

WYROK

z dnia 18 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego Ignaciuk Spigarski Sp. j., 80-530 Gdańsk, ul. Uczniowska 33** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7,**

przy udziale wykonawcy **Covidien Polska Sp. z o.o., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego Ignaciuk Spigarski Sp. j., 80-530 Gdańsk, ul. Uczniowska 33** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego Ignaciuk Spigarski Sp. j., 80-530 Gdańsk, ul. Uczniowska 33** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego Ignaciuk Spigarski Sp. j., 80-530 Gdańsk, ul. Uczniowska 33** na rzecz **Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7**, kwotę **660 zł 28gr** (słownie: sześćset sześćdziesiąt złotych dwadzieścia osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu przejazdu na posiedzenie i rozprawę przed KIO.

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

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, Ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) dostawę wyrobów medycznych jedno i wielorazowych dla UCK. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równoważność kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (zamówienie podzielone na części). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 kwietnia 2012 r. pod numerem 2012/S 68-111668.

W dniu 5 lipca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego Ignaciuk Spigarski Spółka Jawna, ul Uczniowska 33, 80-530 Gdańsk (dalej "Odwołujący") od czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu i niedopuszczeniu do końcowej oceny oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 27 SIWZ dotyczącej w tej części dostawy czujników saturacji, mimo braku istnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia tej oferty;
- 2) nierównym traktowaniu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu tzn. nierównym traktowaniu Odwołującego oraz Covidien Polska Sp. z o.o. (dalej "Covidien")

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucał :

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie i niedopuszczenie do końcowej oceny oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 27 SIWZ dotyczącej w tej części dostawy czujników saturacji w technologii Nellcor OXIMAX spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego, a także wybór oferty Covidien w zakresie pakietu nr 27 jako najkorzystniejszej poprzez nierówne traktowanie wykonawców tj. Odwołującego i

Covidien przez Zamawiającego;

- 2) naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 27 dotyczącej w tej części czujników saturacji w technologii OXIMAX jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego,

podnosząc jednocześnie, iż powyższe działania i zaniechania Zamawiającego stoją w rażącej sprzeczności z przepisami ustawy Pzp oraz naruszają podstawowe zasady w nim wyrażone, a w szczególności zasadę legalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) uznanie za nieważne czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu i niedopuszczeniu do końcowej oceny oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 27 SIWZ dotyczącej w tej części czujników saturacji w technologii Nellcor Oximax, gdyż oferta ta spełnia warunki udziału w postępowaniu i jest ofertą najkorzystniejszą;
- 3) uznanie za nieważne czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty Covidien w zakresie pakietu nr 27 SIWZ dotyczącej w tej części czujników saturacji w technologii Nellcor Oximax jako najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 27 SIWZ dotyczącej w tej części czujników saturacji w technologii Nellcor Oximax;
- 5) nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert dopuszczonych do postępowania i nieodrzuconych w zakresie pakietu nr 27 SIWZ dotyczącej w tej części czujników saturacji w technologii Nellcor Oximax;
- 6) nakazanie Zamawiającemu wybór oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 27 SIWZ dotyczącej w tej części czujników saturacji w technologii Nellcor Oximax jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego;
- 7) zarządzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazywał, że, składając w terminie ofertę, Odwołujący stał się oferentem oraz potencjalnych wykonawcą w postępowaniu, który na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy utracił szansę na uzyskanie zamówienia

publicznego, tj. podmiotem wskazanym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a więc dysponującym legitymacją czynną do złożenia niniejszego odwołania. Jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego w zakresie pakietu nr 27 SIWZ dotyczącej w tej części czujników saturacji w technologii Nellcor Oximax, jako najkorzystniejsza w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniająca warunki udziału w postępowaniu stawiane przez Zamawiającego, prawidłowo złożona i niepodlegająca odrzuceniu.

W dniu 25 czerwca 2012 r. Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2012 r. poinformował Odwołującego o zakończeniu przedmiotowego postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty. W zakresie pakietu nr 27 SIWZ dotyczącej w tej części czujników saturacji w technologii Nellcor Oximax, najkorzystniejsza okazała się w ocenie Zamawiającego oferta Covidien. Ponadto z treści ww. pisma Zamawiającego wynika, że w zakresie pakietu nr 27 oferta Odwołującego nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego oferta złożona w zakresie pakietu 27 SIWZ jest zgodna ze SIWZ, zaś oferta Covidien nie jest najkorzystniejszą, zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu.

W zakresie odrzucenia i niedopuszczenia do końcowej oceny oferty Odwołującego w zakresie pakietu 27 SIWZ Odwołującego podnosił jak poniżej.

Zamawiający w piśmie z dnia 22 czerwca 2012 r. motywując swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie pakietu 27 poz. 3 i 4 jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ, określa następujące nieprawidłowości w zaoferowanych czujnikach saturacji :

- a) brak kalibracji cyfrowej i analogowej,
- b) kalibracja zaoferowanego czujnika przez Odwołującego przebiega tylko i wyłącznie analogowo w związku z powyższym na pulsoksymetrze (modelu nie określono) pojawia się monit o podłączeniu czujnika DS100A - będącego czujnikiem w technologii OXIMAX dla dorosłych,
- c) zaoferowane czujniki są skrajnie traumatyczne, powodują krwawe obtarcie naskórka.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu 27 zaoferował następujące czujniki saturacji :

- w pozycji nr 1 - czujnik saturacji dla dorosłych powyżej 30 kg w technologii Nellcor OXIMAX,
- w pozycji nr 2 - czujnik saturacji dla dzieci od 10 do 50kg w technologii Nellcor OXIMAX,
- w pozycji nr 3 - czujnik saturacji dla niemowląt od 1 do 20 kg w technologii Nellcor OXIMAX,
- w pozycji nr 4 - czujnik saturacji dla noworodków w technologii Nellcor OXIMAX.

Wymagania graniczne określone przez Zamawiającego:

- Czujniki jednorazowego użytku - produkty Odwołującego oferowane w zadaniu 27 pozycja 1,2,3,4 spełniają wymogi Zamawiającego,
- Pakowane indywidualnie - produkty Odwołującego oferowane w zadaniu 27 pozycja 1,2,3,4 spełniają wymogi Zamawiającego,
- Sterylne - produkty Odwołującego oferowane w zadaniu 27 pozycja 1,2,3,4 spełniają wymogi Zamawiającego,
- Działające w technologii OXIMAX - produkty Odwołującego oferowane w zadaniu 27 pozycja 1,2,3,4 spełniają wymogi Zamawiającego,
- Dostarczenie próbek w ilości 3 sztuk do każdej pozycji - próbki Odwołującego załączył do oferty,
- Dostarczenie instrukcji użytkowania - instrukcje Odwołujący załączył do oferty.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił graniczne parametry wymaganych czujników w zakresie zadania 27 w załączniku nr 4 do SIWZ, gdzie brak jest jakichkolwiek informacji dotyczących kalibracji cyfrowej i analogowej. Dodatkowo w pytaniach z dniach 7 maja 2012 - Pytanie nr 46 Zamawiający jasno określa, że nie ma w tym względzie żadnych wymagań. Zamawiający argumentuje również niezgodność zaoferowanych przez Odwołującego czujników stwierdzeniem jakoby monit o podłączeniu czujnika DS100A czynił z zaoferowanego czujnika dedykowanego noworodkom - czujnik dla dorosłych. Powyższe stwierdzenie pozbawione jest jakiegokolwiek sensu, gdyż powyższy monit w żaden sposób nie zmienia natury zaoferowanego czujnika, lecz określa, że urządzenie „widzi” czujnik kalibrowany analogowo jakim DS100A niewątpliwie jest. Zamawiający, argumentując odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie pakietu 27 określa, iż pomiar saturacji u noworodków czujnikiem, który dedykowany jest również noworodkom, stanowi zagrożenie dla zdrowia i życia najmniejszych pacjentów. Ponownie, wnioski Zamawiającego są domysłami, które zdają się nie mieć zastosowania w przypadku rozpatrywania zgodności oferty firmy Covidien w zakresie pakietu 27, gdyż czujniki przez

nich zaoferowane w zakresie Pakietu 27 pozycja 4 o numerze katalogowym MAX-N dedykowane są noworodkom poniżej 3 kg oraz dorosłym powyżej 40 kg.

Dodatkowo chcąc ukazać identyczne parametry techniczne czujnika DS100A oraz czujników jednorazowego użytku firmy Nellcor zaoferowanych przez Covidien, do odwołania załączono specyfikację techniczną zadanych czujników znajdującą się w instrukcji obsługi najnowszego pulsoksymetru N-600X firmy Covidien. Zestawiając w/w specyfikację zadanych czujników znamienym jest brak jakichkolwiek różnic technicznych dotyczących następujących standardów :

Czujnik DS.100A

Emisje RF, CISPR11,

Klasa B/Grupa 1

- Emisje sygnałów harmoniczných, IEC 61000-3-2
- Wahania napięcia/emisje migotania, IEC 61000-3-3
- Wyładowania elektrostatyczne (ESD), IEC 61000-4-2
- Krótkie zwarcia/impulsy elektryczne, IEC 61000-4-4
- Skoki napięcia, IEC 61000-4-5
- Przewodzona częstotliwość radiowa IEC 61000-4-6
- Promieniująca częstotliwość radiowa IEC 61000-4-3

Czujniki saturacji zaoferowane przez firmę Covidien serii OXIMAX zaoferowane w pakiecie 27 pozycje 1,2,3,4

Emisje RF, CISPR11,

Klasa B/Grupa 1

- Emisje sygnałów harmoniczných, IEC 61000-3-2
- Wahania napięcia/emisje migotania, IEC 61000-3-3
- Wyładowania elektrostatyczne (ESD), IEC 61000-4-2
- Krótkie zwarcia/impulsy elektryczne, IEC 61000-4-4
- Skoki napięcia, IEC 61000-4-5
- Przewodzona częstotliwość radiowa IEC 61000-4-6
- Promieniująca częstotliwość radiowa IEC 61000-4-3

Z powyższego zestawienia jasno wynika, że czujniki serii OXIMAX zaoferowane przez Covidien w pakiecie 27 pozycja 1,2,3,4, a uznane przez Zamawiającego za prawidłowe, posiadają identyczne parametry pomiarowe, co czujnik kalibrowany analogowo DS100A. W związku z powyższym logicznym jest wniosek, że czujniki zaoferowane przez Odwołującego

w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania 27 pozycja 1, 2, 3, 4 tożsame są z produktami zaoferowanymi przez firmę Covidien, gdyż urządzenie identyfikuje je jako czujnik DS100A. Czujniki saturacji oferowane w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania 27 pozycja 1-4 nie posiadają jakichkolwiek innych parametrów determinujących sposób pomiaru saturacji u pacjenta, za wyjątkiem wspomnianych w powyższym zestawieniu. Jedyną różnicą jest sposób mocowania, wielkość plastra w czujniku w zależności od wagi pacjenta jakiemu są dedykowane. Czujniki saturacji zaoferowane przez Odwołującego w zadaniu 27 posiadają, podobnie jak czujniki zaoferowane przez Covidien, różne sposoby mocowania i wielkości plastrów w zależności od ich przeznaczenia.

Odwołujący zauważał, że pomimo zaoferowania w zadaniu 27 pozycja 1,2,3,4 czujników saturacji z jednej serii, jednej technologii OXIMAX, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, stwierdził jakoby tylko czujniki z pozycji 3 i 4 nie spełniały wymogów Zamawiającego. Stwierdzenie to całkowicie pozbawione jest sensu, gdyż są to de facto te same czujniki, lecz z różnymi plastrami w zależności od ich przeznaczenia, analogicznie do czujników zaoferowanych przez Covidien w zakresie pakietu 27.

Zgodnie z informacją uzyskaną od personelu medycznego Zamawiającego przeprowadzającego testy czujników złożonych jako próbki w zakresie pakietu 27, wcześniak, u którego dokonywano pomiaru saturacji czujnikiem zaoferowanym przez Odwołującego, urodził się w 26 tygodniu ciąży. U tak małych, skrajnie wrażliwych pacjentów każdy czujnik klejowy powoduje podrażnienia. U tak wymagających pacjentów winny być stosowane czujniki bezklejowe. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego zagrożenia życia podczas pomiaru saturacji czujnikami firmy Metko Ltd, zaoferowanymi w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego, sprawa winna być skierowana do Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych jako Incydent Medyczny.

dowód:

- kserokopia załącznika nr 4 do SIWZ, pakiet 27
- kserokopia odpowiedzi Zamawiającego z dnia 07.05.2012
- kserokopia opakowania czujnika Nellcor OXIMAX MAX-N
- instrukcja obsługi pulsoksymetru Nellcor N600x
- ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 czerwca 2012r., faks z dnia 25 czerwca 2012 r.
- karta katalogowa produktów firmy Metko Ltd., poświadczona przez producenta

W zakresie nierównego traktowania wykonawców Odwołujący podnosił jak poniżej.

Zgodnie dokumentacją przetargową, której kserokopię otrzymał przedstawiciel Odwołującego w dniu 28 czerwca 2012r. Zamawiający na piśmie z dnia 05 czerwca 2012 r. zawarł notatkę o następującej treści „*Na podstawie inf z firmy Covidien oraz opinii użytkownika wnioskuje o odrzucenie oferty Aksis jako niezgodnej z wymogami SIWZ*”. Zdaniem Odwołującego należy zwrócić uwagę, iż udział jednego z oferentów w procesie opiniotwórczym Zamawiającego w trakcie przeprowadzania postępowania przetargowego jest niedopuszczalny, a wręcz ścigany z urzędu przez instytucje do tego wyznaczone. Znamiennym jest fakt, że wzięto pod uwagę subiektywną i mało rzeczową opinię firmy Covidien, zaś nie wezwano do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień firmy Odwołującego. Pomimo, że powyższa opinia firmy Covidien nie ma absolutnie żadnego znaczenia dla przeprowadzonego postępowania jak i niniejszego odwołania Odwołujący ustosunkowywał do części zarzutów przezeń postawionych, a najbardziej absurdalnych.

Zarzut 1

Zaoferowane czujniki w pozycjach: 1-4 produkty FMT (producent: Metko) - nie działają w technologii Nellcor OXIMAX.

Covidien w piśmie z dnia 25 maja 2012 r. informuje jakoby firma Nellcor była jedyną firmą uprawnioną do produkcji czujników w tejże technologii, zaś prawnie uregulowane jest to znakami towarowymi oraz patentami. Stwierdzenie to jest nadzwyczaj odważne, zważywszy na fakt, iż w sztandarowych produktach firmy Nellcor, takich jak pulsoksymetr N395 (technologia bez oximax), N550 i N595 (technologia oximax) zastosowano algorytm firmy Masimo, która to na drodze sądowej rościła sobie zadośćuczynienie za kradzież własności intelektualnych i to zadośćuczynienie otrzymała bagatela w wysokości 265 milionów dolarów. Sąd Apelacyjny wspomniany wyrok podtrzymał. Równocześnie Odwołujący informował, że wiele firm, w tym europejskich, oferuje czujniki w technologii Nellcor - do najbardziej znanych należy np. firma EnviteC z Niemiec, która wspomniane czujniki eksportuje na cały świat bez żadnych komplikacji formalno prawnych. Czujniki oferowane przez firmę EnviteC posiadają wszystkie wymagane prawem dokumenty niezbędne do obrotu na terenie Europy i świata. Co tym samym czyni działalność firmy EnviteC w pełni legalną.

Zarzut 2

Covidien stwierdziła, że czujniki kalibrowane analogowo oferowane przez firmę Metko są mniej dokładne.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie posiadał jakichkolwiek wymagań w

tym zakresie, zaś różnice przedstawione w tolerancji błędu wynoszą tylko $\pm 1\%$. Ze względu na stosunkową prostotę technologii OXIMAX błąd na poziomie 1% i więcej powstać może w przypadku artefaktów takich jak dodatkowe źródło światła, niska perfuzja, ruch pacjenta.

Zarzut 3

Produkty firmy Metko nie działają w technologii OXIMAX.

Ponieważ czujnik został zidentyfikowany przez pulsoksymetr oznacza to, że działa w technologii OXIMAX, która enigmatycznie określa czujniki zawierające w sobie „kość pamięci”, dzięki której trendy pomiarowe pacjenta mogą być przenoszone z jednego pulsoksymetru na drugi - za pośrednictwem czujnika. Jest to niezwykle użyteczna funkcja zwłaszcza w przypadku pacjentów znajdujących się na Oddziale Intensywnej Terapii Medycznej gdzie zapewne często są przenoszeni ze względu na swój krytyczny stan zdrowia. Czujniki zaoferowane przez Odwołującego producenta firmy Metko, działają w technologii OXIMAX i posiadają wspomnianą „kość pamięci”, co zadeklarował i potwierdził podpisem producent w karcie katalogowej załączonej do oferty przetargowej

Reszta zarzutów opierająca się m.in. o stwierdzenia, że:

- Czujnik dokonujący pomiarów u pacjentów od 1 kg do 20 kg jest gorszy od czujnika dokonującego pomiaru u pacjentów od 3kg do 20kg,
- Niezbędne jest posiadanie zgody Covidien dla reszty oferentów do złożenia oferty przetargowej w zależności od tego kto jest producentem i czy sprzęt jest na gwarancji

nie wymagają ustosunkowania się, lecz zapoznania się Covidien z najbardziej fundamentalnymi zapisami ustawy Pzp jak art.29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 7 ust 1.

dowód

- kserokopia pisma Covidien z dnia 25.05.2012
- kserokopia opinii użytkownika z dnia 05.06.2012 wraz z notatką z dnia 14.06.2012

Mając na uwadze przytoczoną argumentację, Odwołujący wnosił jak na wstępie odwołania.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 4 lipca 2012 r.

W dniu 5 lipca 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 6 lipca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Covidien (dalej także jako "Przystępujący"). Przystępujący wskazywał, że posiada interes prawny w przystąpieniu do przedmiotowego postępowania. Złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie pakietu nr 27, o czym został zawiadomiony przez Zamawiającego pismem z dnia 22 czerwca 2012 r. Uwzględnienie odwołania Odwołującego zgodnie ze zgłoszonymi przez niego wnioskami mogłoby zatem pozbawić Covidien możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zawarcie której Covidien może słusznie liczyć zgodnie z przepisami obowiązującymi w ramach zamówień publicznych. Tym samym Przystępujący doznałaby uszczerbku interesu prawnego o charakterze majątkowym przez pozbawienie go korzyści wynikającej z podstawy prawnej (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgłaszając przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku złożenia odwołania wykonawca Covidien wnosił o:

- 1) nieuwzględnianie zarzutów Odwołującego dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzpi w konsekwencji oddalenie odwołania w całości;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do zgłoszenia przystąpienia na okoliczność stwierdzenia, że asortyment oferowany przez Odwołującego w zakresie pakietu nr 27 nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ, zaś produkty zaoferowane przez Covidien w tym pakiecie odpowiadają wymogom SIWZ, a tym samym, że istnieją podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty Covidien oraz na okoliczność stwierdzenia, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
- 3) obciążenie Odwołującego kosztami postępowania według norm przepisanych.

Przystępujący przeczył w całości twierdzeniom zawartym w odwołaniu i podnosił, że zarówno zarzuty sformułowane przez Odwołującego jak i jego wnioski są całkowicie niezasadne oraz, wbrew obowiązującej na gruncie zamówień publicznych regule rozkładu ciężaru dowodu, nie zostały udowodnione.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu, Covidien Przystępujący zwracał uwagę, iż działania Zamawiającego w najmniejszym stopniu nie doprowadziły do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu w zakresie pakietu 27 poz. 1-4 Zamawiający wymagał czujników działających w technologii Nellcor Oxi-Max. Tymczasem produkty zaoferowane przez Odwołującego, wbrew jego oświadczeniom, tego podstawowego kryterium nie spełniają. Bez znaczenia są przy tym wywody Odwołującego, że Zamawiający nie wymagał żadnych szczególnych cech czujników, poza wymogiem działania w technologii Nellcor Oxi-Max, skoro ta cecha ogólna, jak wykazane zostanie poniżej, determinuje istnienie wielu cech szczególnych. Zatem asortyment Odwołującego, nie spełniając kryterium zasadniczego, nie może też posiadać cech szczególnych, o czym niżej.

Jednoznacznie o powyższym przesądza przede wszystkim informacja umieszczona na oryginalnym opakowaniu czujników oferowanych przez Odwołującego. Wskazuje ona, iż czujnik działa w technologii R-cal (wcześniejsza, poprzedzająca Nellcor Oxi-Max generacja technologii). Sformułowanie „*Use only with Nellcor oximeters - RCal technology*” oznacza zgodność jedynie z produktami w technologii R-Cal, która nie jest oferowana na rynku od 2006 roku.

Dowód:

- próbki złożone przez Odwołującego;
- zdjęcie oryginalnego opakowania czujnika oferowanego przez Odwołującego.

Zdaniem Przystępującego należy podkreślić, że jedną z zasadniczych cech technologii Nellcor Oxi-Max jest kalibracja cyfrowa. Świadczy o tym oryginalny katalog producenta - dokument „*Nellcor Oxi-Max. Przewodnik po czujnikach*”, gdzie na str. 10 stwierdzono: „*Oximax: różnica w pamięci cyfrowej II Każdy czujnik Oximax posiada wbudowany unikatowy moduł pamięci cyfrowej.*” Tymczasem proste i nie wymagające wiedzy specjalistycznej badanie przeprowadzone z udziałem próbek oferowanych produktów złożonych przez Odwołującego - podłączenie oferowanego czujnika do pulsoksymetru Nellcor N600X zaowocowało pojawieniem się nieprawidłowego i wprowadzającego w błąd komunikatu, że podłączono czujnik DS100A (czyli czujnik wielorazowy dla dorosłych). Właściwa identyfikacja czujników jest zaś jedną z wielu cech technologii Nellcor OxiMax. Dlatego, gdyby twierdzenia Odwołującego o spełnianiu przez jej wyroby wymogów SIWZ, po podłączeniu czujnika zaoferowanego przez Odwołującego, na ekranie pulsoksymetru powinna znaleźć się informacja identyfikująca czujnik jako noworodkowy lub pediatryczny (w zależności od numeru

referencyjnego), a nie czujnik DS100A, wielorazowy dla dorosłych, co miało miejsce w przypadku czujnika Odwołującego. Zresztą Odwołujący sama potwierdził brak posiadania technologii OxiMax (odwołanie, strona 4), pisząc iż czujnik DS100A jest czujnikiem kalibrowanym wyłącznie analogowo, a nie cyfrowo. Dlatego też podłączenie do pulsoksymetru próbek oferowanych przez Odwołującego produktów wywołało wskazany powyżej komunikat na ekranie, a nie komunikat prawidłowy, potwierdzając tym samym jednoznacznie posiadanie przez czujniki jedynie kalibracji analogowej, a nie cyfrowej. Niezwykle przy tym istotne jest, iż błędna identyfikacja czujnika po jego podłączeniu, co - jak wskazano powyżej - miało miejsce z czujnikiem Odwołującego, niesie za sobą znaczne ryzyko związane z wyborem złej krzywej kalibracji przez urządzenie, a co za tym idzie - niedokładnych i niewiarygodnych pomiarów, powodując realne zagrożenie dla pacjenta i wprowadzając w błąd personel medyczny. Informacje zawarte w odwołaniu jakoby czujnik wielorazowy (DS100A) miał taką samą charakterystykę, jak pozostałe czujniki jest absolutnie błędną interpretacją. Przywoływane przez Odwołującego „charakterystyki czujników” stanowią jedynie potwierdzenie norm dotyczących współpracy z urządzeniami elektrycznymi oraz norm środowiskowych z punktu widzenia fal radiowych oraz elektromagnetycznych. Kluczem w określeniu prawidłowych wartości u pacjentów w przypadku nieinwazyjnego monitorowania pulsoksymetrii jest wybór właściwej krzywej kalibracji przez urządzenie.

Dowód:

- próbki złożone przez Odwołującego;
- „*Nellcor Oxi-Max. Przewodnik po czujnikach*”.

Przystępujący podkreślał, że technologia Nellcor OxiMax, zgodnie z treścią oryginalnego katalogu producenta - dokument „*Nellcor Oxi-Max. Przewodnik po czujnikach*” (str. 10), posiada także inne szczególne i właściwe wyłącznie jej cechy:

Po połączeniu czujnika z monitorem Oximax daje to możliwość efektywniejszego monitorowania pacjenta w najtrudniejszych warunkach:

- *LoSat^m: wiodąca w branży dokładność. Rozszerzony zakres najwyższej dokładności ułatwia skuteczniejsze prowadzenie pacjentów w najniższych zakresach saturacji tlenowej, np. niemowląt z wrodzonymi wadami serca.*
- *Komunikaty czujnika dostarczają wskazówek ułatwiających optymalne jego zamocowanie.*
- *Raporty zdarzeń czujnika umożliwiają przekazywanie historii zdarzeń zapisanej w czujniku wraz z pacjentem transportowanym pomiędzy różnymi działami szpitala lub placówkami.*

Co do pierwszej ze skazanych powyżej cech - brak jest potwierdzenia, żeby oferowane przez Odwołującego czujniki posiadały tę właściwość. W odniesieniu zaś do funkcji 2 i 3 stwierdzić trzeba jednoznacznie, że czujniki Odwołującego tych funkcji nie posiadają.

Dowód:

- próbki złożone przez Odwołującą się;
- „Nellcor Oxi-Max. Przewodnik po czujnikach”.

Zważywszy na powyższe Przystępujący stwierdzał, że oferowane przez Odwołującego czujniki nie działają w technologii Nellcor OxiMax, nie posiadając tym samym szeregu szczegółowych właściwości, których oczekiwał Zamawiający, formułując jedno z nadrzędnych kryteriów SIWZ - działania czujników w tejże technologii. Odwołujący zaś nie może z tego czynić zarzutu, skoro nie skarżąc postanowień SIWZ w tym zakresie, zdecydował się na start w przetargu z asortymentem niespełniającym oczekiwań Zamawiającego.

Zdaniem Przystępującego podkreślenia wymaga także, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał rzetelnej oceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert przetargowych, odrzucając oferty, które nie spełniały wymogów SIWZ. Oferta Odwołującego w zakresie pakietu nr 27 została na tej podstawie słusznie odrzucona, jako niezgodna z zapisami SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Należy przy tym podkreślić, że Zamawiający w trakcie badania ofert pod względem ich zgodności z przedmiotem zamówienia i innymi istotnymi zapisami SIWZ, wykazał się wyjątkową dbałością o uczciwą konkurencję oraz zgodność z obowiązującymi przepisami. Zamawiający przeprowadził więc postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą Pzp, wybierając ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp).

Ponadto Covidien podnosił, iż skarżone w odwołaniu działania Zamawiającego nie naruszają wskazanych w odwołaniu przepisów również w świetle aktualnego orzecnictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

- *Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada*

opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1567/09, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2010/1 poz. 5);

- Nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku, (dostarczania wyrobów medycznych) muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeżeli nie dysponują produktem o wymaganych właściwościach. Nie można przygotować opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby stanowił on barierę dostępu do postępowania, ale wyłącznie dla wykonawców, którzy są zdolni wykonać zamówienie, w sposób wynikający z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Nie jest bowiem dopuszczalne, aby wykonawca wykorzystując procedurę korzystania ze środków ochrony prawnej, dążył do ukształtowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób dogodny wyłącznie dla siebie, to jest mając na uwadze parametry techniczne i użytkowe, produkowanego bądź dystrybuowanego przez siebie sprzętu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 391/09, LexPolonica nr 2232661);*
- Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień SIWI jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 lutego 2009 r. KIO/UZP 133/09).*

Tym samym zarzuty, twierdzenia oraz wnioski Odwołującego w żaden sposób nie znajdują uzasadnienia merytorycznego. Mając powyższe na względzie odwołanie Odwołującego uznać należy za pozostające w sprzeczności z przepisami powszechnie obowiązującymi, w tym ustawy Pzp i całkowicie bezzasadne.

Mając na uwadze przytoczoną argumentację, wnosił i wywodził jak w petitum przystąpienia.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w zakresie pakietu 27 w załączniku nr 4 do SIWZ postawił następujące wymagania:

pozycja 1: czujnik jednorazowego użytku na palec działający w technologii Nellcor Oxi-Max z taśmą mocującą dla dorosłych (masa ciała powyżej 30 kg)

pozycja 2: czujnik jednorazowego użytku na palec działający w technologii Nellcor Oxi-Max z taśmą mocującą dla dzieci (masa ciała powyżej 10-50 kg)

pozycja 3: czujnik jednorazowego użytku na palec działający w technologii Nellcor Oxi-Max z taśmą mocującą dla niemowląt (masa ciała powyżej 3-20 kg)

pozycja 4: czujnik jednorazowego użytku na palec działający w technologii Nellcor Oxi-Max z taśmą mocującą dla noworodków (masa ciała poniżej 3 kg).

Należało podać nazwę wyrobu ze wskazaniem nazwy własnej, jeżeli występuje. Zamawiający wymagał także podania m.in. producenta i nr katalogowego.

W zakresie wymaganych parametrów Zamawiający podał:

- 1) czujniki jednorazowe, pakowane indywidualnie, sterylne,
- 2) działające w technologii Nellcor Oxi-Max,
- 3) wymagano dostarczenia próbek po 3 sztuki do każdej pozycji,
- 4) należało dołączyć instrukcję używania.

Zamawiający w rubryce "opis kryterium" wymagał dokonania szczegółowego opisu i zaznaczenia nr strony w ofercie z kartą katalogową, folderem potwierdzającym opis.

Zgodnie z SIWZ (rozdział VI pkt 3) Zamawiający oczekiwał w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ dołączenia do oferty:

- 1) oświadczenia, że oferowany asortyment posiada dokumenty wymagane przez polskie prawo, na podstawie których może być wprowadzony do obrotu i stosowania w placówkach ochrony zdrowia w RP - treść oświadczenia znajduje się w druku oferty, który stanowi załącznik nr 1 do SIWZ;
- 2) katalogu (prospektu), w którym został zaznaczony oferowany asortyment (pozycja z kodem);
- 3) instrukcji używania m.in. dla pakietu nr 27;
- 4) próbek oferowanego towaru będącego przedmiotem zamówienia, przy czym sposób przygotowania i złożenia próbek został opisany w SIWZ w rozdziale X.12 (dotyczyło pakietu nr 27).

W wyjaśnieniach z 7 maja 2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 46 dotyczące pakietu 27:

"Czy Zamawiający wymaga, aby zaoferowane w pozycji 1-4 czujniki były:

- kalibrowane cyfrowo i analogowo?

- nie zawierały lateksu?

- działały w technologii Nellcor OxiMax bez stosowania dodatkowych kabli (tzw. przejściówek), adapterów?"

udzielono odpowiedzi: "Zgodnie z SIWZ".

Odwołujący zaoferował czujniki producenta Metko z oznaczeniem nr katalogowego DAF/NLC (pozycja 1), DPF/NLC (pozycja 2), DIF/NLC (pozycja 3), DNF/NLC (pozycja 4) o łącznej cenie brutto 78 948 zł. W ofercie zadeklarował, iż są to czujniki jednorazowe, pakowane indywidualnie, sterylne, działające w technologii Nellcor Oxi-Max. Załączył instrukcję obsługi oraz próbki, jak również dokument potwierdzony przez producenta, który zawierał informacje o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, w tym potwierdzenie, iż czujniki z ww oznaczeniami katalogowymi są czujnikami działającymi w technologii Nellcor Oxi-Max.

W dniu 28 maja 2012 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo wykonawcy Covidien z 25 maja 2012 r., w którym wykonawca ten wskazywał na niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami SIWZ. Do pisma załączone było zdjęcia próbek złożonych przez Odwołującego, ulotka producenta Metko, uzasadnienie wyboru wykonawców do postępowania SPSK w Katowicach.

Pismem z 22 czerwca 2012 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym podał:

"Czujniki jednorazowe zaoferowane przez Wykonawcę dla poz. 3 i 4 pakietu 27 nie spełniają wymogów określonych w specyfikacji. Zamawiający wymagał zaoferowania czujników w technologii Nellcor Oxi-Max, czyli cyfrowo-analogowo. Wykonawca zaoferował w swojej ofercie czujniki analogowe. Po podłączeniu do pulsometru pojawia się komunikat, że jest to czujnik DS 100A, który jest klipsem dla dorosłych powyżej 40 kg, a nie czujnikiem dla noworodków. Zastosowanie takiego czujnika u noworodków stanowi zagrożenie życia noworodka. Ponadto czujnik powoduje krwawe otarcia naskórka u pacjentów. W związku z powyższym czujniki nie spełniają wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia".

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Odwołujący spełnia także przesłanki warunkujące wniesienie odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył najtańszą ofertę w postępowaniu w zakresie pakietu 27 (jedynym kryterium - cena), która została odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ. Tym samym potwierdził się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu możliwość uzyskania zamówienia, której na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Covidien z uwagi na spełnienie przez niego warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust.2 i 3 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, wyjaśnienia do SIWZ, ofertę Odwołującego, pismo Covidien z 25 maja 2012 r. dotyczące niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami SIWZ, informację o wyniku postępowania z 22 czerwca 2012 r. (przekazana 25 czerwca 2012 r.), odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, deklarację kompatybilności sygnowaną przez Metko Ltd. z 1 lutego 2012 r. przedłożoną przez Odwołującego. Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego o przeprowadzenie próby zastosowania próbki czujnika złożonego przez Odwołującego na pulsoksymetrze w celu wykazania, iż pulsoksymetr nie rozpoznaje w sposób właściwy czujnika, tj. w miejsce jednorazowego czujnika dla noworodków rozpoznaje czujnik wielorazowego użytku dla dorosłych DS100A (czujnik analogowy), gdyż okoliczność ta nie była przez Odwołującego kwestionowana, a zatem prowadzenie dowodu na okoliczność przyznaną przez Odwołującego jest bezprzedmiotowe. Izba nie uwzględniła także wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z próbki czujnika Covidien w celu weryfikacji, czy istotnie zastosowanie tego czujnika skutkuje automatycznym wyborem właściwej krzywej kalibracji, uznając, iż Odwołujący nie wykazał, aby weryfikacja tej okoliczności w drodze demonstracji działania pulsoksymetru po zastosowaniu czujnika, którego zgodność z technologią Nellcor Oxi-Max jest niewątpliwa, była w ogóle możliwa. Przystępujący wskazywał bowiem, że jest to cecha samego czujnika, która nie znajduje odzwierciedlenia w widocznym sposobie na pulsoksymetrze, lecz w wyniku pomiaru.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wprawdzie Odwołujący w treści odwołania nie postawił jednoznacznego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ograniczając się jedynie do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust.3 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jednak charakter kwestionowanej czynności – odrzucenia oferty Odwołującego – oraz żądanie unieważnienia

czynności odrzucenia oferty Odwołującego - jednoznacznie wskazują na merytoryczny zakres zarzutu odnoszący się do tego przepisu, który został przez Zamawiającego zastosowany.

Izba stwierdziła, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) jest zasadna. Odwołujący nie zdołał bowiem dowieść, iż zaoferowane przez niego w pakiecie 27 czujniki saturacji są zgodne z wymaganiami SIWZ, tj. są to czujniki działające w technologii Nellcor Oxi-Max. Zamawiający w zakresie pakietu nr 27 wymagał w sposób jednoznaczny, aby oferowane czujniki działały w technologii Nellcor Oxi-Max. Powyższa cecha miała być potwierdzona kartą katalogową, folderem (należało zaznaczyć nr strony potwierdzający deklarowany parametr) oraz złożonymi próbkami. Odwołujący istotnie załączył do oferty dokument określany przez niego jako karta katalogowa opatrzony podpisem producenta, w którym stwierdzono m.in. *„Technologia OXIMAX (...) W pełni kompatybilny”*. Równocześnie jednak załączone do oferty próbki na opakowaniach zawierały jednoznaczną informację w języku angielskim, iż działają one w technologii RCal (*„Use Only with Nellcor oximeters – RCal Technology” – „Używać wyłącznie z oksymetrami Nellcor – technologia RCal*). W ocenie Izby informacja ta zamieszczona na oryginalnym opakowaniu i będąca informacją pochodzącą od producenta jednoznacznie wskazuje na rodzaj technologii, w jakiej działają zaoferowane czujniki oznaczone jako: DAF/NLC (dorośli powyżej 30 kg), DPF/NLC (dzieci 10-50 kg), DIF/NLC (noworodki 1-20 kg), DNF/NLC (noworodki do 3 kg). Informacji producenta nie zmienia okoliczność, że na opakowaniach umieszczono naklejkę, na której wskazano m.in.: *„Nellcor Czujnik saturacji jednorazowego użytku technologia OxiMax”*. Jak bowiem zostało ustalone nie pochodzi ona od producenta, lecz wykonawcy i została tam umieszczona, jak wyjaśniał, dla lepszego oznaczenia próbek. Natomiast co do karty katalogowej załączonej do oferty (str. 28), gdzie znalazło się określenie *„Technologia OXIMAX”*, Odwołujący potwierdził, iż nie jest to karta katalogowa udostępniana na stronie internetowej producenta, lecz była przygotowywana w związku ze specyficznymi wymaganiami Zamawiającego, które nie znajdowały tam potwierdzenia. Odwołujący nie dysponował jednak oryginałem tego dokumentu. Należy zauważyć, iż karta ta pozostaje w sprzeczności z kartą katalogową pobraną przez Przystępującego ze strony internetowej producenta, gdyż w karcie tej pod wskazanymi oznaczeniami katalogowymi znajduje się produkt, dla którego producent nie deklaruje technologii Nellcor Oxi-Max. Pojawia się tam wyłącznie wskazanie „NELLCOR”, w przeciwieństwie np. do produktu oznaczonego DAF/NLO, DPF/NLO, DIF/NLO, DNF/NLO, gdzie wskazuje się „NELLCOR (OXYMAX)”. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Odwołującego, iż nastąpiła zmiana oznaczeń katalogowych i obecnie produkty kompatybilne z technologią Oxi-Max posiadają oznaczenie NLC. Odwołujący nie przedstawił w tym

zakresie żadnego dowodu. Zdaniem Izby słuszne są wątpliwości Przystępującego, iż gdyby taka zmiana oznaczeń katalogowych miała miejsce, to skoro pozostawia się w ofercie tylko produkty nowszej technologii, nieracjonalną byłaby zmiana oznaczeń katalogowych na te w starszej technologii. Ponadto, jak zostało to podniesione przez Przystępującego, obecnie na stronie internetowej producenta publikowany jest katalog z 10 kwietnia 2012 r., w którym nadal powyższe rozróżnienie występuje. Tym samym w ocenie Izby, wobec szeregu powyższych wątpliwości oraz wobec braku stosownego dowodu, który potwierdzałby stanowisko Odwołującego, nie sposób uznać zasadność argumentacji Odwołującego, w tym tej, że określenie technologii RCal wskazuje tylko na analogowy charakter czujnika, który działa jednak w technologii Oxi-Max. Jak wskazywał Przystępujący, a Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, technologia RCal jest technologią poprzedzającą technologię Nellcor Oxi-Max. W ocenie Izby skoro producent wskazuje rodzaj technologii na produkcie, nie sposób uznać, aby dla produktu w technologii Nellcor Oxi-Max podawał technologię RCal. Co do dokumentu producenta datowanego na 1 lutego 2012 r. odnośnie kompatybilności określonych wymienionych tam czujników z marką Nellcor Oxi-Max należy podnieść, iż odnosi się on właśnie do produktów zawierających oznaczenie NLO, a nie NLC jak zaoferowano, co pozostawałoby zbieżne z kartą katalogową producenta powoływaną w piśmie Przystępującego. Tym samym w ocenie Izby przedłożone próbki jednoznacznie wskazują, iż deklaracja Odwołującego, iż czujniki działają w technologii Nellcor Oxi-Max nie znajduje oparcia w charakterystyce oferowanego produktu, pomimo iż przedłożona w ofercie karta katalogowa zawierała taką informację.

Zdaniem Izby także fakt nierozpoznania podłączonego czujnika przez pulsoksymetr jednoznacznie świadczy o tym, iż czujnik nie działa w technologii Nellcor Oxi-Max. Nie można bowiem zgodzić się z Odwołującym, iż jakiegokolwiek, także błędne rozpoznanie czujnika, potwierdza, iż działa on w technologii Nellcor Oxi-Max, gdyż w przeciwnym razie w ogóle nie byłby rozpoznany. W ocenie Izby z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego nie ma znaczenia fakt rozpoznania czujnika w ogóle, lecz rozpoznanie prawidłowe. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby błędne rozpoznanie czujnika (tak jak w przedmiotowej sprawie rozpoznanie czujnika wielorazowego dla dorosłych zamiast jednorazowego czujnika dla dzieci) pozostawało obojętne dla rzetelności pomiaru. Izba uwzględniła wyjaśnienia Przystępującego, iż przywoływane przez Odwołującego charakterystyki czujników stanowią jedynie potwierdzenie norm dotyczących współpracy z urządzeniami elektrycznymi oraz norm środowiskowych z punktu widzenia fal radiowych oraz elektromagnetycznych, co zdaniem Izby nie przekłada się na ich tożsamość w zakresie parametrów pomiarowych. Odwołujący zdawał się dowodzić, iż w istocie nie zachodzi różnica pomiędzy możliwościami pomiarowymi czujników analogowych i analogowo-cyfrowych (takie zaoferował w

postępowaniu Przystępujący) („Z powyższego jasno wynika, że czujniki serii OXIMAX zaoferowane przez firmę Covidien w pakiecie 27 pozycja 1,2,3,4, a uznane przez Zamawiającego za prawidłowe, posiadają identyczne parametry pomiarowe, co czujnik kalibrowany analogowo DS100A”), a zatem, jak stwierdzał „logicznym jest wniosek, że czujniki zaoferowane przez Aksis w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania 27 pozycja 1,2,3,4 tożsame są z produktami zaoferowanymi przez firmę Covidien, gdyż urządzenie identyfikuje je jako czujnik DS100A”. W ocenie Izby takiego logicznego wniosku nie sposób wyprowadzić, gdyż Odwołujący pomija istotny fakt, że czujnik DS100A jest czujnikiem dla dorosłych, podczas gdy Zamawiający oczekiwał także czujników pediatrycznych. Izba podkreśla, iż Odwołujący nie wykazał, aby fakt identyfikacji czujnika jako czujnika wielorazowego dla dorosłych pozostawał bez jakiegokolwiek wpływu na sposób dokonania pomiaru. Jego twierdzenia w tym zakresie, iż i tak wszelkich ustawień istotnych dla pomiaru należy w każdym przypadku dokonywać ręcznie, pozostały gołosłowne.

Izba wskazuje także, iż powoływany przez Odwołującego wyrok z 13 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 396/10 nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. Rozstrzygnięcia Izby są wiążące jedynie w danym postępowaniu odwoławczym. Ponadto dotyczy on odmiennego stanu faktycznego, tj. odmiennie sformułowanego wymagania Zamawiającego. W postępowaniu, do którego ten wyrok się odnosi, Zamawiający wymagał czujników kompatybilnych z monitorem Nellcor (N-595) i technologią Oxi-Max. Rozstrzygnięcie Izby zasadało się zatem na interpretacji sformułowania „kompatybilny”, uznając, iż nie jest wymagana kompatybilność na wszystkich płaszczyznach, o ile zapewniona jest współpraca bez zakłóceń. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał czujników kompatybilnych z technologią OxiMax, lecz działających w tej technologii. Powyższe zdaniem Izby oznacza, iż czujnik taki winien zachowywać cechy, które tej technologii są przypisywane. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż w odpowiedzi na pytanie 46 Zamawiający potwierdził, iż nie ma żadnych wymagań co do granicznych parametrów czujników. Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 46

"Czy Zamawiający wymaga, aby zaoferowane w pozycji 1-4 czujniki były:

- *kalibrowane cyfrowo i analogowo?*
- *nie zawierały lateksu?*
- *działały w technologii Nellcor OxiMax bez stosowania dodatkowych kabli (tzw. przejściówek), adapterów?"*

brzmiała "Zgodnie z SIWZ", co nie jest tożsame z brakiem wymagań. Zamawiający podtrzymał bowiem zapis SIWZ, gdzie m.in. żądał czujników działających w technologii Nellcor Oxi-Max, co oznacza, iż posiadających cechy właściwe dla tej technologii. Zamawiający nie zróżnicował też swoich wymagań w zależności od stosowanego

pulsoksymetru. Jeżeli powyższa odpowiedź nie była dla wykonawcy jasna lub też postawione wymogi ograniczały jego możliwości sprostania zamówieniu, dysponował możliwością ich zaskarżenia w drodze środków ochrony prawnej, z których nie skorzystał. Powyższe oznacza zatem, iż literalnie Zamawiający oczekiwał nie produktów kompatybilnych z technologią Nellcor Oxi-Max, lecz działających w tej technologii, tj. posiadających charakterystyczne jej cechy, a do takich niewątpliwie należy kalibracja analogowo-cyfrowa, której produkt Odwołującego nie posiada (taki był zarzut Zamawiającego w piśmie z 22 czerwca 2012 r.). Natomiast atraumatyczność czujnika w ocenie Izby nie może być uznana za cechę charakterystyczną technologii Nellcor Oxi-Max i w tym zakresie należy przyznać rację Odwołującemu, iż Zamawiający nie wyspecyfikował swoich oczekiwań.

W ocenie Izby nie potwierdził się też zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie Odwołującego i Przystępującego. Wykonawcy zaoferowali odmienny asortyment, przy czym oferta Przystępującego co do jej zgodności z wymaganiami SIWZ nie budzi wątpliwości. Natomiast w stosunku do oferty Odwołującego potwierdzone zostało, iż jest ona sprzeczna z treścią SIWZ i jako taka podlegała odrzuceniu. Co do zarzucanego wpływu Przystępującego na decyzję Zamawiającego należy stwierdzić, iż z samego sformułowania pisma z dnia 5 czerwca 2012 r., na które powołuje się Odwołujący nie sposób uznać, aby wykonawca ten wpłynął na decyzję Zamawiającego. Jak bowiem wynika z informacji o wyniku postępowania podstawowe znaczenie przy odrzuceniu oferty miały wyniki testowania próbek i uzyskane tam rezultaty. Ponadto Zamawiający może w procesie weryfikacji prawidłowości oferty wziąć pod uwagę informacje uzyskane od innych wykonawców, o ile zostaną one przez niego rzetelnie zweryfikowane, co w niniejszej sprawie miało miejsce.

W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu przejazdu na posiedzenie i rozprawę przed KIO w kwocie 660,28 zł zgodnie z zestawieniem kosztów wyliczonym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu

dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów nie będących własnością pracodawcy (Dz.U. Nr 27, poz. 271, z późn. zm.) i zatwierdzonym przez dyrektora naczelnego i głównego księgowego Zamawiającego złożonym do akt sprawy.

Przewodniczący: