

**WYROK**

**z dnia 13 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - Żuraw**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 maja 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2011 r. przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9**, od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny, 82 – 550 Prabuty, ul. Kuracyjna 30**

przy udziale wykonawcy **TMS Sp. z o.o., 02 – 952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu**
- 2. kosztami postępowania obciąża Szpital Specjalistyczny, 82 – 550 Prabuty, ul. Kuracyjna 30**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez GE Medical**

**Systems Polska Sp. z o.o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9**, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Szpital Specjalistyczny, 82 – 550 Prabuty, ul. Kuracyjna 30**, na rzecz **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9**, kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny, ul. Kuracyjna 30, 82-550 Prabuty, 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”), którego przedmiotem jest: „Dostawa i zainstalowanie tomografu komputerowego oraz systemu do ucyfrowienia rentgenodiagnostyki”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę wyższą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2011/S 17-026626 z dnia 26 stycznia 2011 r.

W dniu 20 kwietnia 2011 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach badania i oceny ofert w zakresie zadania 1 i 2 (zamówienie było podzielone na części), przy czym w zakresie zadania 1 za najkorzystniejszą uznał ofertę TMS sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa (dalej „TMS”).

W dniu 29 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie GE Medical Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02 – 583 Warszawa, w którym odwołujący zarzucał:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty TMS ze względu na zaferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), tj. Pkt 78 - Oprogramowanie dedykowane do analizy POCH, Pkt 79 - Automatyczne obliczanie rozedmy w poszczególnych płatach płuc, Pkt 80 - automatyczna analiza drzewa oskrzelowego z automatycznym pomiarem światła i grubości ścian poszczególnych gałęzi, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- 2) zaniechanie wezwania TMS do uzupełnienia dokumentów w zakresie oryginalnych (w języku angielskim) danych produktowych konsoli diagnostycznej Vitrea Images INC, co narusza art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 5.3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. 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) (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”);

- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenie oferty TMS ze względu na jej niezgodność SIWZ,
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Kopia odwołania została przesłana zamawiającemu faxem w dniu 29 kwietnia 2011 r.

Odwołujący argumentował, iż posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia poniósł szkodę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie wybrałby jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, lecz wybrałby ofertę odwołującego jako wykonawcy, który złożył prawidłową ofertę. Zatem gdyby zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami ustawy Pzp, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach. Powyższe dowodzi istnienia interesu odwołującego i - w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - legitymuje do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazywał:

1. w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty TMS ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ tj. Pkt 78 - Oprogramowanie dedykowane do analizy POCH, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zdaniem odwołującego, wykonawca TMS w złożonej ofercie tj. Tłumaczenie danych produktowych (str. 25 - 28), jak i w wyjaśnieniu nie wykazał spełnienia parametru granicznego;
2. w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty TMS ze względu na zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, tj. Pkt 79 - Automatyczne obliczanie rozedmy w poszczególnych płatach płuc, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zdaniem odwołującego, wykonawca TMS w złożonej ofercie tj. Tłumaczenie danych produktowych (str. 25 - 28), jak i w wyjaśnieniu nie wykazał spełnienia parametru;
3. w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty TMS ze względu na zaoferowanie

przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, tj. Pkt 80 - automatyczna analiza drzewa oskrzelowego z automatycznym pomiarem światła i grubości ścian poszczególnych gałęzi, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zdaniem odwołującego, wykonawca TMS w złożonej ofercie tj. Tłumaczenie danych produktowych (str. 25 - 28), jak i wyjaśnieniu nie wykazał spełnienia parametru;

4. w odniesieniu zaniechania wezwania wykonawcy TMS do uzupełnienia dokumentów w zakresie oryginalnych (w języku angielskim) danych produktowych konsoli diagnostycznej Vitrea Images INC, co narusza art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 5.3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zamawiający w SIWZ w rozdziale II pkt 9 wymagał, aby: *„Wszystkie dokumenty, certyfikaty i oświadczenia w językach obcych należy dostarczyć przetłumaczone na język polski poświadczone przez Wykonawcę”*. Dodatkowo odwołujący podnosił, iż z uwagi na fakt, że tłumaczony dokument zawiera błędy, zamawiający powinien wezwać wykonawcę TMS do przedstawienia oryginału (w języku angielskim) danych produktowych w wymienionym zakresie, z uwagi na fakt, iż przedstawione tłumaczenie budzi wątpliwości autentyczności dokumentu.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 2 maja 2011 r. zamawiający wezwał w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 5 maja do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy TMS, w którym popierał stanowisko zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu przetargu. Wskazywał, iż wbrew twierdzeniom odwołującego treść oferty złożonej przez TMS, a także forma przedłożonych oświadczeń i dokumentów jest zgodna z treścią SIWZ oraz obowiązującymi przepisami prawa. Odnosząc się do zarzutów odwołującego, wskazywał, iż są one bezzasadne. Zdaniem przystępującego zaoferowane przez niego w niniejszym postępowaniu oprogramowanie konsoli lekarskiej spełnia wszystkie wymogi zamawiającego opisane w SIWZ, zwłaszcza w pkt 78, 79 i 80 załącznika nr 1a do SIWZ. Fakt ten, zdaniem TMS, został przezeń potwierdzony trzykrotnie, tj.:

- 1) w treści złożonej oferty – poprzez potwierdzenie zaoferowania parametru, wpisanie słowa „TAK” w kolumnie wartość oferowana w pkt l. 78, 79, 80 (strona 11 złożonej oferty),
- 2) w treści złożonej oferty – w opisie konsoli lekarskiej (strona 28 złożonej oferty),
- 3) w treści wyjaśnień złożonych pismem z dnia 4 kwietnia 2011 r., nr pisma

Lw/ENS/2011/414, pkt 2, w którym TMS m.in. potwierdził, że „funkcjonalności te zostały zaoferowane przez naszą firmę TMS w ramach oprogramowania konsoli lekarskiej, zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ, zwłaszcza w Załączniku nr 1a pkt I „OPROGRAMOWANIE ZAINSTALOWANE NA KONSOLI LEKARSKIEJ”.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania TMS do uzupełnienia dokumentów w zakresie oryginalnych (w języku angielskim) danych produktowych konsoli diagnostycznej Vitrea Images INC podnosił, iż jest to zarzut bezzasadny. Wskazywał, iż zamawiający korzysta z prawa do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w sytuacji, gdy jej treść budzi wątpliwości co do zgodności z treścią SIWZ. Zamawiający skorzystał z tej możliwości wobec oferty wykonawcy firmy TMS (oraz pozostałych uczestników niniejszego postępowania) dwukrotnie, jednak w żadnym z pism wzywających do złożenia wyjaśnień zamawiający nie zażądał od przystępującego dodatkowych dokumentów potwierdzających funkcjonalności zaoferowanej konsoli diagnostycznej. Zamawiający nie miał podstaw do wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, gdyż przedstawiona wraz z ofertą dokumentacja wyczerpywała żądania wskazane w treści SIWZ, zwłaszcza w treści załącznika nr 1a: *„Zaoferowane powyżej parametry wymagane muszą być potwierdzone w materiałach informacyjnych (...)”* i jest zgodna z wymogiem zawartym w tym załączniku oraz przepisami ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie dokumentów. Wskazywał, iż wymóg, na który powołuje się odwołujący w odniesieniu do brzmienia rozdziału II pkt 9 SIWZ dotyczy dokumentów, certyfikatów, oświadczeń w językach obcych. Przystępujący TMS podkreślał, że dołączony do oferty opis konsoli diagnostycznej został sporządzony w języku polskim i nie jest tłumaczeniem oryginału danych produktowych z języka angielskiego, a jego forma jest zgodna z treścią SIWZ i rozporządzenia w sprawie dokumentów. Wskazywał także na okoliczność, iż przywołany w odwołaniu § 5.3 rozporządzenia w sprawie dokumentów odnosi się do certyfikatów i systemów zarządzania jakością. Tym samym pozostaje bez związku z przedmiotowym dokumentem. W opinii TMS, z uwagi na powyższe, nie można mówić o zaniechaniu przez zamawiającego wezwania TMS do uzupełnienia dokumentów na zasadach wskazanych w odwołaniu, ponieważ zamawiający nie miał podstaw faktycznych ani prawnych, aby takiej czynności dokonać. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, przystępujący TMS wskazywał, iż wszystkie zarzuty odwołującego są bezzasadne, zamawiający podejmując działania w zakresie uprawnień przewidzianych przepisami, prawidłowo wybrał ofertę TMS. Tym samym wynik przeprowadzonego postępowania jest prawidłowy i nie może zostać zmieniony na podstawie subiektywnej oceny odwołującego.

Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

Zamawiający w dniu 10 maja 2011 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo (faxem) – wniosek zamawiającego (oryginał wpłynął 11 maja 2011 r.), w którym zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający argumentował, iż w SIWZ w rozdziale XI pkt 4 wskazał, iż korespondencja (niezależnie od jej rodzaju i sposobu doręczenia) powinna być doręczana w dni robocze od poniedziałku do piątku od godziny 7.00 do 14.30. Odwołanie zostało przesłane zamawiającemu faxem, którego odbiór rozpoczął się w dniu 29 kwietnia 2011 r. o godz. 14.35, a zakończył po upływie 4 min. 45 sek. Wprawdzie w rejestrze połączeń doręczonych faksów pod poz. 13 figuruje godzina 13.35, to różnica 1 godziny wynika z nieprzestawienia zegara na czas letni. Znajduje to potwierdzenie we wskazaniu czasu nadania faksu przez odwołującego, tj. 14.18, co tym samym wyklucza doręczenie faksu o 13.35. Zamawiający wskazywał, że doręczenie faksu po godzinach pracy zamawiającego uniemożliwiło mu zapoznanie się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, czyli zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślał, że sprawdził urządzenie faksu o godzinie 14.35 i w tym czasie odwołanie nie zostało doręczone. Zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania dopiero w dniu 2 maja 2011 r., a więc po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Na posiedzeniu i rozprawie przed Izbą strony i uczestnik podtrzymali swoje stanowisko, przy czym zamawiający zmodyfikował wniosek o odrzucenie odwołania, wskazując jako podstawę prawną art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, w miejsce art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wniósł także odpowiedź na odwołanie, w której oprócz podtrzymania stanowiska w zakresie odrzucenia odwołania, podnosił, iż w razie nieuwzględnienia tego wniosku żądał oddalenia odwołania i utrzymania decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Podnosił, iż wezwał TMS do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i na podstawie uzyskanych wyjaśnień uznał ofertę za spełniającą wymogi SIWZ. Ponowna analiza oferty i wyjaśnień nie dawała, zdaniem zamawiającego podstawy, do podważania wiarygodności oferty oraz dołączonych do niej dokumentów. Nie zgodził się również z zarzutami dotyczącymi materiałów informacyjnych, które, jego zdaniem, były zgodne z wymogami SIWZ i rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zamawiający uznawał zatem, iż nie było podstaw do wezwania do uzupełnienia dokumentów i nie doszło do zarzucanych naruszeń.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron oraz uczestnika postępowania złożone ustnie do protokołu i pisemnie na posiedzeniu i rozprawie,**

## **ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

SIWZ w rozdziale I „Przedmiot i termin zamówienia” określała, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa i zainstalowanie tomografu komputerowego oraz systemu do ucyfrowienia rentgenodiagnostyki Zadanie nr 1 – tomograf komputerowy, Zadanie nr 2 – system ucyfrowienia rentgenodiagnostyki. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, a szczegółowy opis poszczególnych zadań zawarty został w załącznikach nr 1a i 2a do SIWZ. W formularzu ofertowym na zadanie nr 1, tj. dostawę tomografu komputerowego, wskazano: oferta cenowa na tomograf komputerowy zgodny z opisem technicznym i parametrami wymagalnymi zawartymi w załączniku nr 1a. W formularzu ofertowym wskazano także, iż opis techniczny i parametry wymagalne zawarte są w załączniku nr 1a do SIWZ - po wypełnieniu należy dołączyć do formularza ofertowego (załącznik nr 1a jest integralną częścią formularza ofertowego, a brak wypełnionego załącznika nr 1a spowoduje odrzucenie oferty). W załączniku nr 1a w formie tabelarycznej zawarto opis i parametry techniczne tomografu komputerowego, gdzie wskazano na parametry obligatoryjne (graniczne) oraz parametry oceniane. W zakresie pkt I „Oprogramowanie zainstalowane na konsoli lekarskiej” w pkt 78 wskazano „Oprogramowanie dedykowane do analizy POCH” jako parametr graniczny, w pkt 79 „Automatyczne obliczanie rozedmy w poszczególnych płatach płuc” (parametr oceniany, ale nie graniczny), pkt 80 „Automatyczna analiza drzewa oskrzelowego z automatycznym pomiarem światła i grubości ścian poszczególnych gałęzi” (parametr oceniany, ale nie graniczny). W załączniku nr 1a pod tabelą zawarte zostało postanowienie: *„Parametry określone jako „tak” lub „podać” oraz parametry liczbowe ( $\geq$  lub  $\leq$ ) są warunkami granicznymi, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty”*. Wskazano także, iż: *„Zaoferowane powyżej parametry wymagane muszą być potwierdzone w dołączonych do oferty materiałach informacyjnych. Brak potwierdzenia któregokolwiek z parametrów spowoduje odrzucenie oferty”*. W treści tabeli zamawiający wymagał podania producenta jedynie dla tomografu komputerowego. Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ, co należy rozumieć przez materiały informacyjne, które mają potwierdzać zaoferowane parametry wymagane ani nie określił statusu tych dokumentów. TMS w swojej ofercie w pkt 78, 79, 80 potwierdził zaoferowanie określonych tam parametrów, wpisując słowo TAK. TMS załączył do oferty materiały informacyjne, w tym oznaczone logo Vital Images INC. Zamawiający w dniu 31 marca 2011 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się z pismem, w którym prosił o potwierdzenie, że program VITREA LUNG CAD /CT LUNG posiada: oprogramowanie dedykowane do analizy POCHP, automatyczne obliczanie rozedmy w poszczególny płatach płuc, automatyczną analizę



drzewa oskrzelowego z automatycznym pomiarem światła i grubości ścian poszczególnych gałęzi, wyznaczając termin na udzielenie odpowiedzi do 4 kwietnia 2011 r. g. 11.00.

TMS w dniu 4 kwietnia 2011 r. udzielił następującej odpowiedzi:

*„W odpowiedzi na pytanie zawarte w pkt 2 uprzejmie informujemy, że funkcjonalności, o które pyta zamawiający, tj.:*

- *oprogramowanie do analizy POCHP,*
- *automatyczne obliczanie rozedmy w poszczególnych płatach płuc,*
- *automatyczną analizę drzewa oskrzelowego z automatycznym pomiarem światła grubości ścian poszczególnych gałęzi*

*nie wchodzi w skład modułu VITREA LUNG CAD /CT LUNG.*

*Jednocześnie potwierdzamy, że funkcjonalności te zostały zaoferowane przez naszą firmę TMS w ramach oprogramowania konsoli lekarskiej zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ zwłaszcza w załączniku nr 1a pkt I „Oprogramowanie zainstalowane na konsoli lekarskiej”.*

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 40: *„Czy zamawiający wyrazi zgodę, by poświadczenie parametrów technicznych, które nie są zamieszczone w folderze lub innych materiałach informacyjnych producenta, mogło być zrealizowane poprzez załączenie stosownego oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta w Polsce”* udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Ponadto w rozdziale „XI. Opis sposobu udzielania wyjaśnień dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia” w ust. 3 zamawiający przewidział: *„Korespondencja w sprawach związanych z niniejszym postępowaniem winna być doręczona tylko w godzinach pracy Zamawiającego t.j. w dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach od 7<sup>00</sup>-14<sup>30</sup>, niezależnie od sposobu jej doręczania (osobiście, pocztą, pocztą kurierską itp.). Niniejszy zapis dotyczy również korespondencji, której doręczenie związane jest z terminami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych (chyba że ustawa stanowi inaczej) lub niniejszej specyfikacji.”* Zamawiający oświadczył, iż kopię odwołania otrzymał 29 kwietnia 2011 r. po godzinie 14.35 (transmisja faxowa rozpoczęła się o 14.35 i trwała 4 min. 45 sek.), a zatem po godzinach pracy zamawiającego. Przedstawił na tę okoliczność raport faxowy. Odwołujący natomiast podnosił, że nadawanie faxu rozpoczął o 14.18 (w godzinach pracy zamawiającego), trwała 4 min. 42 sek., na co także przedstawił raport faxowy ze statusem potwierdzającym prawidłowość transmisji.

***W oparciu o powyższy stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.***

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących

odrzućeniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła oddalić zmodyfikowany wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp jako nieuzasadniony. Zamawiający w treści tego wniosku wskazywał, iż przytoczona powyżej regulacja SIWZ wyraźnie wskazywała na godziny pracy zamawiającego, tj. 7.00-14.30 jako właściwe dla skutecznego przesyłania korespondencji związanej z postępowaniem. Wobec powyższego postanowienia SIWZ nie zostało wniesione odwołanie, toteż stało się ono dla wykonawców wiążące. Zdaniem zamawiającego otrzymał on kopię odwołania po godzinach pracy w dniu 29 kwietnia 2011 r., z którą miał możliwość zapoznania się dopiero w dniu 2 maja 2011 r. (po terminie na wniesienie odwołania). Nie można zatem uznać, aby odwołujący prawidłowo wypełnił dyspozycję przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, która nakazuje mu przesłanie kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Izba wskazuje, iż termin na wniesienie odwołania, a zarazem i przesłanie kopii odwołania zamawiającemu upływał w dniu 30 kwietnia 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2011 r. oraz przesłał zamawiającemu kopię odwołania faxem również w tej samej dacie. Zgodnie z art. 180 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeśli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu na jego wniesienie za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. faxem lub drogą elektroniczną, co odwołujący uczynił. Należy zatem uznać, iż zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania. Bez znaczenia natomiast pozostaje, czy wiadomość faxowa wpłynęła do zamawiającego w godzinach pracy (istnieje w tym zakresie rozbieżność pomiędzy kopią faxu zamawiającego i odwołującego) oraz kiedy faktycznie zamawiający zapoznał się z treścią odwołania. W ocenie Izby terminy należy obliczać zgodnie z regulacjami Kodeksu cywilnego, który w art. 111 § 1 Kc wskazuje, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Oznacza to zatem, iż terminy liczy się w dniach pełnych, a zamawiający nie może faktycznie ich skracać, np. przez przyjmowanie, że z treścią wpływających do niego wiadomości mógł zapoznać się jedynie w godzinach pracy zamawiającego. Postanowienia SIWZ nie mogą w tym zakresie zmieniać regulacji ustawowych, a ponadto rozdział XI ust. 3 SIWZ zawiera zastrzeżenie, iż ma on zastosowanie w odniesieniu do korespondencji, której doręczenie związane jest z terminami określonymi w ustawie Pzp, „*chyba że ustawa stanowi inaczej*”. Tym samym nie stwierdzono zaistnienia podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę uznaną przez zamawiającego za ważną, która została

sklasyfikowana jako druga na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ma on zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu skutkujących powtórным badaniem i oceną ofert, której to możliwości na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu wraz z modyfikacjami (ogłoszenie dodatkowych informacji), SIWZ wraz z modyfikacjami, odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 22 lutego 2011 r., ofertę przystępującego TMS, wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 31 marca 2011 r., wyjaśnienia TMS z dnia 4 kwietnia 2011 r., informację o wyniku postępowania z dnia 19 kwietnia 2011 r. (przekazana 20 kwietnia 2011 r.) oraz dokumenty przedłożone na rozprawie, tj. korespondencję mailową odwołującego z Vital Images INC oraz oficjalne broszury informacyjne produktowe (w tym dotyczące Vitrea Enterprise Suite 6.0) wraz z tłumaczeniem poświadczonym, jak również złożony przez TMS opis uzupełniający dane techniczne z 11 maja 2011 r. dotyczący oprogramowania PULMO. Izba postanowiła nie uwzględnić żądania przystępującego TMS o oddalenie wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przedstawionej przez niego korespondencji z Vital Images INC na okoliczność, iż oprogramowanie VITREA Lung CAD/CT Lung nawet w najnowszej oferowanej obecnie wersji nie spełnia parametru granicznego wymaganego przez zamawiającego w pkt 78 załącznika nr 1a do SIWZ i parametrów ocenianych określonych w pkt 79 i 80 załącznika nr 1a do SIWZ, jak również z oficjalnych broszur informacyjnych dotyczących m.in. Vitrea Enterprise Suite, ponieważ okoliczność na potwierdzenie, której ww dokumenty zostały przedłożone ma związek z przedmiotem sporu i winny podlegać ocenie.

Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zauważyła, iż odwołujący, wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TMS, jako że wykonawca ten nie wykazał spełnienia parametrów określonych w pkt 78, 79 i 80 załącznika nr 1a, nie dokonuje rozróżnienia skutków niewykazania spełnienia wymienionych powyżej parametrów. W ocenie Izby dokonanie takiego rozróżnienia jest jednak konieczne, ponieważ jedynie w zakresie niewykazania spełnienia parametru granicznego, a zatem bezwzględnie wymaganego postanowieniami SIWZ, można mówić o ewentualnym odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Parametry określone w pkt 79 i 80 załącznika nr 1a miały charakter parametrów ocenianych, których zadeklarowanie w ofercie umożliwiałoby uzyskanie dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert „ocena techniczna” z wagą 20% (w zakresie obu pkt można było uzyskać dodatkowo po 15 punktów, podczas gdy brak tego parametru

skutkował przyznaniem zerowej punktacji w tym zakresie). Oznacza to zatem, iż niewykazanie spełnienia tych parametrów nie może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy jako sprzecznej z treścią SIWZ, jak podnosił odwołujący. Oceniając skutki prawne niewykazania spełnienia tych parametrów, należy zwrócić uwagę na treść SIWZ zawartą w załączniku nr 1a pod tabelą określającą opis parametrów: „Parametry określone jako „tak” lub „podać” oraz parametry liczbowe ( $\geq$  lub  $\leq$ ) są warunkami granicznymi, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty. Wykonawca zobowiązany jest do podania parametrów w jednostkach wskazanych w niniejszej tabelce. W przypadku, gdy wszyscy oferenci zaoferują taką samą wartość parametru ocenianego, zamawiający przydzieli za ten parametr minimalną liczbę punktów. Zaoferowane powyżej parametry wymagane muszą być potwierdzone w dołączonych do oferty materiałach informacyjnych. Brak potwierdzenia któregokolwiek z parametrów spowoduje odrzucenie oferty”. Dodatkowo w rozdziale V Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów” w zakresie kryterium „Ocena techniczna” wskazano, iż: „Ocena nastąpi w oparciu o informacje podane przez Wykonawcę. Za zaoferowanie poszczególnych punktowanych parametrów zostaną przyznane Wykonawcy punkty określone w załącznikach Nr 1a, 2a (w zależności od zadania). Maksymalną liczbę punktów otrzyma Wykonawca, który zaproponuje najlepszą opcję parametrów oczekiwanych przez Zamawiającego”. Z literalnej treści SIWZ wynika zatem, iż wykonawcy byli zobligowani do potwierdzenia w materiałach informacyjnych parametrów wymaganych i jedynie w tym zakresie także sam zamawiający przewidywał sankcję odrzucenia oferty. Wprawdzie zamawiający jest niekonsekwentny w stosowanym przez siebie nazewnictwie – używa sformułowania parametry graniczne, parametry wymagane – jednak w ocenie Izby niezasadnym byłoby przyjęcie, iż przez parametry wymagane należy rozumieć także parametry oceniane. Tym samym jedynie w zakresie pkt 78 niewykazanie spełnienia zaoferowanego parametru mogłoby być związane ze skutkiem odrzucenia oferty i to tylko przy założeniu, iż nie jest możliwe uzupełnienie tego braku oferty. Wnioski odwołania, iż skutek odrzucenia oferty miałby dotyczyć także niewykazania parametrów określonych w pkt 79 i 80 należy zatem uznać za chybiony.

Zamawiający wymagał, aby zaoferowane parametry wymagane były potwierdzone w dołączonych do oferty materiałach informacyjnych, a brak potwierdzenia któregokolwiek z parametrów spowoduje odrzucenie oferty. Zamawiający nie sprecyzował pojęcia „materiały informacyjne”. Zwyczajowo określenie to obejmuje broszury, foldery, ulotki i inne materiały potwierdzające dane techniczne pochodzące od producenta. Zamawiający dopuścił także w wyjaśnieniach do SIWZ w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, aby poświadczenie parametrów technicznych, które nie są zamieszczone w folderze lub innych materiałach informacyjnych producenta mogło być zrealizowane poprzez załączenie stosownego

oświadczenia autoryzowanego przedstawiciela producenta w Polsce. Równocześnie jednak nie sprecyzował, iż mają być to jedynie informacje producenta i autoryzowanego przedstawiciela producenta, a zatem, że wyłączone jest sporządzenie materiałów informacyjnych przez samego wykonawcę na podstawie danych produktowych producenta, w szczególności z uwzględnieniem parametrów deklarowanych w ofercie. Jak twierdził TMS, dokument, który przedstawił w ofercie, jest właśnie takim materiałem informacyjnym sporządzonym samodzielnie przez tegoż wykonawcę, a nie, jak założył odwołujący, tłumaczeniem oficjalnej ulotki czy danych produktowych. W świetle bardzo ogólnego sformułowania SIWZ nie można uznać, iż przedstawienie takiego dokumentu było niedozwolone. Wprawdzie rzeczywiście na dokumencie tym posłużono się logo firmy Vital Images INC, co mogło wskazywać, iż pochodzi od producenta, jednak zamawiający poprzez brak dookreślenia charakteru materiałów informacyjnych niejako zrównał w skutkach materiały przygotowywane przez wykonawcę we własnym zakresie oraz pochodzące od producenta i autoryzowanego przedstawiciela producenta. Ponadto powyższe rozpatrywać można w kontekście ewentualnego naruszenia przez TMS praw do wykorzystania dla celów handlowych oznaczeń innego podmiotu, jeżeli nie posiadał uprawnień w tym zakresie, jednak pozostaje to bez rzeczywistego wpływu na ocenę dopuszczalności posłużenia się tego typu informacją/materiałem dla potwierdzenia spełnienia zadeklarowanego parametru przedmiotu zamówienia. Ponadto taki dokument może, w razie wątpliwości, podlegać wyjaśnieniu.

W ocenie Izby należy jednak podzielić stanowisko, iż powyższy materiał informacyjny, wbrew twierdzeniu TMS, nie może być uznany za skutecznie potwierdzający spełnienie parametru granicznego z pkt 78 (ani parametrów ocenianych zadeklarowanych w pkt 79 i 80). Z treści oraz konstrukcji tego dokumentu wynika bowiem, iż wykonawca TMS wskazywał na określony produkt oraz funkcjonalności, które ten produkt posiada. Tym samym, w świetle wyjaśnień TMS, iż określony na stronie 28 oferty moduł VITREA Lung CAD /CT Lung nie posiada funkcjonalności określonej w pkt 78 (a także pkt 79 i 80), ale zostały one zaoferowane przez TMS w ramach oprogramowania konsoli lekarskiej bez sprecyzowania, gdzie w przedstawionych materiałach informacyjnych znajduje się potwierdzenie, iż takie zaoferowanie nastąpiło i jaki to produkt, nie może stanowić wystarczającego potwierdzenia spełnienia parametrów wskazanych w ofercie. W zakresie parametru granicznego zamawiający wymagał dla celu zgodności oferty z SIWZ, aby materiały informacyjne spełnienie takie potwierdzały i skoro nie było to oprogramowanie VITREA Lung CAD/ CT Lung, należało oprogramowanie to sprecyzować, w szczególności, iż, jak okazało się na rozprawie, możliwość takiego dookreślenia istnieje. Tylko bowiem wówczas zamawiający może zweryfikować, czy wymagany parametr rzeczywiście jest spełniony, co jest szczególnie

istotne w sytuacji, gdy, jak TMS wykazał, oprogramowanie spełniające parametry jest oprogramowaniem innego producenta niż producent konsoli lekarskiej. Samo powtórzenie treści parametru w materiałach informacyjnych, zwłaszcza w sposób, który mógł sugerować, iż parametry te są wypełniane przez oprogramowanie wskazane z nazwy, co do którego następnie wykonawca oświadczył, iż parametrów nie spełnia, nie może świadczyć o tym, iż następuje w prawidłowy i skuteczny sposób potwierdzenie jego spełnienia. Tym samym należy uznać, iż wykonawca TMS nie wykazał spełnienia parametru granicznego (pkt 78) ani parametrów ocenianych (pkt 79 i 80). Zdaniem Izby nie można jednak jednoznacznie przesądzić, jak podnosił odwołujący, iż TMS, wyjaśniając na rozprawie, iż zaproponowanym oprogramowaniem spełniającym wszystkie zadeklarowane wymogi jest oprogramowanie PULMO producenta Toshiba, dokonał w rzeczywistości niedozwolonej w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany treści oferty, gdyż pierwotnie oferowane przez niego oprogramowanie nie spełniało zadeklarowanych parametrów. Nie można bowiem wykluczyć, iż wykonawca pominął omyłkowo określenie nazwy oprogramowania w materiałach informacyjnych lub też uznawał, iż takie skonkretyzowanie nie jest niezbędne, ponieważ SIWZ nie była w tym zakresie precyzyjna. Odwołujący nie wykazał, iż pomyłka taka nie jest możliwa lub prawdopodobna, jak również, aby twierdzenie, jakoby instalacja oprogramowania PULMO będącego oprogramowaniem firmy Toshiba, a nie firmy Vital Images INC nie była w ogóle możliwa czy też że nie jest możliwe równoczesne zainstalowanie na konsoli lekarskiej oprogramowania VITREA Lung CAD/CT Lung (spełniającego, jak zadeklarował TMS podczas rozprawy, jedynie parametr „oprogramowanie do automatycznej detekcji i oceny guzków płuc wraz z oceną trendów wzrostu” – pkt 67) i wskazanego oprogramowania PULMO. Należy bowiem zwrócić uwagę, że w opisie uzupełniającym dane techniczne z dnia 11 maja 2011 r. przedstawionym przez TMS wskazano, iż oprogramowanie to jest dostępne dla całej rodziny tomografów Aquilion, a także może funkcjonować jako niezależny moduł oprogramowania (instalowany na niezależnych odrębnych stacjach roboczych), z czego wnosić można dopuszczalność instalacji także przy braku tożsamości producenta konsoli i oprogramowania.

Izba nie podziela natomiast argumentacji, iż materiały informacyjne wymagane dla potwierdzenia parametrów wymaganych nie są dokumentem określonym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. dokumentami potwierdzającymi spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego podlegającymi uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż tego typu dokumenty nie zostały przez zamawiającego przewidziane w ogłoszeniu czy SIWZ. Zamawiający rzeczywiście w SIWZ nie określił materiałów informacyjnych w taki sposób, lecz bezsprzecznie ich zażądał. Zdaniem Izby należy oceniać charakter tych dokumentów, ich cel, a ten niewątpliwie dotyczy potwierdzenia, że oferowane

dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego oraz okoliczność, iż katalog tych dokumentów przewidziany w § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów jest otwarty. Nie można zatem uznać, iż stanowią treść oferty nie podlegającą uzupełnieniu (tego typu treścią oferty był z pewnością formularz ofertowy wraz z załącznikiem nr 1a). Tym samym dokument ten będzie podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dopiero wyczerpanie procedury przewidzianej tym przepisem może skutkować ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na który to skutek powołuje się odwołujący. Przedstawienie przez TMS podczas rozprawy opisu uzupełniającego dane techniczne potwierdzającego, iż przedmiotem oferty wykonawcy jest oprogramowanie PULMO spełniające parametry zamawiającego, nie stanowi prawidłowej formy uzupełniania dokumentów. Konieczne jest dopełnienie właściwej procedury przed zamawiającym, który winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia wymaganego dokumentu oraz przedłożony dokument zweryfikować i ocenić, wyjaśniając w razie potrzeby w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wątpliwości, gdyby takowe się pojawiły w związku z jego przedłożeniem. Izba w tym zakresie nie jest władna zastępować zamawiającego.

Natomiast w zakresie parametrów określonych w pkt 79 i 80 jako parametrów ocenianych, a nie granicznych zgodnie z literalną, przytoczoną powyżej treścią SIWZ, nawet gdyby wolą zamawiającego było odmienne uregulowanie tej kwestii, nie było wymagane potwierdzenie ich spełnienia w materiałach informacyjnych (parametry wymagane nie są bowiem tożsame z parametrami ocenianymi). Jest oczywiście w pełni dopuszczalne, aby wykonawca potwierdził w materiałach informacyjnych także spełnienie parametrów określonych w pkt 79 i 80, jednak brak takiego potwierdzenia nie będzie skutkować koniecznością odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ. Izba zauważa, iż konsekwencje niepotwierdzenia parametrów ocenianych nie zostały w SIWZ jednoznacznie określone, toteż dopuszczalna jest w ocenie Izby interpretacja, iż konsekwencje te dotyczyć mogą zarówno dopiero etapu realizacji zamówienia (zamawiający nie dokona odbioru urządzenia i nie dokona płatności, gdy wykonawca nie dostarczy urządzenia spełniającego wszystkie zadeklarowane parametry) lub też ewentualnie rozważać można uznanie, iż w takiej sytuacji zasadne byłoby przeliczenie przyznanej punktacji. Brak jest natomiast, w ocenie Izby, uzasadnienia dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z tej przyczyny.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania TMS do uzupełnienia dokumentów w zakresie oryginalnych (w j. angielskim) danych produktowych konsoli diagnostycznej Vitrea Images INC, co narusza art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 6.3 rozporządzenia w sprawie dokumentów (odwołujący sprecyzował, iż § 5.3

przywołał omyłkowo) Izba stwierdza, iż zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania tego przepisu. Nie wykazał, dlaczego dokument ten jest niewiarygodny lub budzi wątpliwości co do jego prawdziwości, skoro, jak oświadczył wykonawca TMS, nie jest to tłumaczenie, lecz dokument przez niego sporządzony. Odwołujący nie przedstawił także dowodów, iż dane produktowe tam zawarte (o treści odpowiadającej opisanym w SIWZ parametrom) nie są prawdziwe. Obowiązek przedstawienia oryginalnych danych produktowych nie znajduje oparcia w SIWZ, ponieważ nie sprecyzowano, iż materiałami informacyjnymi przedkładanymi zamawiającemu na potwierdzenie spełnienia parametru mogą być tylko oryginalne dane produktowe zawarte w oficjalnych ulotkach, folderach, katalogach itp. producenta czy jego autoryzowanego przedstawiciela.

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać, z uwagi na brak odrębnej argumentacji w odwołaniu, iż wynika on i stanowi konsekwencję okoliczności przytoczonych przez odwołującego w związku z pozostałymi zarzucanymi naruszeniami. Tym samym Izba uznaje, iż w zakresie, w jakim potwierdziła się nieprawidłowa ocena oferty TMS przez zamawiającego, zasadnym jest uznanie zaistnienia przesłanek pozwalających przyjąć potwierdzenie także ww zarzucanego naruszenia. Jak bowiem wynika z powyższych rozważań Izby, wybór oferty TMS obarczony był wadą, której zaistnienie zdecydowało o konieczności uwzględnienia odwołania, aczkolwiek przedwczesny jest wniosek odwołującego, iż oferta TMS podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż 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. 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).

**Przewodniczący:**

.....



