

Sygn. akt KIO/UZP 1421/09

**WYROK**  
**z dnia 19 listopada 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Członkowie: Emil Kuriata**  
**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne w Katowicach im. prof. Leszka Gieca, 40-635 Katowice, ul. Ziołowa 45/47** protestu z dnia 2 września 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84,**
  
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84.**

## Uzasadnienie

Zamawiający tj. Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne w Katowicach im. prof. Leszka Gieca prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatu do kardioangiografii wraz z adaptacją pomieszczenia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 czerwca 2009 r. pod pozycją 2009/S 109-157433.

W dniu 26 sierpnia 2009 r. Zamawiający poinformował TMS Sp. z o.o. – jedyne wykonawcę, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. W ocenie Zamawiającego, zaproponowany przez TMS Sp. z o.o. system osłon nie obejmuje osłon montowanych do stołu i obejmujących operatora, co stanowi o niezgodności oferty z treścią pkt VIII ppkt 1 Załącznika nr 5a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający stwierdził również, że wbrew wymogowi zawartemu w pkt VIII ppkt 4 Załącznika nr 5a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawca zaoferował przyłóżkowy kardiomonitor.

W tym samym dniu Zamawiający poinformował TMS Sp. z o.o. o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 2 września 2009 r. wykonawca TMS Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania zarzucając Zamawiającemu bezprawność ww. czynności.

Odwołujący podniósł, iż w pkt VIII ppkt 1 i 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił, jakie osłony zobowiązany jest dostarczyć wykonawca. Oświadczenie o podjęciu takiego zobowiązania Odwołujący złożył, jak wskazał, przez wpisanie słowa „TAK”. Do oferty Odwołujący dołączył dokumenty firmy Biuro Handlowo-Uslugowe BETA s.c., w której Odwołujący od wielu lat zamawia wszelkie zabezpieczenia radiologiczne, w tym również takie, jakich wymaga Zamawiający. Odwołujący na dowód powyższego przywołał oświadczenie firmy Biuro Handlowo-Uslugowe BETA s.c., z którego wynika, jak wskazał, iż firma ta oferuje kotary rentgenochronne (osłony radiologiczne) wszelkiego typu, dostosowane rozmiarem i kształtem do wymagań klienta i rodzaju stołu. Odwołujący podkreślił, iż każda kotara produkowana jest zgodnie z indywidualnym zamówieniem klienta, a Zamawiający nie określił wymagań w sposób wyraźny w treści

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, stąd uznał, iż dopasowanie kotar, zabezpieczeń oraz ich ilość, ustalona zostanie w trakcie montażu urządzenia.

Odnosząc się do stwierdzonego przez Zamawiającego braku hemodynamicznego systemu typowego dla kardioangiografu w ofercie złożonej przez Odwołującego Odwołujący wskazał, iż na stronie 132 swojej oferty, w kolumnie „wartości oferowane” (pkt VIII ppkt 4) potwierdził spełnienie warunku granicznego i zobowiązał się do dostarczenia systemu hemodynamicznego zgodnie z opisem Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 21 sierpnia 2009 r. dodatkowe opisy zaoferowanego systemu hemodynamicznego. Do protestu Odwołujący załączył oświadczenie firmy Viridian Polska potwierdzające, że system IntelliVue MP30 spełnia wszystkie wymagania określone w pkt VIII ppkt 4 Załącznika nr 5a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego oraz wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 11 września 2009 r. przez jego oddalenie. Stwierdził, iż z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego wynika, że osłony radiologiczne produkowane przez spółkę Biuro Handlowo-Usługowe BETA s.c. nie są osłonami mocowanymi do stołu oraz że firma ta nie posiada w swojej ofercie tego typu osłon. Za spóźnione uznał Zamawiający oświadczenia Odwołującego i Biuro Handlowo-Usługowe BETA s.c. odnośnie typu osłon składane na etapie wyjaśnień treści oferty. Ponadto, jak zauważył Zamawiający, z treści oświadczenia spółki Biuro Handlowo-Usługowe BETA s.c. nie wynika w sposób jednoznaczny, iż w ofercie Odwołującego zaoferowano osłony mocowane do stołu, a nie tylko chroniące obszar stołu, podłogi oraz obszar nad stołem, ale montowane w inny sposób.

Zamawiający stwierdził również, że zarówno wyjaśnienia Odwołującego, jak i treść protestu nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego co do zgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie braku hemodynamicznego systemu typowego dla kardioangiografu.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 21 września 2009 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

- bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz postanowień pkt VIII ppkt 1 i 4 Załącznika nr 5a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego oraz wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Na podstawie art. 188 ust. 6 ustawy Pzp Izba nie dopuściła dowodu z zeznań świadka uznając, iż teza dowodowa postawiona przez Zamawiającego prowadziłaby do przedstawienia przez świadka własnej oceny oferty Odwołującego, podczas gdy istotą dowodu z zeznań świadka jest przedstawienie znanych świadkowi faktów. Na podstawie art. 188 ust. 4 i 6 ustawy Pzp Izba nie dopuściła także dowodu z opinii biegłego stwierdzając, iż ustalenie stanu faktycznego sprawy nie wymaga wiadomości specjalnych.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2 336 448,60 PLN, co stanowi równowartość 602 627,89 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-1/PN).

W terminie składania ofert oferty złożył 1 wykonawca (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-1/PN).

W dniu 20 sierpnia 2009 r. Zamawiający wezwał TMS Sp. z o.o. do uzupełnienia złożonej wraz z ofertą dokumentacji o:

- dokumentację techniczną oraz instrukcję obsługi osłon radiologicznych (mocowanych do stołu) obejmujących obszar stołu, podłogi i strefę ponad stołem (pkt VIII ppkt 1 Załącznika

nr 5a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) oraz osłon ruchomych dla operatora pracujących co najmniej w dwóch płaszczyznach (mocowanych do ramienia lub sufitu) przesuwne, przezierne (pkt VIII ppkt 2 Załącznika nr 5a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) oraz certyfikatów CE i deklaracji zgodności dla pkt 2 i 3 Załącznika nr 5 oferty,

- dokładny opis systemu z pkt VIII ppkt 4 Załącznika nr 5a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności sposobu prezentowania, rejestrowania i nagrywania, instrukcję obsługi ww. systemu oraz schemat połączeń (rysunek poglądowy).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wraz z pismem z dnia 21 sierpnia 2009 r. przekazał Zamawiającemu, jak oświadczył, dokumentację techniczną, instrukcje obsługi osłon, certyfikaty CE i deklaracje zgodności, a także opisy uniwersalnego serwera pomiarowego i modułu rozszerzeń hemodynamicznych wraz z instrukcją oraz schematami połączeń.

**Uwzględniając oryginalną dokumentację postępowania, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty Odwołującego, uzupełnienie dokonane pismem z dnia 21 sierpnia 2009 r., dokumentację dołączoną do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego, jako wykonawcy, którego oferta została odrzucona, wobec unieważnienia przez Zamawiającego postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Istota sporu w przedmiotowej sprawie sprowadza się do stwierdzenia przez Izbę czy wymagania postawione przez Zamawiającego w pkt VIII ppkt 1 i 4 Załącznika nr 5a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostały spełnione przez Odwołującego.

W pkt VIII ppkt 1 Załącznika nr 5a do Specyfikacji Zamawiający zamieścił wymaganie, aby w ramach przedmiotu zamówienia dostarczone zostały osłony radiologiczne (mocowane do stołu) obejmujące obszar stół, podłoga i strefę 30 cm ponad stołem przezierne szyby Pb. Pozycja ta nie podlegała ocenie punktowej przez Zamawiającego – wymagane było jedynie złożenie oświadczenia czy ww. osłony zostaną dostarczone. Odwołujący na stronie 131

oferty potwierdził wolę dostarczenia tego typu osłon przez zamieszczenie oświadczenia o treści „tak”. Powyższe zostało potwierdzone również w Załączniku nr 5 do oferty (strona 117 oferty), gdzie Odwołujący dokonał wyceny m.in. asortymentu „osłony radiologiczne mocowane do stołu”, określając ich ilość oraz producenta. Jednocześnie, oprócz wypełnienia formularza stanowiącego Załącznik nr 5a do Specyfikacji, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty katalogów, prospektów zawierających dane techniczne, potwierdzających „zgodność deklarowanych parametrów technicznych z danymi producenta”. Przedmiotowy parametr nie został potwierdzony zarówno w złożonej ofercie, jak i w uzupełnieniu z dnia 21 sierpnia 2009 r. Potwierdzenie zostało przekazane dopiero wraz z protestem – w piśmie z dnia 28 sierpnia 2009 r. firma Biuro Handlowo-Usługowe BETA s.c. oświadczyła, iż posiada w swojej ofercie kotary rentgenochronne wszelkiego typu: mocowane na prowadnicach sufitowych z możliwością przesuwu, kotary na prowadnicach obrotowych mocowane do ścian, a także osłony do stołów zabiegowych chroniące obszar stołu, podłogi, strefę nad stołem. Biuro Handlowo-Usługowe BETA s.c. stwierdziła w ww. piśmie, iż każda kotara produkowana jest zgodnie z indywidualnym zamówieniem klienta.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż ww. zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na oczywiste uchybienie w działaniu Odwołującego. Zgodnie z treścią pkt 9.9 ppkt 10 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających oferowane parametry. Odwołujący nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku. Co więcej, nie potwierdził spornego wymogu mimo wezwania Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2009 r. Z uwagi na fakt, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest czynnością jedнокrotną, nie ma możliwości sanowania braku w ofercie Odwołującego na obecnym etapie postępowania.

Kolejny zarzut dotyczył wymagania opisanego w pkt VIII ppkt 4 Załącznika nr 5a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający stwierdził, iż z dokumentów złożonych przez Odwołującego nie wynika spełnienie przedmiotowego wymagania. Odwołujący na rozprawie wskazał fragmenty dokumentu o tytule „Uniwersalny serwer pomiarowy dla monitorów pacjenta IntelliVue oraz serii M” potwierdzające spełnianie wymagań tj.:

- wymóg dotyczący pomiaru i prezentacji co najmniej 6 odprowadzeń EKG wynika ze strony 2 dokumentu tiret 2, gdzie stwierdzono, iż „użyty w trybie monitorowania EASI™ EKG jest źródłem zapisu 12 odprowadzeń EKG...”, do dodatkowo, oferowany typ serwera z funkcją 12 odprowadzeń został opisany również na stronie 8 dokumentu „Opcje 10 odprowadzeń dla aplikacji wymagających 12 odprowadzeń EKG”,
- wymaganie dotyczące ciśnienia inwazyjnego i nieinwazyjnego wynika ze wstępnej treści dokumentu - strona 1 „MMS przygotowuje dane pomiarowe związane z EKG, arytmiami, ST,

oddechem, saturacją tlenową krwi tętniczej (SpO2), nieinwazyjnym pomiarem ciśnienia krwi (NBP) oraz inwazyjnym pomiarem ciśnienia i temperaturą.”, zostało potwierdzone również na stronie 2 dokumentu w opisie modułu rozszerzeń serwera pomiarowego M3012A, a także na stronie 2 dokumentu, tiret 7 i na stronie 6 w części „Zakres pomiaru i progów alarmowych”,

- wymaganie - częstość akcji serca SpO2 – wynika ze wstępnej treści dokumentu - strona 1 dokumentu „MMS przygotowuje dane pomiarowe związane z EKG, arytmiami, ST, oddechem, saturacją tlenową krwi tętniczej (SpO2), nieinwazyjnym pomiarem ciśnienia krwi (NBP) oraz inwazyjnym pomiarem ciśnienia i temperaturą.” oraz ze strony 2 dokumentu, tiret 6 „pomiar saturacji w technologii FAST SpO2 podnoszącej dokładność pomiaru nawet przy poruszaniu i w stanach niskiej perfuzji.”,
- wymaganie dotyczące kabli i czujników potwierdzone zostało na stronie 2 dokumentu, tiret 1.

Powyższe, w ocenie Izby, stanowi o spełnieniu wymagań opisanych w pkt VIII ppkt 4 Załącznika nr 5a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wypełnia wymóg określony w pkt 9.9 ppkt 10 Specyfikacji. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż charakter dokumentów redagowanych przez producenta powoduje, iż istnieje konieczność przeanalizowania jego treści pod kątem określonych wymagań stawianych przez Zamawiającego. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż bez znaczenia pozostają z punktu widzenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznej intencje Zamawiającego, jeżeli nie zostały one w jasny sposób odzwierciedlone w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy, aby dostarczył on inne urządzenie niż zostało opisane w Specyfikacji.

Z uwagi na fakt, iż potwierdził się tylko jeden z zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, co pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....