicy. Natomiast zbyt szeroki mankiety spowoduje zaniżenie zmierzonej wartości ciśnienia, ponieważ zbyt szybko zamknie przepływ krwi w naczyniu.

Dobór rozmiaru jest szczególnie uciążliwy w przypadku pacjentów otyłych, ponieważ ramię pacjenta przybiera bardzo nietypowy kształt i rozmiary. Pokryte jest bowiem dużą warstwą tkanki tłuszczowej. Dlatego u takich pacjentów poszukuje się innych lokalizacji do pomiaru ciśnienia metodą nieinwazyjną. Jedną z alternatyw jest monitorowanie ciśnienia krwi na przedramieniu.

Przedramię charakteryzuje się mniejszą ilością tkanki tłuszczowej, co ułatwia realizację pomiaru, jednak ma inny kształt od ramienia. Ramię ma kształt przypominający walec, dlatego tu zastosowanie mają klasyczne mankiety do pomiaru ciśnienia. Przedramię z kolei ma kształt stożka i do prawidłowych pomiarów wymagają zastosowania innych mankiety, stożkowych.

Fakt ten zdają się potwierdzać niezależne badania naukowe, które wykazują że pomiar ciśnienia u pacjentów otyłych, z wykorzystaniem standardowych mankiety mocowanych na przedramieniu pacjenta nie jest wiarygodny i zawyża wyniki pomiarów.

Instrukcja obsługi, ani żadne inne dostępne materiały dotyczące oferowanych przez Wykonawcę B urządzeń, nie potwierdzają wymaganych mankiety dedykowanych do pomiaru ciśnienia u pacjentów otyłych na przedramieniu. Powyższe Odwołujący zasygnalizował w notatce z dnia 14.11.2018 r., co skutkowało wezwaniem Wykonawcy B do złożenia wyjaśnień.

Do ww. wyjaśnień z dnia 07.03.2019 r. Wykonawca B dołączył oświadczenie producenta, potwierdzające, że mankiety o nr kat. 0010-30-12161 (rozmiar od 46 do 66 cm) może być użyty do pomiaru na ramieniu dla otyłych pacjentów. Wykonawca B przywołuje tutaj

mankiet o modelu CM1205, dla którego miejscem pomiaru jest udo, a nie przedramię, czy także ramię. Informacja ta wprost wynika z tabeli dołączonej przez Wykonawcę B do swoich wyjaśnień, jak i z oświadczenia producenta Mindray, który odwołuje się do mankieta o rozmiarze od 46 do 66 cm. Mankiet do pomiaru na udzie nie jest mankiem do pomiaru na przedramieniu, a żeby dojść do takiego stwierdzenia wystarczy porównać rozmiary tychże mankieta. Mankiet na udo zgodnie z oświadczeniem producenta Shenzhen Mindray ma rozmiar 46 do 66 mm, natomiast rozmiar mankieta na przedramię wynosi 26-36 cm Radial- CUF.

Konfrontując zaoferowane przez Wykonawcę B mankiety z postanowieniami SIWZ, zwłaszcza uwzględniając wyjaśnienia ww. wykonawcy, należy stwierdzić, że oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Podkreślić należy, że w SIWZ dokonano wyraźnego rozróżnienia pomiędzy mankami w różnych rozmiarach dla pacjentów dorosłych (czyli nie jako standardowymi) oraz mankiem na przedramię dla pacjentów otyłych. Akceptując wyjaśnienia Wykonawcy B Zamawiający bezpodstawnie zaniechał egzekwowania ww. parametru. Mankiety na przedramię dedykowane dla osób otyłych, są wyrobami specjalistycznymi, o konkretnym zastosowaniu, wykonane w sposób zapewniający wiarygodność pomiaru na przedramieniu. Nie można zastępować tych wyrobów, produktami, które są przeznaczone do pomiarów w innym miejscu, niż przedramię np. udo, tak jak miało to miejsce w niniejszej sprawie.

Podsumowując, uważna lektura wyjaśnień Wykonawcy B, a w szczególności oświadczenia producenta, połączona z obiektywnym spojrzeniem na treść SIWZ, która wyraźnie rozróżnia mankiety standardowe (w różnych rozmiarach) od mankieta na przedramię dedykowanego (przeznaczonego) dla pacjentów otyłych, prowadzi do jednoznacznych wniosków, że oferta Wykonawcy B powinna być odrzucona. Zamawiający dokonując jej wyboru bezpodstawnie odstąpił od wymogu zaoferowania mankieta na przedramię dla pacjentów otyłych, niejako godząc się na zmianę SIWZ po terminie składania ofert, polegającą na możliwości zastąpienia mankieta przeznaczonych na przedramię, mankami przeznaczonymi do pomiaru na udzie. Takie działanie narusza art. 89 ust. 1 pkt 2, a także przepis art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców.

II. Zarzut niewłaściwej oceny oferty Wykonawcy B w kryterium jakościowym „ocena techniczna”

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podniósł, że oferta Wykonawcy B została błędnie oceniona w kryterium „ocena techniczna”, gdyż Zamawiający niezasadnie przyznał temu wykonawcy zawyżoną liczbę 10 pkt za parametr oceniany z pkt 70 Załącznika nr 4 do SIWZ – „automatyczny test szczelności parowników z zapisem wyniku testu w dzienniku uwidacznianym na ekranie respiratora aparatu do znieczulenia”.

Odwołujący podał, że zaoferowany przez Wykonawcę B aparat do znieczulania Wato EX-55 Pro nie posiada automatycznego testu szczelności parowników z zapisem wyniku testu w dzienniku uwidacznianym na ekranie respiratora aparatu do znieczulenia. Urządzenie te posiada manualny, a nie automatyczny test, który nie ma potwierdzenia na ekranie respiratora aparatu do znieczulenia. Fakt ten wprost wynika z instrukcji obsługi aparatu Wato 55 Pro, w której odnajdujemy opis testu ręcznego nieautomatycznego bez zapisu całego testu w dzienniku uwidacznianym na ekranie respiratora:

„[...]”

6.11 Test parownika

OSTRZEŻENIE

W trakcie testu parowników środek anestetyczny wydostaje się przez wylot świeżego gazu. Należy stosować bezpieczną i zatwierdzoną procedurę gromadzenia i usuwania środka anestetycznego.

Aby zapobiec uszkodzeniu, przed użyciem systemu należy całkowicie obrócić pokrętkę w kierunku zgodnym z ruchem wskazówek zegara (przepływ wyłączony).

Przed rozpoczęciem testu należy sprawdzić, czy parowniki są prawidłowo zainstalowane. Szczegóły dotyczące instalacji waporyzatora – 12.2 Instalacja parownika.

6.11.1 Test przeciwcisnienia parownika

1. Podłącz układ doprowadzający O2 z rurociągu lub otwórz zawór butli z O2.
2. Ustaw przepływ O2 na 6 l/min.
3. Upewnij się, że przepływ O2 utrzymuje się na stałym poziomie.
4. Ustaw stężenie gazu z parownika w przedziale od 0 do 1%. Przepływ O2 nie może spadać o więcej niż 1 l/min w całym zakresie pomiaru. W przeciwnym razie zainstaluj inny parownik i wykonaj tę czynność ponownie. Jeżeli problem utrzymuje się, oznacza to, że awaria dotyczy systemu anestezjologicznego. Nie należy używać takiego systemu.
5. Przetestuj każdy parownik zgodnie z podanymi wyżej wskazówkami.

UWAGA

Nie testuje się parownika, gdy przełącznik sterowania stężeniem gazu znajduje się pomiędzy pozycją „WYŁ.” a pierwszą kreską skali powyżej zera, ponieważ w tym zakresie ilość podawanego środka anestetycznego jest bardzo mała.

6.11.2 Ręczny test szczelności

1. Ustaw przełącznik wentylacji automatycznej/ręcznej w pozycji.
2. Podłącz obwód oddechowy do gniazda wdechowego i wydechowego. Podłącz worek do wentylacji ręcznej do złącza jego układu.
3. Ustaw zawór APL na 75 cmH2O.

4. Zamknij układ oddechowy po stronie złącza pacjenta przez podłączenie trójnika Y obwodu oddechowego do gniazda testu szczelności.
5. Napelnij worek do wentylacji ręcznej strumieniem O₂ do 40 cmH₂O.
6. Sprawdź, czy układ utrzymuje ciśnienie dłużej niż 10 s.
7. Ustaw zawór APL w pozycji SP.

