

sygn. akt: **KIO 1590/19**

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **Pixel Technology sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Piękna 1**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital im. Św. Ojca Pio w Przemyślu, ul. Monte Cassino 18**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Pixel Technology sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pixel Technology sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Przemyślu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital im. Św. Ojca Pio w Przemyślu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Zakup, montaż rezonansu magnetycznego wraz z dostosowaniem pomieszczeń oraz niezbędnym wyposażeniem dla Wojewódzkiego Szpitala im. Św. Ojca Pio w Przemyślu*”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 5 lipca 2019 roku, w Dzienniku Urzędowym UE.

Dnia 5 sierpnia 2019 roku, zamawiający upublicznił odpowiedzi na pytania wykonawców.

Dnia 14 sierpnia 2019 roku wykonawca Pixel Technology sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarte w odpowiedzi na pytania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty i jej wycenę, a także zasad wprowadzania równoważności,
2. art 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie wykonawcy zamieszczone w piśmie opublikowanym w dniu 5 sierpnia 2019 roku, w zestawie numer 178 część V „Dot. Załącznik 2a - Opis przedmiotu zamówienia” (o treści podanej w uzasadnieniu), która to odpowiedź nie polegała na wyjaśnieniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak to jest wymagane tymże przepisem ustawy, lecz na bezkrytycznym zaakceptowaniu tabeli paramentów zamawianego sprzętu sporządzonej przez wykonawcę i *de facto* inkorporowaniu jej do opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji odpowiedzi na pytania II opublikowane w dniu 5 sierpnia 2019 roku, w zestawie numer 178 część V „Dot. Załącznik 2a - Opis przedmiotu zamówienia”, poprzez wyraźną odmowę uwzględnienia parametrów wskazanych w tabeli zaproponowanej przez wykonawcę w pytaniu tj. modyfikację w powyższym zakresie odpowiedzi na powyższe pytanie.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 5 sierpnia 2019 roku, zamawiający zamieścił obszerne odpowiedzi na szereg pytań wykonawców. W piśmie tym zawarto, w zestawie numer 178

część V „Dot. Załącznik 2a - Opis przedmiotu zamówienia” następujące pytanie jednego z wykonawców: „Czy Zamawiający dopuści system równoważny o następujących parametrach” i następnie załączono 47 stronicową tabelę przygotowaną przez jednego z wykonawców, określającej parametry poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na to pytanie zamawiający stwierdził: *„Zamawiający informuje, że forma zadanego pytania nie pozwala mu udzielić jednoznacznej odpowiedzi. W skompresowanym pliku „Przedmiot zamówienia z załącznikami 05-07-2019_II.03.40.zip” w dokumencie „Wymagania dot. systemu” do SIWZ Zamawiający określił parametry posiadanego systemu RIS/PACS. Każdy z potencjalnych Wykonawców miał możliwość zadania pytania do dowolnego parametru. Zadanie pytania w postaci załączonej przez Wykonawcę tabeli przetargowej uniemożliwia określenia Zamawiającemu dokładnych parametrów systemu, jaki oferuje potencjalny Wykonawca. Zamawiający wymaga, aby punkty: Rozdz. I, Pkt. 9; Rozdz. I, Pkt. 10; Rozdz. II, Pkt. 1; Rozdz. II, Pkt. 79; Rozdz. II, Pkt. 271; Rozdz. II, Pkt. 393; Rozdz. II, Pkt. 419; Rozdz. III, Pkt. 1; Rozdz. III, Pkt. 51; Rozdz. III, Pkt. 52; Rozdz. III, Pkt. 58, 59, 60, spełniały następującą funkcjonalność (...).”*

Zdaniem odwołującego, odpowiedź na to pytanie nie jest jasna z kilku powodów i powoduje szereg wątpliwości:

1. jej treść nie jest klarowna i jest wewnętrznie sprzeczna - nie jest jasne, czy zamawiający dopuścił parametry określone w tabeli,
2. nawet jeżeli przyjąć, że zamawiający dopuścił tabelę - powoduje to powstanie daleko idących sprzeczności w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. przyjęcie tej tabeli przez zamawiającego, jako obowiązującej prowadzi do sytuacji, w której funkcjonują dwa równoległe formularze ofert, a każdy z nich ma inne funkcjonalności. Wskutek powyższego oferty przestają być porównywalne,
4. dopuszczone parametry określone w tabeli zawartej w pytaniu wykonawcy nie są w istocie parametrami równoważnymi.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w kwestionowaniu zapisów s.i.w.z. (wynikających z odpowiedzi na pytania wykonawców). Kwestionowane zapisy s.i.w.z. ograniczają odwołującemu możliwość złożenia prawidłowej i konkurencyjnej oferty oraz udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Gdyby w/w postanowienia s.i.w.z. zostały prawidłowo skonstruowane, wykonawca mógłby wziąć udział w postępowaniu i złożyć ofertę, a następnie ewentualnie uzyskać zamówienie i prawidłowo je wykonać.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła, analizując treść kwestionowanej przez odwołującego odpowiedzi zamawiającego na pytanie wykonawcy, iż zamawiający swoim działaniem wprowadził lub mógł wprowadzić wykonawców w stan niepewności, co do ostatecznej i obowiązującej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganych parametrów oraz co do równoważności oferowanych rozwiązań.

Powyższe twierdzenie można bowiem wywieść wprost z odpowiedzi zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2019 roku, popartej dodatkowo oświadczeniem zamawiającego, złożonym na rozprawie.

W odpowiedzi na pytanie – „Czy Zamawiający dopuści system równoważny o następujących parametrach?” - zamawiający podał: „Zamawiający informuje, że forma zadanego pytania nie pozwala mu udzielić jednoznacznej odpowiedzi. W skompresowanym pliku „Przedmiot_zamowienia_z_zalacznikami_05-07-2019_11.03.40.zip” w dokumencie „Wymagania dot. systemu” do SIWZ Zamawiający określił parametry posiadanego systemu RIS/PACS. Każdy z potencjalnych Wykonawców miał możliwość zadania pytania do dowolnego parametru. Zadanie pytania w postaci załączonej przez Wykonawcę tabeli przetargowej uniemożliwia określenia Zamawiającemu dokładnych parametrów systemu, jaki oferuje potencjalny Wykonawca. Zamawiający wymaga, aby punkty: Rozdz. I, Pkt. 9; Rozdz. I, Pkt. 10; Rozdz. II, Pkt. 1; Rozdz. II, Pkt. 79; Rozdz. II, Pkt. 271; Rozdz. II, Pkt. 393; Rozdz.

II, Pkt. 419; Rozdz. III, Pkt. 1; Rozdz. III, Pkt. 51; Rozdz. III, Pkt. 52; Rozdz. III, Pkt. 58, 59, 60, spełniały następującą funkcjonalność:

- Rozdz. I, Pkt. 9 – zamawiający wymaga, aby gwarancja została określona według zapisów rozdz. II pkt. 1 zał. nr 2a do SIWZ,
- Rozdz. I, Pkt. 10 – zamawiający wymaga podania klasy wyrobu medycznego wg Ustawy o Wyrobach Medycznych z dnia 20 maja 2010 roku, oznakowany znakiem CE zgodnie z wymaganiami dyrektywy 93/42/EWG,
- Rozdz. II, Pkt. 1 – Zamawiający wymaga, aby program RIS umożliwiał pracę na komputerach „Apple”,
- Rozdz. II, Pkt. 79 – Zamawiający dopuszcza ale nie wymaga,
- Rozdz. II, Pkt. 271 – Zamawiający wymaga, aby oferowany system posiadał możliwość wpisywania informacji o parametrach ekspozycji, w tym mAs, kV. Zamawiający wymaga, aby potencjalny Wykonawca w dostarczonych do oferty parametrach użytkowych oferowanego rozwiązania dokładnie wymienił parametry ekspozycji, nie używając skrótów myślowych „itp.”
- Rozdz. II, Pkt. 393 – Zamawiający wymaga „Integracji z drzewem LDAP MS Active Directory w trybie odczytu”. Zamawiający wymaga, aby potencjalny Wykonawca w dostarczonych do oferty parametrach użytkowych oferowanego rozwiązania dokładnie wymienił wszystkie typy integracji.
- Rozdz. II, Pkt. 419 - Zamawiający dopuszcza ale nie wymaga „Integracji z PACS Infinitt”.
- Rozdz. III, Pkt. 1 – Zamawiający wymaga, aby system Archiwizacji i Dystrybucji Obrazów PACS umożliwiał pracę na komputerach „Apple”,
- Rozdz. III, Pkt. 51 - Zamawiający dopuszcza „funkcję autoroutingu pozwalającą na automatyczne przesłanie obrazów na odpowiednią stację diagnostyczną w zależności od zdefiniowanych reguł”,
- Rozdz. III, Pkt. 52 - Zamawiający dopuszcza „Możliwość definiowania reguł autoroutingu opartych o warunki czasowe oraz dane zawarte w DICOM z graficznego panelu administracyjnego”,
- Rozdz. III, Pkt. 58, 59, 60 – Zamawiający dopuszcza pod warunkiem spełnienia funkcjonalności „weryfikacji sum MD5”.

Jak zatem wynika z powyższego, zamawiający wprost podał, że nie jest w stanie udzielić odpowiedzi na tak sformułowane pytanie, co w ocenie Izby jest prawidłowe, albowiem wykonawca zadający pytanie, prawdopodobnie przedstawił parametry oferowanego przez siebie systemu, niejako wyprzedzając ocenę jeszcze niezłożonej oferty. Jak słusznie wskazał zamawiający, każdy potencjalny wykonawca miał możliwość zadawania pytań do dowolnego parametru, natomiast formuła zastosowana przez wykonawcę stanowi niejako prezentację

własnego systemu, brak jest doprecyzowania przez wykonawcę, konkretnych wątpliwości, czy też nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia.

Dlatego też, w ocenie Izby, zamawiający prawidłowo przyjął koncepcję odpowiedzi na tak sformułowane pytanie, przyjmując za obowiązujące parametry pierwotne, opisane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – załącznik 2a – Opis przedmiotu zamówienia oraz podając rozdziały i punkty opisu przedmiotu zamówienia doprecyzowując, jakie minimalne funkcjonalności muszą być spełnione, aby odpowiadały one potrzebom zamawiającego. Okoliczność, iż zamawiający na rozprawie podał, że ww. punkty i rozdziały są podane przykładowo nie dyskryminują jeszcze działań zamawiającego, albowiem, skoro zamawiający zdecydował się na wybiórcze podanie minimalnych funkcjonalności elementów systemu tylko do wybranych pozycji, to tylko w tym zakresie będzie mógł, na etapie oceny ofert, porównywać rozwiązania podane w ofertach do własnych wymagań opisanych w s.i.w.z. i doprecyzowanych wyjaśnieniami zamawiającego.

Zdaniem Izby, nie potwierdziły się zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, albowiem zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności opisał przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby zamawiający przygotował postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podnoszonym przez odwołującego, albowiem nie potwierdziły się zarzuty, iż zamawiający bezkrytycznie zaakceptował tabelę parametrów zamawianego sprzętu sporządzonej przez wykonawcę zadającego pytanie i inkorporował ją do opisu przedmiotu zamówienia, albowiem zamawiający nie wprowadził omawianej tabeli do opisu przedmiotu zamówienia, jak i nie zaakceptował bezkrytycznie tabeli parametrów zaproponowanych przez wykonawcę. Zamawiający, wg. oświadczenia złożonego na rozprawie, jak i wynikającego z odpowiedzi na pytanie, zachował dotychczasowe parametry opisane w s.i.w.z. i doprecyzował funkcjonalności niektórych z nich. Izbie nie są znane przyczyny skąd u odwołującego odmienne przeświadczenie. Żaden element udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi nie świadczy bowiem o tym, że zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia parametrów zaproponowanych przez wykonawcę w tabeli do zadanego pytania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: