

Sygn. akt: KIO/UZP 564 /08

**WYROK**  
z dnia 23 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Członkowie: Barbara Bettman**

**Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 czerwca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ALTERIS Sp. z o.o. ul. PCK 6/3, 40-057 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Al. Kraśnicka 100, 20-718 Lublin** protestu z dnia **26 maja 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny oferty po uprzednim wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zgodności oferowanych urządzeń z specyfikacją istotnych warunków zamówienia.**

2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Al. Kraśnicka 100, 20-718 Lublin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ALTERIS Sp. z o.o. ul. PCK 6/3, 40-057 Katowice;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Al. Kraśnicka 100, 20-718 Lublin** na rzecz **ALTERIS Sp. z o.o. ul. PCK 6/3, 40-057 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ALTERIS Sp. z o.o. ul. PCK 6/3, 40-057 Katowice.**

## **Uzasadnienie**

Ogłoszenie Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 20-718 Lublin, Al. Kraśnicka 100 zwanego dalej "Zamawiającym" o zamówieniu na dostawę pod nazwą "Dostawa urządzeń wraz z systemem informatycznym do zastąpienia mokrego systemu uzyskiwania zdjęć rentgenowskich systemem elektronicznym dla potrzeb Zakładu Diagnostyki Radiologicznej. Przedmiot zamówienia obejmuje również instalację i przeszkolenie personelu." numer referencyjny WSZSPRZP-333/27/2008 ukazało się w dniu 26.02.2008r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2008/S 39-053978.

Pismem z dnia 26.05.2008r. spółka Alteris Sp. z o.o. ul. PCK 6/3, 40-057 Katowice zwana dalej "Odwołującym" wniosła protest do Zamawiającego, wskazując na naruszenie jego interesu prawnego, w związku z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty z naruszeniem art.89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych ( Dz.U.j.t. 2007r. Nr 223 poz. 1655) zwanej dalej "ustawą Pzp" oraz zaniechaniem wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Decyzji Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp : 1 ) art. 91 ust.1, art.7 ust.1 i 3, 2 ) art.26 ust. 3 i 4 . Stwierdzając, że zarzuty Zamawiającego pod adresem oferty Odwołującego są bezpodstawne przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Oferowany serwer Thomas - Krenn SR 108 spełnia wymagania pkt XII ppkt 7 i 1 5 Załącznika nr 1 do SIWZ " Zestaw parametrów granicznych i ocenianych – pośrednia radiografia cyfrowa, system archiwizacji PACS , RIS i dystrybucja obrazów", ponieważ serwer ten może mieć pamięć rozbudowaną do 32 GB. Serwer ten również spełnia wymóg ppkt 15 : " zasilanie redundantne HotPlug". Odwołujący spełniając wymóg Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej "SIWZ" zawarty w części C SIWZ „Dokumenty i oświadczenia dodatkowe” pkt 5 dotyczący dołączenia materiałów informacyjnych dotyczących oferowanych urządzeń, załączył standardową ulotkę serwera Thomas – Krenn , która zawiera podstawowe dane techniczne charakteryzujące produkt, nie zawiera tych funkcji, które mogą stanowić opcję dla klienta.

Oferowana stacja technika CR 975 oraz Remote Operation Panel spełnia wymóg opisany w pkt. IV Stacja technika ppkt.5, bowiem posiada możliwość podłączenia klawiatury i innych urządzeń peryferyjnych np: myszy po łączu USB. Oferowane urządzenia spełniają wymóg wpisywania danych pacjentów zarówno za pomocą ekranu dotykowego jak i klawiatury, co spełnia wymagany parametr.

Odwołujący w złożonym proteście żąda :

1. przywrócenia do postępowania i ponownej oceny oferty,

2. powtórzenia czynności oceny ofert, sprawdzenia ich zgodności z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ,
3. w przypadku wątpliwości przy ponownym rozstrzygnięciu postępowania wezwania do złożenia wyjaśnień,
4. powtórzenia czynności rozstrzygnięcia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W złożonym proteście Odwołujący przyłącza się do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu po stronie Zamawiającego w części dotyczącej odrzucenia ofert : FUJIFILM i Creator – Comm Sp. z o.o., uważając zarzuty w piśmie o ofertach wykluczonych i odrzuconych z dnia 19.05.2008r. za słuszne, za wyjątkiem zarzutu dotyczącego stacji technika CR 975 oraz Remote Operation Panel.

Pismem z dnia 05.06.2008r. Zamawiający oddalił protest w części dotyczącej serwera Thomas Krenn oraz redundantnych zasilaczy w technologii Hot Plug, a uwzględnił w zakresie stacji technika CR 975 oraz Remote Operation Panel.

W zakresie uwzględnionej części protestu Zamawiający oświadcza, że potwierdza możliwość podłączenia za pomocą USB klawiatury. Zamawiający poucza Odwołującego, że skoro w standardowym wyposażeniu brak klawiatury, to powinien w ofercie zaznaczyć, że ją zainstaluje poprzez złącze USB.

W zakresie nie uwzględnionej części protestu, Zamawiający po pierwsze stwierdził, że oferta ma charakter wariantowy, ponieważ przedłożone materiały informacyjne wskazują na trzy różne modele serwera Thomas Krenn SR 108. Natomiast po analizie parametrów wszystkich modeli wynika, że jeden z nich to jest model serwera Thomas Krenn Typu Tower Dual CPU Intel SR 108 SAS/STA ZEON 5xxx ma najbardziej oczekiwane parametry, ale nie spełnia wymogu co do możliwości zainstalowania pamięci operacyjnej RAM do 24 GB oraz możliwości zainstalowania redundantnych zasilaczy w technologii HOT PLUG . Opis serwera w materiałach informacyjnych przewiduje możliwość zainstalowania pamięci do 16 RAM , a nie oczekiwanej do 24 RAM. Zamawiający przyznaje, że z materiałów informacyjnych wynika możliwość zainstalowania zasilaczy redundantnych, ale nie wskazano, że w technologii HOT PLUG. W ocenie Zamawiającego skoro z materiałów informacyjnych nie wynika zaoferowanie wymaganych urządzeń to nie widzi potrzeby występowania w trybie art.26 ust.3 i 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów lub wyjaśnień. Wymogi Zamawiającego wykraczają poza standardowy serwer Thomas Krenn. Zamawiający podkreśla, że w proteście Odwołujący nie przedstawia argumentacji w postaci informacji i materiałów technicznych na poparcie swojego stanowiska. W tym stanie rzeczy Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 09.06.2008r. nadanym w dniu 10.06.2008r. (data stempla pocztowego) Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście. Przy czym zmodyfikował żądania w stosunku do żądań zawartych w proteście dodając żądania : unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w przypadku wątpliwości Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień z doprecyzowaniem jako podstawy prawnej żądania art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp, odrzucenia ofert firm: Creator – Comm Sp z o.o. oraz Fuji Film Sp. z o.o.

Z uwagi na to, że Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego w zakresie części IV Załącznika nr 1 do SIWZ pod nazwą Stacja Technika pkt 5 o treści “ wpisywanie danych pacjenta bezpośrednio na stanowisku za pomocą klawiatury i ekranu dotykowego”, odwołanie nie dotyczy tegoż zarzutu.

W uzasadnieniu Odwołujący przytoczył argumentację formalno prawną zawartą w proteście rozszerzając ją następująco.

Zamawiający nie wymagał podania bliższych danych technicznych o oferowanym serwerze, ograniczając swoje wymogi do podania producenta.

Nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zaoferował rozwiązanie wariantowe. W jego ocenie są to różne warianty tego samego modelu. Modelem jest serwer Thomas Krenn SR 108, a wariantami modelu są : single CPU silent, single CPU, dual CPU i jako dowód na powyższe twierdzenie przywołuje fax od Maćka Osika przedstawiciela producenta Thomas - Krenn. AG Germany załączony do odwołania.

W dalszej części uzasadnienia odwołania podnoszona jest argumentacja za odrzuceniem oferty wykonawców : Creator – Comm Sp. z o.o. oraz Fujifilm Sp. z o.o. z przywołaniem argumentacji zamieszczonej w piśmie Zamawiającego z dnia 19.05.2008r. pod tytułem “Informacja o wyniku postępowania”.

W ocenie Odwołującego różne rozstrzygnięcia złożonych protestów przez Zamawiającego co do ofert : Creator Comm i Odwołującego, świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców oraz naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji, co narusza interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi i wywodzi jak dotychczas.

#### Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje :

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców :

1. Fujifilm Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 178, 02 – 486 Warszawa
2. Alteris Sp. z o.o. ul. PCK 6/3 40 – 057 Katowice ( Odwołujący)
3. Creator – Comm Sp. z o.o., ul. Dolna 30 A /5 00 – 774 Warszawa zwany dalej “Creator – Comm Sp. z o.o.”,

ustalenie dokonane na podstawie Protokołu z zebrania komisji przetargowej Zamawiającego z dnia 02.04.2008r.

W wyniku decyzji Zamawiającego z dnia 19.05.2008r. wszystkie trzy oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w ocenie Zamawiającego treść złożonych ofert jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Tym samym Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, zamawiający w przetargu nieograniczonym unieważnia postępowanie, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu ofert została oprotestowana przez następujących wykonawców :

1. Alteris Sp. z o.o. ( Odwołujący) pismo z dnia 26.05.2008r.,
2. Creator – Comm Sp. z o.o. pismo z dnia 21.05.2008r. doręczone w dniu 23.05.2008r.

Pismem z dnia 23.05.2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesionym proteście przez Creator – Comm przesyłając protest, wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym, informując o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą, wzywając wykonawców do przedłużenia ważności wadium do dnia 30.06.2008r.

Odwołujący nie złożył odrębnego pisma o przyłączeniu do postępowania protestacyjnego, ale w złożonym proteście na odrzucenie jego oferty w jego części końcowej zawarł sformułowanie : “ Jednocześnie pragniemy przyłączyć się do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu po stronie Zamawiającego , w części dotyczącej odrzucenia ofert złożonych przez firmy : FUJIFILM i Creator - Comm Sp. z o.o., uważając zarzuty podniesione w “Informacji o ofertach wykluczonych i odrzuconych” z dnia 19.05.2008r. za słuszne ( z wyjątkiem zarzutu dotyczącej stacji technika CR 975 oraz Remote Operation Panel ).”

Wykonawcy, którzy złożyli protest przedłużyli wadia :

1. Odwołujący pismem z dnia 26.05.2008r. wyraził zgodę na przedłużenie wadium wniesionego w formie pieniężnej do dnia 30.06.2008r.,
2. Creator – Comm przy piśmie z dnia 29.05.2008r. przesłał Aneks Nr I do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wystawionej przez Inter Risk Vienna Insurance Group, przedłużający ważność wadium do 30.06.2008r.

Zamawiający rozstrzygnął protesty :

1. uwzględnił protest Creator – Comm Sp. z o.o. (zawiadomienie do wszystkich

wykonawców z dnia 05.06.2008r o unieważnieniu decyzji z dnia 19.05.2008r. o odrzuceniu oferty Creator – Comm Sp. z o.o. i o unieważnieniu postępowania ),

2. uwzględnił protest w części dotyczącej stacji technika CR 975 oraz Remote Operation Panel a oddalił w części dotyczącej serwera produkcji Thomas Krenn SR 108 – Odwołującego ( rozstrzygnięcie protestu z dnia 05.06.2008r.).

Odwołujący w złożonym proteście zażądał :

1. przywrócenia oferty do postępowania i ponowną ocenę oferty,
2. powtórzenia czynności oceny ofert,
3. ewentualnego wezwania do złożenia wyjaśnień,
4. powtórzenia rozstrzygnięcia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Natomiast zarzucił nieuprawnione odrzucenie oferty i zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień, wskazując na naruszenie art. 91 ust.1, art. 7 ust.1 i 3 oraz art.26 ust.3 i 4, pośrednio art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w złożonym odwołaniu zażądał

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty,
2. przywrócenia oferty do postępowania i ponowną ocenę oferty,
3. powtórzenia czynności oceny ofert,
4. ewentualnego wezwania do złożenia wyjaśnień,
5. powtórzenia rozstrzygnięcia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty,
6. odrzucenie ofert Creator – Comm oraz Fujifilm Polska Sp. z o.o.

Natomiast zarzucił bezpodstawne odrzucenie oferty, nierówne traktowanie wykonawców, nie odrzucenie ofert Creator - Comm i Fujifilm., wskazując na naruszenie art.7 ust.1, art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art.89 ust.1 pkt 6 ustawy, a także art.146 ust.1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp “Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.”

Z kolei zgodnie z art. 180 ust.8 ustawy Pzp “Protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, związane przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.”

Natomiast zgodnie z art. 184 ust.1 ustawy od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Zawartość odwołania reguluje Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań ( Dz. U. 2007r. Nr 187 poz.1327 ) wydane na podstawie art. 193 a pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie

z którym odwołanie zawiera między innymi : zwięzłe przedstawienie zarzutów, wniosek ( żądanie ) co do rozstrzygnięcia odwołania, uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z powyższych regulacji wynika, że Izba rozstrzygając wnioski i zarzuty zawarte w odwołaniu jest związana zarzutami, a tym samym wnioskami (żądaniem) zawartymi w proteście. W tym stanie rzeczy Izba może orzekać w przedmiotowej sprawie o zasadności żądań : unieważnienia odrzucenia oferty, a przez to żądania przywrócenia oferty, jej ponownej oceny z ewentualnym wezwaniem do wyjaśnień, aż po dalej idące : powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Bowiem Odwołujący postawił zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp , bez uprzedniego wezwania Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp.

Natomiast Izba nie rozpatrzyła wniosku o odrzucenie oferty wykonawców Creator - Comm Sp. z o.o. oraz Fujifilm Polska Sp. z o.o. Uznając nawet za skuteczne przystąpienie Odwołującego do postępowania protestacyjnego, wskutek wniesienia protestu pismem z dnia 21.05.2008r. przez Creator – Comm Sp. z o.o., jako czynności dodatkowej Odwołującego w proteście z dnia 26.05.2008r. na odrzucenie jego oferty. Bowiem Odwołujący uzyskując status uczestnika postępowania protestacyjnego uruchomionego przez Creator – Comm Sp. z o.o., nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego przywracającą Creator-Comm do udziału w postępowaniu, powinien w tym zakresie wnieść odrębne odwołanie włącznie z uiszczeniem odrębnego wpisu, czego nie uczynił.

Zgodnie z art. 181 ust.5 ustawy Pzp wykonawca przystępujący do postępowania protestacyjnego wskazuje swój interes prawny w przystąpieniu i określa swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Zamawiający rozstrzygnięcie protestu przekazuje nie tylko wykonawcy, który wniósł protest, ale także wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania protestacyjnego toczącego się w wyniku wniesienia protestu ( art.183 ust.4 ustawy Pzp.). Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie ( art.184 ust.1 ustawy Pzp.). Tym samym, jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z decyzją Zamawiającego o uwzględnieniu protestu Creator – Comm Sp. z o.o. to powinien wnieść od tej decyzji własne odwołanie.

Powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie w komentarzu wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego do Prawa zamówień publicznych wydawnictwo Urzędu Zamówień Publicznych Warszawa 2007r., zgodnie z którym cytuję.

Komentarz do art. 181 ustawy Pzp pkt 8 str. 516 i 517 „Skutki prawne przekazania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopii wniesionego protestu i wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu określa ust.4. Są one następujące : wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron ( protestującego lub



zamawiającego ) i w związku z tym przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu – stają się uczestnikami tego postępowania; Status uczestnika postępowania protestacyjnego jest równy statusowi strony tego postępowania, czego wyrazem jest uprawnienie tegoż uczestnika nie tylko do udziału w postępowaniu protestacyjnym, ale też do ewentualnego wniesienia własnego odwołania od rozstrzygnięcia protestu.”

Komentarz do art.184 ustawy Pzp pkt 7 str. 530 “ Uprawnionym do wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu jest protestujący. Uprawnienie to wynika ze statusu strony postępowania protestacyjnego. Legitymację czynną do wniesienia odwołania posiada też wykonawca, który na wezwanie zamawiającego - wykazując, że ma interes prawny w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście – zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tego protestu. Wnosząc odwołanie wykonawca, o którym mowa, jest jednak ograniczony zakresem żądania, jakie sformułował w swym przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, a zatem nie może wykroczyć poza granice tego żądania, także wówczas, gdy zakres żądania protestującego był szerszy”.

Reasumując, skoro decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Creator – Comm Sp. z o.o. była odrębną decyzją od decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego to zarówno protesty jak i odwołania powinny być odrębne, ponieważ dotyczą dwóch niezależnych czynności Zamawiającego.

Izba również nie rozpoznała naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, wskazanego w odwołaniu, ponieważ Odwołujący ani w proteście, ani w odwołaniu nie wskazał okoliczności, iż Zamawiający naruszył zasady odrzucenia oferty, w przypadku gdy oferta zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Także Izba nie rozpoznała zarzutu naruszenia art. 146 ust.1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp zawartego w odwołaniu, ponieważ ani w proteście, ani w odwołaniu nie wskazano na okoliczności mogące prowadzić do zawarcia nieważnej umowy w związku z dokonaniem wyboru oferty z rażącem naruszeniem przepisów ustawy Pzp lub w związku z tym, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie Pzp, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

Reasumując powyższe wywody Izba rozpoznała zarzuty dotyczące odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz nie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy wskazać Odwołującemu, iż skoro tak licznie wskazał żądania na jedną czynność odrzucenia oferty to nie zwrócił uwagi na to, że Zamawiający oprócz odrzucenia oferty w piśmie z dnia 19.05.2008. wysłanym do wszystkich uczestników

postępowania o udzielenie zamówienia, poinformował również o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, której to czynności Odwołujący nie oprotestował wnosząc o jej unieważnienie. Izba z tego powodu nie dyskwalifikuje odwołania, ponieważ czynność unieważnienia postępowania jest czynnością następującą po odrzuceniu wszystkich ofert tym bardziej, że Zamawiający uwzględniając protest wykonawcy Creator – Comm Sp. z o.o. w dniu 05.06.2008r. zawiadomił wszystkich wykonawców o przywróceniu ważności postępowania.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z powodu następujących okoliczności faktycznych i prawnych.

Zamawiający następująco sformułował wymogi co do treści oferty w zakresie zaoferowanych produktów.

W SIWZ w Części II pod nazwą Dokumenty i oświadczenia jakie musi załączyć Wykonawca do oferty w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego: określono w pkt C pod nazwą dokumenty i oświadczenia dodatkowe zawarto zapis o treści: ppkt 1. Prawidłowo wypełniony Formularz cenowy zawierający ceny netto i brutto oraz załącznik nr 1 i załącznik nr 2 stanowiące załączniki do SIWZ i ppkt 5 „Materiały informacyjne dotyczące oferowanych urządzeniach”.

W SIWZ w pkt XII pod nazwą Odrzucenie ofert – Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli : ppkt 2 jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Załącznik nr 1 pod nazwą Zestaw parametrów granicznych i ocenianych Pośrednia radiografia cyfrowa, System archiwizacji PACS, RIS i dystrybucja obrazów składa się z XVI części w których kolejno opisane są urządzenia będące przedmiotem dostawy z opisanymi parametrami technicznymi, które to urządzenia mają spełniać. Przy czym w ostatnich dwóch częściach to jest XV i XVI zawarto warunki serwisu, gwarancji, szkolenia oraz ogólne warunki wykonania dostawy. Tabela przy każdym urządzeniu zawiera następujące kolumny : liczba porządkowa, producent oraz nazwa i typ, parametr wymagany, wartość oferowana, zasady punktacji. Z tak sformułowanej tabeli i obowiązku jej załączenia do oferty po wypełnieniu wynika, że dostawca powinien potwierdzić przy każdym urządzeniu czy spełnia poszczególne parametry poprzez wpisanie słowa „tak” oraz w niektórych przypadkach podając spełniane parametry.

Odwołujący załączył do oferty wypełniony formularz załącznika nr 1 i wpisał dane zgodnie z oczekiwaniami wynikającymi z treści zał. Nr 1.

I tak między innymi to jest w zakresie zakwestionowanych parametrów przez Zamawiającego na podstawie załączonych „Materiałów informacyjnych oferowanych urządzeń” wpisał :

1. w części XII tabeli o nazwie wymagania techniczne serwera RIS/PACS w poz.3 “Producent” wpisał : Thomas Krenn SR 108,
2. w części XII tabeli o nazwie wymagania techniczne serwera RIS/PACS w poz.7 odnoszącej się do “Pamięć min.2 RAM GB 667 MHz typu ECC z możliwością rozbudowy do min.24 GB w dwóch identycznych modułach w kolumnie “wartość oferowana” wpisał “ Tak, 2048 MB ECC Reg DDR2-667 ( 2x1024 MB)”.
3. W części XII tabeli o nazwie wymagania techniczne serwera RIS/PACS w poz. 15 “zasilanie redundantne HotPlug” w kolumnie “wartość oferowana” wpisał “Tak”.

Do tak wypełnionych rubryk Zamawiający nie wniósł żadnych zastrzeżeń przy badaniu ofert. Wątpliwości Zamawiającego co do tego czy oferowane są urządzenia, które posiadają oczekiwane parametry techniczne pojawiły się po zapoznaniu z materiałami informacyjnymi dotyczącymi oferowanych urządzeń. W ocenie Zamawiającego urządzenia przedstawione w materiałach informacyjnych nie spełniają wymogów określonych w zał. Nr 1 do SIWZ, który po wypełnieniu został załączony do oferty.

Odwołujący twierdzi w proteście i w odwołaniu, że podstawą oceny jego oferty powinien być wypełniony Zał. Nr 1, a materiały informacyjne są dokumentami poglądowymi, a nie potwierdzającymi zgodność treści oferty z treścią SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Izby należy podzielić pogląd Odwołującego oraz drugiego wykonawcy Creator - Comm Sp. z o.o., którzy w swoich protestach kwestionowali znaczenie jakie przypisuje Zamawiający przy ocenie ofert, materiałom informacyjnym dotyczącym oferowanych urządzeń.

Z przebiegu postępowania można wnioskować, że uczestnicy postępowania sformułowane SIWZ nie rozumieli w ten sposób, że do postępowania mogą startować tylko ci wykonawcy, którzy posiadają najpóźniej na dzień składania ofert urządzenia odpowiadające w pełnym zakresie parametrom określonym w zał. Nr 1 do SIWZ.

O powyższym może świadczyć okoliczność, iż jeden z wykonawców wystąpił z zapytaniem przed terminem składania ofert “Czy ze względu na dużą ilość sprzętu produkowanego na indywidualne zamówienie ze specyficzną konfiguracją prosimy o wydłużenie terminu realizacji z 6 do 8 tygodni od dnia podpisania umowy. Bowiem 6 tygodni to standardowy czas wyprodukowania sprzętu od daty złożenia zamówienia. Co prawda Zamawiający nie wyraził zgody na wydłużenie terminu, ale nie stwierdził np: że sprzęt powinien być wyprodukowany na dzień składania ofert.

Zamieszczenie w SIWZ obowiązku dołączenia do oferty materiałów informacyjnych bez wskazania, że mają one przedstawiać urządzenia spełniające wszystkie parametry

wymienione w zał. Nr 1, również w ocenie składu orzekającego Izby nie jest usprawiedliwione, ponieważ z żadnego zapisu SIWZ nie wynika obowiązek posiadania na stanie magazynowym wykonawców czy producentów urządzeń objętych przedmiotowym postępowaniem.

Pojęcie materiały informacyjne oferowanych urządzeń, jest tak ogólnym sformułowaniem, że nie można z takiego zapisu SIWZ wywodzić niekorzystnych skutków dla uczestników postępowania w zakresie, że na podstawie tych materiałów Zamawiający ma prawo dyskwalifikować oferty jako sprzeczne z treścią SIWZ.

Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego na rozprawie, że materiały informacyjne oferowanych urządzeń są przedkładane na potwierdzenie spełnienia parametrów wyspecyfikowanych w zał. Nr 1 do SIWZ. Takie twierdzenie stanowi nieuprawnioną modyfikację znaczenia „Materiałów” po wniesieniu ofert na etapie ich badania. Skoro Zamawiający oczekiwał w „Materiałach” potwierdzenia wymogów w SIWZ – zał. Nr 1 to powinien to jednoznacznie sformułować dopisując na przykład do dokumentu „Materiały informacyjne oferowanych urządzeń” zwrot „potwierdzające parametry określone w SIWZ – zał. Nr 1. Natomiast samo użycie nazwy dokumentu „Materiały informacyjne oferowanych produktów” nie wskazuje, że wykazane tam urządzenia muszą mieć opisane wszystkie parametry z Zał. Nr 1 do SIWZ.

Nie można również podzielić poglądu Zamawiającego, że obowiązkiem wykonawcy jest występować o wyjaśnienia do Zamawiającego w razie jakichkolwiek wątpliwości. Twierdzenie takie można byłoby formułować, gdyby Zamawiający udowodnił wykonawcy, że takie wątpliwości miał. W świetle skierowanego zapytania jednego z wykonawców o możliwość przedłużenia terminu dostawy z uwagi na dużą ilość sprzętu produkowanego na indywidualne zamówienie oraz treści udzielonej odpowiedzi przez Zamawiającego, należy wnioskować, że wykonawcy mogli być przekonani o charakterze poglądowym materiałów. Tym bardziej, że zarzut Zamawiającego nie przedstawienia w materiałach informacyjnych oferowanych urządzeń wszystkich oczekiwanych parametrów w myśl zał. Nr 1 do SIWZ został skierowany do dwóch wykonawców na ogólną liczbę trzech przystępujących do postępowania.

Izba przyjęła w poczet dowodów przedłożone przez Odwołującego na rozprawie dokumenty:

1. deklaracja zgodności YAMO Sp. z o.o. na serwer YAMO MEGA T5120 wystawiona w dniu 01.02.2008 r. oraz ulotki techniczne Pixel Technology Opis Chazon - PACS – Łódź, znajdujące się w ofercie wykonawcy Creator - Comm Sp. z o.o. na okoliczność, że wykonawca w załączonej deklaracji zgodności i ulotce technicznej nie wykazuje parametrów technicznych odpowiadających parametrom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ co jest dowodem na nierówne traktowanie wykonawców.

2. pismo Thomas-Krenn.AG z dnia 19.06.2008 r. do Odwołującego w którym oświadcza, że na dzień 01.04.2008 r. Serwer typu Thomas-Krenn SR108 Intel dual CPU posiada możliwość rozszerzenia pamięci RAM do 32 GB i możliwość zasilania redundantnego hot-plug, co jest dowodem na to, że oferowane urządzenia spełniają wymogi parametrów określonych w załączniku nr 1.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniając odwołanie orzeka o unieważnieniu odrzucenia oferty Odwołującego z nakazaniem Zamawiającemu wezwania do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego, dotyczących dokumentu pod nazwą "Materiały informacyjne oferowanych urządzeń", na podstawie art. 26 ust.4 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający ma wątpliwości czy Odwołujący zapewni dostawę serwera Thomas Krenn SR 108 z możliwością jego rozbudowy do min 24 GB oraz czy zasilanie redundantne przewiduje w technologii HotPlug. Bowiem zgodnie z art.26 ust.4 ustawy Pzp zamawiający wzywa także w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów. Natomiast Izba, nie widzi podstaw do żądania uzupełnienia dokumentów to jest ulotek producenta, o dodatkowe dane techniczne, ponieważ w ocenie Izby załączone ulotki urządzeń spełniają wymóg SIWZ w zakresie „Materiałów informacyjnych oferowanych urządzeń”. Bowiem zgodnie z art.26 ust.3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów lub złożyli dokumenty zawierające błędy, a takiej okoliczności Izba nie stwierdza.

Reasumując Odwołujący wykazał naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w związku z nieuzasadnionym odrzuceniem jego oferty bez zażądania wyjaśnień co do zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami technicznymi określonymi w zał. Nr 1 do SIWZ, czym naruszono zasadę równego traktowania wykonawców przewidzianą w art. 7 ust.1 ustawy Pzp., ponieważ w porównywalnych okolicznościach Zamawiający wezwał drugiego wykonawcę Creator –Comm Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień.

W pozostałym zakresie Izba nie stwierdza naruszeń podnoszonych artykułów 7 ust.3, 91 ust.1, 26 ust.3, 89 ust.1 pkt 6 i art.146 ust.1 pkt 5 i 6.ustawy Pzp, ponieważ nie obejmują one podniesionych w proteście zarzutów oraz nie wykazano okoliczności faktycznych odpowiadających dyspozycji zawartych w tychże artykułach ustawy.

W szczególności Izba nie widzi podstaw prawnych, aby Zamawiający żądał na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp uzupełnienia dokumentów pod nazwą "Materiały informacyjne oferowanych urządzeń", skoro w SIWZ nie określił bliżej co te "Materiały" winny zawierać. z uwagi na to, że Izba orzeka w granicach zarzutów protestu, które dotyczyły odrzucenia oferty Odwołującego i nie wezwania do złożenia wyjaśnień.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny oferty po uprzednim wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zgodności oferowanych urządzeń z specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W pozostałym zakresie Izba oddala wnioski w tym rozpoznania żądania nakazania Zamawiającemu odrzucenia ofert Creator – Comm Sp. z o.o. i Fujifilm Polska Sp. z o.o. Izba przedstawiła stanowisko co do konieczności odrębnego odwołania w powyższej części uzasadnienia. Dodatkowo Izba wyjaśnia, iż żądanie odrzucenia oferty Fujifilm Polska Sp. z o.o. jest bezprzedmiotowe wobec nie oprotestowania przez tę Spółkę decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jej oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*