6.11.3 Test szczelności parownika

1. Ustaw przełącznik wentylacji automatycznej/ręcznej w pozycji.
2. Ustaw zawór APL w pozycji SP.
3. Podłącz jeden koniec obwodu oddechowego do złącza układu worka, jeden do gniazda wddechowego, a trójnik Y do gniazda testowego.
4. Zamontuj i zablokuj parownik na szynie mocującej. (Niektóre parowniki muszą być ustawione na co najmniej 1%, aby możliwe było przeprowadzenie testu. Szczegółowe informacje można znaleźć w instrukcji parownika dostarczonej przez jego producenta).
5. Ustaw przepływ świeżego gazu na 0,2 l/min.
6. Ustaw zawór APL na 75 i sprawdź na ciśnieniomierzu, czy ciśnienie w drogach oddechowych wzrasta powyżej 30 cmH₂O w ciągu 2 minut.
7. Wyłącz parownik.
8. Powtórz czynności z punktów 4, 5, 6 i 7 z innymi, parownikami.

[...].”

W związku z powyższym oferta Wykonawcy B powinna otrzymać za powyższy parametr 0 pkt, a w konsekwencji w kryterium „jakość (ocena techniczna)” 20 pkt, zamiast przyznanych 30, zgodnie ze wzorem wskazanym w rozdziale XIII. SIWZ:

„ilość punktów ocenianej oferty w kryterium „JAKOŚĆ (OCENA TECHNICZNA)” = ilość punktów uzyskanych przez ofertę ocenianą w oparciu o punktację określoną w kolumnie „Parametr oceniany w kryterium JAKOŚĆ OCENA TECHNICZNA” w danym Pakiecie / max. ilość punktów, jaką można uzyskać w oparciu o punktację określoną w kolumnie „Parametr oceniany w kryterium JAKOŚĆ OCENA TECHNICZNA” w danym Pakiecie x 100 x 40%”, tj. 20 pkt / 40 pkt x 100 x 40 % = 20 pkt.

W konsekwencji we wszystkich kryteriach oceny ofert, oferta Wykonawcy B powinna łącznie otrzymać 80 pkt, zamiast przyznanych 90 pkt. Wobec faktu, że oferta Odwołującego uzyskała 86,73 pkt, to właśnie ona powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym Postępowaniu.

W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp jest zasadny.

Ponadto tak niesprawiedliwa ocena punktowa godzi również w naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, gdzie Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić

postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem mówić o równym traktowaniu wykonawców, w sytuacji kiedy taka sama ilość punktów przyznawana jest zarówno ofercie, która spełnia dany parametr oceniany, jak i tej która wyraźnie nie zaoferowała tego parametru.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, argumentując jak niżej.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty Wykonawcy B z SIWZ Zamawiający podał, że 12 października 2018 r., w wyniku odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, dopuścił mankiety na ramię w miejsce mankietu na przedramię dla otyłych pacjentów.

Ww. mankiety mają służyć do pomiaru ciśnienia pacjentów podłączonych do aparatu. Celem Zamawiającego przy określaniu ww. wymagania było zapewnienie możliwości pomiaru ciśnienia niezależnie do cech budowy ciała pacjentów podłączonych do aparatu.

Przystępujący zaoferował Zamawiającemu Aparat do znieczulenia Wato EX-55 Pro z monitorem Pacjenta BVT8, Shenzhen Minday Bio-Medical Electronics Co. Ltd., 2018.

Po dokonaniu badania oferty Przystępującego oraz zapoznaniu się ze zgłoszonymi przez Odwołującego zastrzeżeniami co do treści tej oferty (wyrażonymi w piśmie z dnia 14 listopada 2018 r.) Zamawiający, pismem z dnia 5 marca 2019 r., na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zaoferowanego mankietu dla pacjentów otyłych (pkt 4 wezwania).

Przystępujący, w wyjaśnieniach z dnia 7 marca 2019 r. potwierdził, że jego oferta w tym zakresie jest zgodna z treścią SIWZ (pkt 5 wyjaśnień), ponieważ oświadczył że posiada w swojej ofercie i dołączy do aparatu komplet mankietów, w tym mankiety dla otyłych pacjentów. Wykonawca B załączył do wyjaśnień wyciąg z instrukcji obsługi zawierający akcesoria do pomiaru ciśnienia oraz oświadczenie producenta oferowanego sprzętu potwierdzające, że mankiety o nr kat. 0010-30-12161 (rozmiar od 46 do 66) może być użyty do pomiaru na ramieniu dla otyłych pacjentów.

W treści wspomnianej instrukcji obsługi znajduje się specyfikacja mankietu wielokrotnego użytku o nr katalogowym 0010-30-12161 z oznaczeniem: miejsca pomiaru jako „udo”, obwodu kończyny od 46 do 66 cm i szerokości pęcherza 22,5 cm. W treści załączonego do wyjaśnień oświadczenia wydanego przez producenta oferowanego Aparatu wskazano:

„Oświadczmy, że mankiety do pomiaru ciśnienia oznaczone symbolem – NIBP o nr kat. 0010-30-1261 – Cuff with connector (Adult Thigh, CM1205, 46-66 cm) może zostać użyty w przypadku pacjentów otyłych, a pomiar można wykonać na ramieniu lub udzie”.

Odwołujący jako argument, przemawiający za odrzuceniem oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ podnosi, że miejscem pomiaru dla zaoferowanego mankietu

jest udo, a nie przedramię, czy ramię i wywodzi tę informację z samych wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.

Powyższe stanowisko jest jednak chybione. Zamawiający, jak wspomniano, konstruując OPZ dążył do zapewniania sobie możliwości monitorowania ciśnienia pacjentów podłączonych do Aparatu do znieczulenia niezależnie od masy i rozmiarów ich ciała. Zapewnić to miały mankiety do pomiaru ciśnienia na przedramieniu lub na ramieniu (zgodnie z pkt 158 wyjaśnień do SIWZ), o odpowiednim, dostosowanym do masy i rozmiarów ciała pacjenta, rozmiarze.

Zamawiający, mając na uwadze wyjaśnienia Przystępującego z dnia 7 marca 2019 r. oraz załączone do nich dokumenty, pochodzące od samego producenta oferowanego sprzętu, co do których brak jest podstaw, by odmówić im wiarygodności, uznał, że zaoferowane mankiety zgodne są z treścią SIWZ i zabezpieczą należycie jego potrzeby. Zwrócić należy uwagę, że o możliwości lub braku możliwości wykorzystania mankietów przy pomiarze ciśnienia decyduje ich rozmiar, zapewniający fizyczne objęcie tego miejsca ciała pacjenta, za pomocą którego dokonywany jest pomiar ciśnienia. Zamawiający, zgodnie z treścią pkt 158 wyjaśnień do SIWZ, przewidział dwa miejsca pomiaru, tj. albo na przedramieniu (jak w pierwotnej SIWZ) albo na ramieniu (co dopuścił we wspomnianych wyjaśnieniach).

Zaoferowany przez Przystępującego mankiety o rozmiarze od 46 do 66 cm, zdaniem Zamawiającego, dostosowany jest do dokonywania pomiaru z ramienia pacjenta dotkniętego otyłością, a więc w miejscu przewidzianym przez Zamawiającego i dla oceny zgodności lub niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie ma znaczenia, że katalogowo zaoferowany mankiety przypisany jest do dokonania pomiaru na udzie.

Zwrócić należy uwagę, że „katalogowe” miejsce pomiaru (tj. udo), wynika z rozmiaru tego mankiety tj. 46-66 cm, a więc rozmiaru jakie osiąga udo osoby, która nie jest dotknięta otyłością. Z kolei ramiona u osób z otyłością, osiągają właśnie takie rozmiary (ok. 44-66 cm) jak udo osoby niedotkniętej otyłością i dlatego właśnie wspomniane mankiety dedykowane katalogowo do pomiaru na udzie, mogą być równie dobrze wykorzystane do wykonania pomiaru na ramieniu osoby otyłej. Potwierdzenie tego faktu znajduje się w dokumentacji Postępowania, w postaci oświadczenia producenta zaoferowanego sprzętu, zgodnie z którym O mankiety ten może być wykorzystany do pomiaru ciśnienia z ramienia osoby otyłej.

Konstruując swoją argumentację Odwołujący skupił się więc jedynie na tym, że zaoferowany mankiety w katalogu przedstawionym przez Przystępującego przypisany jest do wykonania pomiarów na udzie, całkowicie pomijając przede wszystkim jego rozmiar, tj. czynnik kluczowy dla oceny o zgodności z treścią SIWZ. Podkreślić przy tym ponownie należy, że nie nazwa sprzętu, a możliwość jego faktycznego przeznaczenia przesądzać powinna o zgodności treści oferty z treścią SIWZ. W tym wypadku, aby móc skutecznie zakwestionować zgodność oferty z treścią SIWZ, Odwołujący musiałby przedstawić

argumentację i dowody, z których wynikałoby, że rozmiar zaoferowanego mankietu nie nadaje się do pomiaru ciśnienia na ramieniu osoby cierpiącej na otyłość. Tymczasem, w treści odwołania taka argumentacja, jak i dowody nie zostały zaoferowane.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewłaściwej oceny oferty Wykonawcy B w kryterium jakościowym Zamawiający podał, że jednym z ocenianych podkryteriów, wskazanych w Załączniku nr 4 do SIWZ, było zawarte w pkt 70 wspomnianego załącznika wymaganie w postaci: „Automatycznego testu szczelności parowników z zapisem wyniku testu w dzienniku uwidacznianym na ekranie respiratora aparatu do znieczulenia”, za którego spełnienie Zamawiający przewidział 10 pkt.

Przystępujący potwierdził spełnianie przez zaoferowany Aparat tej funkcjonalności, w konsekwencji czego otrzymał maksymalną liczbą 10 pkt.

Po dokonaniu badania oferty Przystępującego oraz zapoznaniu się ze zgłoszonymi przez Odwołującego zastrzeżeniami co do treści tej oferty (wyrażonymi w piśmie z dnia 14 listopada 2018 r.) Zamawiający, pismem z dnia 5 marca 2019 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w automatycznego testu szczelności parownika (pkt 3 wezwania).

Wykonawca B w wyjaśnieniach z dnia 7 marca 2019 r. potwierdził, że zaoferowany przez niego Aparat do znieczulenia „posiada automatyczny test szczelności parowników w ramach testu aparatu z zapisem wyniku całego testu w dzienniku uwidocznionym na ekranie respiratora aparatu do znieczulenia”. Dodatkowo Przystępujący załączył do swoich wyjaśnień oświadczenie producenta zaoferowanego sprzętu. W treści przedmiotowego oświadczenia, wskazano:

„Aparat do znieczulenia WATP EX-55 Pro posiada zintegrowany automatyczny test szczelności parowników z zapisem wyniku testu w dzienniku zdarzeń z możliwością wyświetlania na ekranie aparatu do znieczulenia”.

Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że zaoferowany przez Przystępującego Aparat do znieczulenia nie posiada automatycznego testu szczelności, a jedynie test manualny, który dodatkowo nie posiada opcji potwierdzenia na ekranie respiratora aparatu do znieczulenia. Na potwierdzenie tej tezy Odwołujący przytoczył fragment instrukcji obsługi zaoferowanego przez Przystępującego sprzętu, który opisuje rzekomo test ręczny, nieautomatyczny, bez zapisu testu w dzienniku uwidacznianym na ekranie respiratora. Przytoczony fragment to pkt 6.11 wspomnianej instrukcji.

Stanowisko Odwołującego jest nietrafne. Nie wchodząc w tym miejscu w polemikę z twierdzeniami Odwołującego, czy test wykonany zgodnie z przytoczonym fragmentem instrukcji, jest testem automatycznym, wskazać należy, że w przekonaniu Zamawiającego, zaoferowany przez Przystępującego sprzęt spełnia wymaganie automatycznego testu

szczelności parowników, a Odwołujący jedynie wyrywkowo przedstawił opis funkcjonalności przedmiotowego Aparatu do znieczulenia. Jak bowiem można dojść do wniosku zapoznając się z całą treścią instrukcji obsługi zaoferowanego przez Przystępującego sprzętu, w pkt 6.3. tej instrukcji opisano procedurę automatycznego autotestu systemu Aparatu do znieczulania, po którego zakończeniu, wyniki wyświetlają się na ekranie monitora. Wskazać więc należy, że zgodnie ze wspomnianym punktem instrukcji, podczas wykonywania tego autotestu, sprawdzanych jest szereg funkcjonalności Aparatu do znieczulenia, w tym test szczelności parowników, a efekty tego testu wyświetlane są na ekranie monitora. Ze wspomnianą instrukcją koresponduje złożone w toku postępowania oświadczenie producenta aparatu, zgodnie z którym wykonuje on punktowany, automatyczny test szczelności parowników z możliwością wyświetlenia jego wyniku na ekranie monitora, a także oświadczenie własne Przystępującego zawarte w wyjaśnieniach z dnia 7 marca 2019 r., w których wskazano, że Aparat posiada automatyczny test szczelności parowników w ramach testu aparatu z zapisem wyświetlanym na ekranie. Wszystko to wskazuje, że Zamawiający w sposób uprawniony przyznał Przystępującemu przewidzianą w SIWZ liczbę punktów tytułem spełnienia wymagania, o którym mowa w pkt 70 Załącznika nr 4 do SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów lub dowodów, zgodnie z którymi opisana w pkt 6.3 instrukcji obsługi zaoferowanego przez Przystępującego Aparatu do znieczulania, miałyby nie spełniać wymagań Zamawiającego, a zwłaszcza dowodów podważających wiarygodność oświadczenia producenta zaoferowanego Aparatu. Odwołujący skupił się na niepełnym przedstawieniu jednej z funkcjonalności Aparatu do znieczulenia, pomijając zupełnie, że procedura automatycznego testu szczelności parowników, której wyniki wyświetlane są na ekranie urządzenia wykonywana jest w ramach autotestu, opisana jest w pkt 6.3. instrukcji. Zwrócić należy uwagę, że oprócz spełniającej wymogi SIWZ automatycznej procedury opisanej w pkt 6.3. instrukcji, przedmiotowe urządzenie posiada też inne możliwości wykonywania testów szczelności parowników, na które wskazuje Odwołujący, co bynajmniej nie przemawia za obniżeniem punktacji przyznanej ofercie Przystępującego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca B, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Na rozprawie strony i Wykonawca B podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Wyciągu z artykułu naukowego K. Schimanski, A. Jull, N. Mitchell, J. McLay: *Comparison of upper arm and forearm non-invasive blood pressures in adult Emergency Department patients*, International Journal of Nursing Studies, Volume 51, Issue 12, December 2014, pages 1575-1584 z tłumaczeniem na język polski – dowód O1;
2. Wyciągu z artykułu naukowego S. Watson, M. Aguas, P. Colegrove, N. Foisy, B. Jondahl, Z. Anastas: *Level of Agreement Between Forearm and Upper Arm Blood Pressure Measurements in Patients With Large Arm Circumference*, Journal of PeriAnesthesia Nursing, Volume 32, Issue 1, February 2017, pages 15-21 z tłumaczeniem na język polski – dowód O2;
na okoliczność braku dokładności pomiarów ciśnienia wykonywanych przy zastosowaniu wyrobów medycznych niezgodnie z ich przeznaczeniem;
3. Wyciągu z podręcznika operatora aparatu anestezyjologicznego WATO Ex-55 Pro, zaoferowanego przez Przystępującego – dowód O3, na okoliczność wykonywania przez oferowany przez Wykonawcę B aparat funkcji automatycznego testu szczelności parownika.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści wyciągu z podręcznika operatora aparatu anestezyjologicznego WATO Ex-55 Pro, zaoferowanego przez Przystępującego – dowody Z1-Z4, na okoliczność posiadania przez oferowany przez Wykonawcę B aparat funkcji automatycznego testu szczelności parownika.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Dokumentacji zdjęciowej obrazującej procedurę testu automatycznego aparatu WATO Ex-55 Pro z parownikiem – dowód P1;
2. Oświadczenia przedstawiciela producenta ww. aparatu z 8 kwietnia 2019 r. – dowód P3;
na okoliczność posiadania przez oferowany Zamawiającemu aparat funkcji automatycznego testu szczelności parownika.
3. Wyciągu z instrukcji użytkowania aparatu oferowanego przez Odwołującego – dowód P2, na okoliczność możliwości wykonania manualnego testu szczelności parownika w tym urządzeniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści: SIWZ uwzględniającej odpowiedź na wnioski o jej wyjaśnienie nr 158, oferty Przystępującego, wezwania Wykonawcy B w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 4 grudnia 2018 r., odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z 13 grudnia 2018 r. z załącznikami – dokumentami przedmiotowymi dotyczącymi oferowanego w części 39 zamówienia urządzenia, wezwania Wykonawcy B do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany w części 39 zamówienia wyrób wymagań z pkt 70 i 102 załącznika nr 4 do SIWZ (pismo z 5 marca 2019 r.), odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z 7 marca 2019 r. wraz z załącznikami, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokumentów złożonych przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie.

Na podstawie materiału dowodowego Izba ustaliła, że do wyboru oferty Przystępującego w części 39 zamówienia doszło w następujących okolicznościach.

Przedmiotem zamówienia w pakiecie nr 39 była dostawa aparatu do znieczulenia, którego cechy i wyposażenie Zamawiający opisał w załączniku nr 4 do SIWZ. Zgodnie z pkt 70 aparat miał wykonywać automatyczny test szczelności parowników z zapisem jego wyniku w dzienniku uwidacznianym na ekranie respiratora aparatu do znieczulenia. Z kolei, zgodnie z pkt 102 ww. załącznika do SIWZ aparat miał być wyposażony m.in. w mankiet do mierzenia ciśnienia na przedramię dla otyłych pacjentów (w wyniku odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nr 158 dopuszczono mankiet na ramię).

Zgodnie z Rozdziałem VI.C pkt 2 SIWZ potwierdzeniem zgodności oferowanych dostaw z SIWZ były opisy producenta produktów (prospekty, foldery, karty katalogowe) i fotografie, zawierające opis oferowanego produktu w języku polskim lub z tłumaczeniem na język polski.

Oferta Wykonawcy B, oferującego urządzenie Wato Ex-55 Pro, została najwyżej oceniona, wobec czego – pismem z 4 grudnia 2018 r. – został wezwany przez Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, do złożenia m.in. ww. dokumentów przedmiotowych.

Następnie, pismem z 5 marca 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego m.in. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających właściwości oferowanego wyrobu, wymienione w pkt 70 i 102 załącznika nr 4 do SIWZ.

W korespondencji z 7 marca 2019 r. Wykonawca B potwierdził, że zaoferowany aparat posiada funkcjonalność opisaną w pkt 70 załącznika nr 4 do SIWZ, na potwierdzenie czego załączył oświadczenie przedstawiciela producenta urządzenia datowane na 7 marca 2019 r.

Z kolei w odniesieniu do poz. 102 załącznika nr 4 do SIWZ Przystępujący wskazał na wyciąg z instrukcji obsługi oferowanego kardiomonitора BeneView T8 opisującej załączone

doń akcesoria do pomiaru ciśnienia (tabela ze str. 40-5, z której wynika, że mankiet model CM1205, nr kat. 0010-30-12161 służy do pomiarów na udzie) oraz na oświadczenie producenta urządzenia z 7 marca 2019 r. stwierdzające, że za pomocą ww. mankieta można dokonywać pomiaru również na ramieniu.

W tak ustalonym stanie faktycznym odwołanie okazało się częściowo zasadne.

W ocenie składu orzekającego potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy B, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Wobec szerokiego omówienia tego zagadnienia w doktrynie prawa zamówień publicznych i orzecznictwie KIO przypomnieć skrótowo należy, że ze stanem niezgodności oferty z SIWZ, stanowiącym podstawę odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, mamy do czynienia co do zasady (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) w sytuacji, w której oferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada wymogom zamawiającego charakteryzującym przedmiot zamówienia, opisanym postanowieniami SIWZ i wynikającym z udzielonych odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie jej treści.

Sytuacja taka zaistniała na gruncie rozpoznawanej sprawy, ponieważ urządzenie zaoferowane przez Wykonawcę B nie spełnia wymogu z pkt 102 załącznika nr 4 do SIWZ. Zamawiający, uwzględniając odpowiedź na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nr 158, oczekiwał, aby aparat był wyposażony m.in. w mankiet na przedramię lub ramię dla otyłych pacjentów. Z załączonego przez Wykonawcę B do odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z 7 marca 2019 r. wyciągu z podręcznika operatora (instrukcji obsługi) kardiomonitora BeneView T8 (str. 40-5) wynika natomiast, że w spornym zakresie zaoferowany został mankiet na udo. Zestawienie przywołanego powyżej fragmentu dostarczonego przez Wykonawcę B podręcznika ze wspomnianym wymaganiem Zamawiającego prowadzić musi do wniosku, że zaoferowane przez Przystępującego świadczenie nie odpowiada w tym zakresie oczekiwaniu Zamawiającego.

W ocenie tej kwestii nie można, zdaniem składu orzekającego, pominąć przepisu art. 90 ust. 1 ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 175 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, zgodnie z którym wyrób medyczny powinien być używany zgodnie z przewidzianym zastosowaniem, a użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania. Z powyższego wynika, że kwestię dopuszczalności używania wyrobu w określonych celach rozstrzyga dostarczana z nim dokumentacja. Interpretując omawiany wymóg Zamawiającego w świetle przywołanego przepisu należało przyjąć, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania aparatu wyposażonego w mankiety, których przeznaczeniem, wynikającym z instrukcji używania, jest mierzenie ciśnienia otyłym pacjentom na ramieniu lub przedramieniu. W twierdzenie to wpisują się dowody O1 i O2, które wprawdzie nie potwierdzają niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ, ale wskazują

ogólnie na negatywne skutki stosowania wyrobów medycznych niezgodnie z ich przeznaczeniem.

W świetle przedstawionych powyżej zapatrywań nie mogła odnieść skutku argumentacja Zamawiającego odnosząca się do celu wprowadzenia do SIWZ omawianego wymagania, ani twierdzenia o faktycznej możliwości wykorzystywania zaoferowanego przez Wykonawcę B mankietu do mierzenia ciśnienia również na ramieniu pacjenta otyłego (zgodnie z oświadczeniem przedstawiciela producenta). Zarówno intencje Zamawiającego, jak i sposób wykorzystania wyrobów medycznych muszą uwzględniać obowiązujące przepisy prawa, w tym przypadku wspomniany art. 90 ust. 1 Ustawy, który precyzuje jak ustalać ich przeznaczenie. Stąd, bezskuteczne było odwoływanie się do wspomnianego oświadczenia producenta, które – w ocenie składu orzekającego – nie mogło zmieniać (modyfikować) przeznaczenia wyrobu wynikającego z dostarczanej z nim dokumentacji, a nadto zostało złożone wyłącznie na potrzeby Postępowania.

Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty Wykonawcy B w kryterium jakościowym. Izba uznała, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenie posiada funkcjonalność opisaną w pkt 70 załącznika nr 4 do SIWZ (automatyczny test szczelności parowników z zapisem wyniku testu w dzienniku uwidacznianym na ekranie respiratora aparatu do znieczulenia), co uprawniało Zamawiającego do przyznania tej ofercie dodatkowych punktów.

Rozstrzygając przedmiotową kwestię skład orzekający uznał, że zarzut odwołania opierał się na fragmentarycznym cytowaniu podręcznika operatora dla zaoferowanego przez Wykonawcę B aparatu, w części dotyczącej wyłącznie procesu manualnego sprawdzania szczelności parowników (dowód O3). Należy jednak zauważyć, że z przedstawionych przez Zamawiającego dowodów Z1-Z4, stanowiących inne niż przywoływane w podstawie faktycznej omawianego zarzutu odwołania fragmenty podręcznika operatora wynika, że automatyczny test szczelności parowników wykonywany jest podczas uruchamiania urządzenia. Potwierdzają to również przedstawione przez Wykonawcę B zdjęcia stanowiące dowód P1 oraz oświadczenie producenta – dowód P3. Należy przy tym zauważyć, że z treści pkt 70 załącznika nr 4 do SIWZ nie wynika, aby automatyczny test miał mieć samodzielny charakter i nie mógł być przeprowadzany w opisany powyżej sposób.

Co zaś dotyczy dowodu P2 – wyciągu z instrukcji używania aparatu oferowanego przez Odwołującego – Izba uznała, że jest on nieprzydatny do rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania, jako że przedmiotem postępowania odwoławczego nie była ocena zgodności oferty Odwołującego z SIWZ.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw.

z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: