

Sygn. akt: KIO 1009/12

WYROK
z dnia 1 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant : Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2012 r. przez **TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie, ul. Lwowska 60**

przy udziale **wykonawcy GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1009/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **TMS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TMS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84** 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup, dostawę, montaż i uruchomienie systemu tomografii komputerowej dla Szpitalnego Oddziału Ratunkowego wraz z adaptacją pomieszczeń (nr sprawy zp250/114/2011 zostało wszczęte przez zamawiającego Szpital Wojewódzki nr 2 im. Świętej Jadwigi Królowej w Rzeszowie, ul. Lwowska 60 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej oraz opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2012r. za numerem 2012/S 1-001414.

W dniu 23 marca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty dla pakietu nr 1 „zakup, dostawa, montaż i uruchomienie systemu tomografii komputerowej dla Oddziału Ratunkowego”, za którą uznał ofertę złożoną przez Philips Polska Sp. z o.o.

W dniu 2 kwietnia 2012 r. odwołujący – TMS Sp. z o.o. wniósł odwołanie dotyczące pakietu nr 1 (sprawa odwoławcza sygn. akt KIO 641/12) zarzucając zamawiającemu: zaniechanie odrzucenia oferty Philips Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. T.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zaniechanie wykluczenia Philips Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, gdyż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na przebieg postępowania i nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Philips Polska Sp. z o.o., odrzucenia oferty Philips Polska Sp. z o.o. i wykluczenie Philips Polska Sp. z o.o. z postępowania.

Przystępujący w sprawie sygn. akt KIO 641/12 Philips Polska Sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania ze względu na brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy lub ewentualnie z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nim zarzutów. Odwołujący zajął bowiem trzecie (ostatnie) miejsce w rankingu ofert dla pakietu nr 1, w którym na drugim została zakwalifikowana oferta GE Medical Systems Sp. z o.o., w stosunku do której odwołujący nie sformułował żadnych zarzutów. Nawet więc gdyby przyjąć, że zarzuty odwołującego są zasadne i oferta przystępującego zostałaby odrzucona, oferta GE Medical Systems Sp. z o.o. i tak uzyskałaby więcej punktów, oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na drugim miejscu i nadal nie mogłaby być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Jeśli uwzględnienie zarzutu pozostaje bez wpływu na wybór oferty odwołującego, należy uznać, iż nie doszło do naruszenia jego interesu w uzyskaniu zamówienia, a interes ten mogą wykazać tylko ci, którzy udowodnią, że gdyby podnoszone przez nich naruszenie przepisów nie miało miejsca, otrzymaliby zamówienie. W praktyce oznacza to, że wykonawcy znajdujący się po ocenie ofert na dalszych pozycjach niż pierwsza i druga, są pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia, chyba, że oprostestowaliby skutecznie wszystkie oferty, którym przyznano większą liczbę punktów. Odwołujący nie wykazał również, iż zarzucane zamawiającemu naruszenia naraziły go na możliwość poniesienia szkody, gdyż szkoda dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy, odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W dniu 16 kwietnia 2012r. Izba rozpoznała odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 641/12 uznając jednak, że odwołujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu postępowania poprzez dokonanie czynności żądanych w odwołaniu, gdyż jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, zaś pomimo tego, że obecnie został zakwalifikowany na trzecim miejscu rankingu, w przypadku oceny ofert bez oferty Philips Polska Sp. z o.o., ranking ten może się zmienić. Okoliczność tę potwierdziło również podobne oświadczenie GE Medical Systems Sp. z o.o. złożone w uzasadnieniu rozpatrywanego przez Izbę łącznie z niniejszym odwołania o sygn. akt KIO 647/12, w stosunku do zarzutów dotyczących oferty TMS Polska Sp. z o.o., natomiast zamawiający tym oświadczeniom obu wykonawców nie zaprzeczył. Dodatkowo nawet zmiana pozycji odwołującego w rankingu z miejsca trzeciego na drugie nie jest zupełnie obojętna dla jego interesu w uzyskaniu zamówienia – w przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w art. 94 ust. 3 ustawy.

W dniu 2 kwietnia 2012r. odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 23 kwietnia 2012r. wniósł także wykonawca GE Medical Systems sp. z o.o. Odwołanie było przedmiotem rozpoznania w sprawie sygn. akt KIO 647/12. W tej sprawie GE Medical Systems sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy, zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez Philips Polska Sp. z o.o. i TMS Sp. z o.o., zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawców Philips Polska Sp. z o.o. i TMS Sp. z o.o. z powodu złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, dokonał błędnej oceny ofert w kryterium „Parametry techniczne” poprzez bezpodstawne zaniżenie punktacji oferty odwołującego przy jednoczesnym zawyżeniu liczby punktów przyznanych pozostałym ofertom, a w konsekwencji wadliwej oceny końcowej ofert mającej wpływ na wynik postępowania, wskutek czego zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust.1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie ich zastosowania, „a także inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert Philips Polska Sp. z o.o. i TMS Sp. z o.o., wykluczenia wykonawców Philips Polska Sp. z o.o. i TMS Sp. z o.o. z postępowania, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego. Jednym z zarzutów odwołania GE Medical System Polska sp. z o.o. była błędna oceny ofert – w kryterium „Parametry techniczne” wykonawcy otrzymali:

odwołujący – 382,29 pkt., TMS Sp. z o.o. – 244,96 pkt., Philips Polska Sp. z o.o. – 436,31 pkt., tymczasem po dodaniu liczby punktów prawidłowa ocena powinna wyglądać następująco: odwołujący – 375,38 pkt., TMS Sp. z o.o. – 234,01 pkt., Philips Polska Sp. z o.o. – 416,31 pkt., zamawiający popełnił bowiem błędy w ocenie ofert w pozycjach: 5., 10., 11., 44., 81. – 84. i 121. „Zestawienia parametrów technicznych granicznych” polegające na:

- a) poz. 5. – zamawiający policzył punkty od wartości granicznej, a nie minimalnej i przyznał 12,5 pkt. TMS Sp. z o.o.,
- b) poz. 10. – przyznał 20 pkt. Philips Polska Sp. z o.o., chociaż maksymalna ilość punktów w tym parametrze została określona na 10 pkt.,
- c) poz. 11. – przepisał błędną wartość z oferty odwołującego, zamiast 185 wpisano 175 i przyznano 0 pkt. zamiast 8 pkt.,
- d) poz. 44. – zapomniał, że zmienił punktację tego parametru na max. 5 pkt. i przyznał po 20 pkt. odwołującemu i Philips Polska Sp. z o.o.,
- e) poz. 81. – 84. – złe wyliczenia matematyczne,
- f) poz. 121. – omyłkowo nie przyznał 5 pkt. Philips Polska Sp. z o.o.

Przystępującymi do tego postępowania po stronie zamawiającego byli :

A. Philips Polska Sp. z o.o.

B. TMS Sp. z o.o.

W dniu 18 kwietnia 2012r. Izba wydała w sprawie sygn. akt KIO 647/12 wyrok, w którym uwzględniała odwołanie i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Philips Polska Sp. z o.o. Zarzuty GE Medical Systems Polska sp. z o.o. co do oferty odwołującego, Izba uznała za niepotwierdzone, natomiast, co do oceny oferty TMS Sp. z o.o. w poz. 5. „Zestawienia parametrów technicznych granicznych” Izba stwierdziła, że zamawiający w pozycji tej postawił wymóg zaoferowania systemu zapewniającego jednoczesną akwizycję minimum 128 warstw w jednym obrocie układu lampa – detektor, który miał oceniać według wzoru „maksymalna liczba warstw – 50 pkt, min. liczba warstw – 0 pkt, inne proporcjonalnie”. TMS Sp. z o.o. zaoferowało 160 warstw, co stanowi najmniejszą liczbę zaoferowanych warstw (pozostali wykonawcy zaoferowali 256 warstw), lecz jednocześnie większą niż minimalna liczba warstw wymagana przez

zamawiającego jako parametr graniczny – i w związku z tym zamawiający przyznał TMS Sp. z o.o. w tej pozycji 12,5 pkt.

Na gruncie opisu punktacji zawartej w „Zestawieniu parametrów technicznych granicznych” powstał spór, co należy rozumieć pod pojęciem „min. liczba warstw”: parametr graniczny (128 warstw), czy też najmniejszy oferowany (160 warstw) – skoro maksymalna liczba warstw wyraźnie odnosi się do warstw zaoferowanych, a w punktacji dla pozostałych pozycji zamawiający używał określenia „wartość graniczna”. Zdaniem Izby, z punktu widzenia zastosowanego określenia, każda z powyższych interpretacji mogłaby być prawidłowa, a zamawiającemu w opisie samych parametrów jak i przyznawanej za nie punktacji zabrakło konsekwencji w stosowaniu jednolitego nazewnictwa czy oznaczeń – raz wartości graniczne zawierał w kolumnie „parametry”, innym razem w kolumnie „wartość wymagana”, raz stosował określenia „minimalny/maksymalny”, innym razem symbole matematyczne „ \geq ” lub „ \leq ”, w kolumnie „punktacja” również podawał (oprócz innych) „minimalna” i „graniczna”. Tym samym trudno stwierdzić jakiś konkretny schemat pozwalający na interpretację zamiaru oceny poz. 5. „Zestawienia” poza jednym – zamawiający w pozycjach punktowanych ogólnie przyznawał punkty za zaoferowanie wartości lepszej niż wymagana „graniczna”. Dlatego też Izba uznała, że również w poz. 5. „Zestawienia” właściwe – i bardziej odpowiadające generalnym założeniom punktacji ofert – jest przyznanie takowych punktów za parametr korzystniejszy od minimalnego wymaganego (granicznego). Natomiast zaleciła na przyszłość, że zamawiający powinien starać się unikać sytuacji, w których zasady oceny mogłyby być niejednoznaczne oraz ujednoczyć nazewnictwo.

W dniu 8 maja 2012r. zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert, odrzucił ofertę wykonawcy Philips Polska sp. z o.o. i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty GE Medical Systems Polska sp. z o. o. na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta odwołującego.

W dniu 18 maja 2012r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy - art. 7 ust. 1,3 art. 24 ust.2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 5, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1
2. dokonanie błędnej oceny ofert poprzez zaniżenie punktacji oferty odwołującego, przy jednoczesnym zawyżeniu punktów przyznanych ofercie GE Medical Systems Polska Sp z o.o., co doprowadziło do wadliwej końcowej oceny ofert mającej wpływ na wynik postępowania, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1,3 art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 5
3. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy polegające na przyznaniu punktów za parametry techniczne urządzeń zaoferowanych przez wykonawców, w sposób

arbitralny, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, prowadzący w rezultacie do wyboru oferty nie posiadającej waloru oferty najkorzystniejszej

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej po przeprowadzeniu oceny zaoferowanych parametrów technicznych zgodnej z wymogami SIWZ oraz przepisami ustawy. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu wskazał, że analiza załączonego do informacji o wyniku postępowania popełnił błąd w sposobie oceny ofert w zakresie parametru opisanego przez zamawiającego w pkt. 5 Załącznika nr 3 do siwz dotyczącego systemu zapewniającego jednoczesną akwizycję minimum 128 warstw w jednym obrocie układu lampa rtg-detektor, gdzie zamawiający przewidział jako punktację za maksymalną liczbę warstwa – 50 pkt , a minimalną ilość warstw 0 pkt, inne proporcjonalnie. Zamawiający w ramach tego parametru przyznał odwołującemu 31,25 pkt, a GE Medical Systems Polska sp. z o.o. 50 pkt. Podczas, gdy jak wynika z wyroku Izby z dnia 18 kwietnia 2012r. sygn. akt KIO 647/12 punkty powinny być przyznawane następująco: 0 pkt za wartość minimalną/graniczną - 128 warstw, 50 pkt za wartość maksymalną, pozostałe wartości proporcjonalnie. Tymczasem zamawiający dokonując ponownej oceny ofert nie uwzględnił treści wyroku Izby w zakresie oceny parametru wymaganego w pkt 5, uznającego przyjęty przez zamawiającego podczas poprzedniej oceny sposobu obliczania punktów za prawidłowy i wykonał obliczenia wartości punktowej wprowadzając zupełnie nowy sposób, polegający na przyznaniu punktów za poszczególne wartości przyjmując „0” za wartość najmniejszą. W związku z tym odwołujący domaga się nakazania zamawiającemu zastosowania do obliczenia punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom sposobu obliczania, który Izba uznała za właściwy. Odwołujący uznał, że jest zainteresowany przeprowadzeniem przedmiotowego postępowania w sposób zgodny z zasadami zawartymi w ustawie PZP, oraz z postanowieniem KIO i chciałby uniknąć, w przypadku tego typu omyłki w przypadku ponownej oceny ofert, co mogłoby skutkować kolejnymi odwołaniami. W dalszej kolejności odwołujący zakwestionował prawidłowość oceny oferty GE Medical Systems Polska sp. z o.o., a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty oraz zaniżenia punktacji przyznanej odwołującemu. Według odwołującego GE Medical Systems Polska sp. z o.o. podał w swojej ofercie nieprawdziwe informacje, które spowodowały przyznanie mu punktów, których nie powinien był uzyskać, a co za tym idzie wpłynęły na wynik postępowania prowadząc do wyboru oferty GE Medical Systems Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Zarzuty te dotyczą następujących parametrów 5 i 43:

I. Parametr 5 Zestawienia Parametrów Technicznych Granicznych, pakiet nr 1 dotyczył zaoferowania systemu zapewniającego jednoczesną akwizycję minimum 128 warstw w jednym obrocie układu lampa rtg- detektor. W związku z tym parametrem zamawiający udzielał następujących odpowiedzi na zapytania wykonawców :

Odpowiedź do pytania nr 11.19 z dnia 03.02.2012r.

Zamawiający potwierdza, że wymaga zaoferowania systemu zapewniającego jednoczesną (w trakcie jednego obrotu układu lampa rtg - detektor) akwizycją minimum 128 warstw dla skanu aksjalnego lub spiralnego.

Odpowiedź do pytania nr IV. 1 z dnia 03.02.2012r. Zamawiający poprzez akwizycję rozumie uzyskanie takiej ilości danych, która poddana obróbce pozwoli na uzyskanie diagnostycznego obrazu.

Odpowiedź do pytania nr IV.2 z dnia 03.02.2012r.

Zamawiający wymaga podania maksymalnej liczby warstw dla jednego układu lampa rtg – detektor.

Firma GE Medical Systems Polska sp. z o.o. oświadczyła, że oferuje 256 warstw. Zamawiający wezwał tego wykonawcę do wyjaśnień w związku z zaoferowaną w pkt. 5 wartością. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ten 16 marca 2012r. przedstawił stosowne wyjaśnienia. W ocenie odwołującego, uwzględnienie przez zamawiającego wyjaśnień GE Medical Systems Polska sp. z o.o. spowodowało dokonanie oceny tej oferty w sposób sprzeczny z siwz. Z wyjaśnień jak i informacji zawartych na stronie 2/18 Arkusza Danych Produktu systemu Discovery CT750 HD (strona 175 oferty) w badaniu spektralnym – dwuenergetycznego wynika, że W naszej ocenie, zarówno dane techniczne, jak też wyjaśnienia, nie potwierdzają możliwości uzyskania w ciągu jednego obrotu 256 warstw. Firma GE Polska przedstawia w nich opis badania spektralnego – dwuenergetycznym występuje seria 4x64 warstwy, co oznacza, że w trakcie tego badania można uzyskać dane na temat 64 różnych warstw wykorzystując 4 różne sposoby ich prezentacji. Wynika z tego, że w tym badaniu uzyskuje się jedynie 64 warstwy z możliwością ich prezentacji na cztery różne sposoby, ale to, w ocenie odwołującego, nie oznacza, że uzyskano 256 różnych warstw. Właściwą wartością, według odwołującego, jest 128 warstw, zgodnie z informacjami zawartymi na stronie 11/18 Arkusza Danych Produktu systemu Discovery CT750 HD (strona 184 oferty). Przy pomocy opisanej metody Conjugate Cone - Beam Back Projection można uzyskać zestaw 128 różnych warstw, nakładających się częściowo, przesuniętych względem siebie o wartość równą połowie szerokości pojedynczego rzędu detektora. W związku z tym w ramach parametru 5 odwołującemu powinno być przyznane 50 pkt., a GE Medical Systems Polska sp. z o.o. 0 pkt.

2. parametru. 43 Zestawienia Parametrów Technicznych Granicznych dotyczyło zaoferowania generatora o mocy dostępnej w protokole klinicznym dla każdej energii > niż 70 kW. GE Medical Systems Polska sp. z o. o. zadeklarowała w tym parametrze 107kW i przyznano jej 20 pkt, a odwołującemu za 72 kW – 1,0810811 pkt.

Zgodnie z informacjami zawartymi na stronie 3/18 Arkusza Danych Produktu systemu Discovery CT750 HD firmy GE Medical Systems Polska sp. z o.o. (strona 176 oferty) wartość 107 kW możliwa jest do uzyskania wyłącznie podczas skanowania spektralnego, natomiast dla skanowania monoenergetycznego możliwa jest do uzyskania wartość 100 kW. Zgodnie z informacjami ze strony 1/18 Arkusza Danych Produktu systemu Discovery CT750 HD (strona 174 oferty) badanie spektralne wykonuje się dla dwóch wartości energii - 80 oraz 140 kV, nie jest więc możliwe uzyskanie mocy 100 kW dla innych dostępnych w urządzeniu energii, czyli 100 oraz 120 kV wymienionych na stronie 10/18 Arkusza Danych Produktu systemu Discovery CT750 HD (strona 183 oferty). Podana wartość 107 kW jest więc nieprawdziwa, właściwą wartością jest natomiast 100 kW. Dlatego odwołującemu powinna być zwiększona ilość punktów do 1,33 pkt.

W oparciu o błędną ocenę ofert dokonaną przez zamawiającego w tym kryterium odwołującemu przyznano jedynie 331,02 pkt, a powinno być przyznane 350,02 pkt, zaś GE Medical Systems Polska sp. z o.o. przyznano 419,43 pkt podczas, gdy powinno być przyznane 369,43 pkt. Ocena końcowa ofert jest zatem błędna bo odwołujący powinien był uzyskać 37,90 pkt., w kryterium parametry techniczne i łącznie 97,90 pkt, a GE Medical Systems Polska sp. z o.o. 40 pkt w kryterium parametry techniczne, a 94,02 łącznie. Gdyby zatem zamawiający prawidłowo oceniał oferty to oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu odwołującego, ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

W dniu 18 maja 2012r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię odwołania.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania w dniu 21 maja 2012r.

W dniu 24 maja 2012r. zgłosił swój udział w sprawie po stronie zamawiającego wykonawca GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ul. Wołoska 9. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla zamawiającego, gdyż jest wykonawcą wybranym, a zarzuty odwołania są bezzasadne i zostały wniesione po terminie. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy. W uzasadnieniu wskazał, na pierwszy wybór oferty i przyznaną wówczas punktację ofert. Podniósł, że zarówno on jak i odwołujący kwestionowali wnosząc odwołania pierwotny wybór i dokonaną w jego ramach punktację, przy czym odwołujący wówczas nie kwestionował oferty zgłaszającego przystąpienie. Z treści informacji o wyborze z dnia 23

marca 2012r. wyraźnie wynikał sposób ocenienia przez zamawiającego oferty zgłaszającego przystąpienie, a nadto odwołujący odnosi się wyłącznie do okoliczności – wyjaśnień zgłaszającego przystąpienie z dnia 16 marca 2012r., które miały miejsce przed pierwszym wyborem. Tym samym w ocenie zgłaszającego przystąpienie, termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od dnia 23 marca 2012r. tj. od daty przekazania informacji o pierwotnym wyborze, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy. Obecnie odwołanie jest spóźnione i jako takie powinno być odrzucone. Zgłaszający przystąpienie podniósł, że w jego ocenie odwołanie powinno być także odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, gdyż odwołujący kwestionuje czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 18 kwietnia 2012r. w sprawie sygn. akt KIO 647/12. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 kwietnia 2012r., udzielonego przez dwóch członków zarządu, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w tym samym dniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła jako dowód w sprawie oryginalną dokumentację postępowania tj. ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnienia treści siwz z dnia 3 lutego 2012r., ofertę GE Medical Systems Polska sp. z o.o., wyjaśnienia złożone do tej oferty z dnia 16 marca 2012r., informację o wyniku postępowania z dnia 23 kwietnia 2012r. wraz ze streszczeniem porównania i oceny ofert, informację o wyniku postępowania z dnia 8 maja 2012r. wraz ze streszczeniem porównania i oceny ofert, odwołanie odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 641/12, odwołanie GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w sprawie sygn. akt KIO 647/12, przystąpienie odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 647/12.

Bezsporne jest pomiędzy stronami, że GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w swojej ofercie w zakresie załącznika do siwz Zestawienie Parametrów Technicznych Granicznych oświadczyła, iż oferuje w pkt 5 –256 warstw, a pkt. 43 – 107 kW.

Izba w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012r. w sprawie sygn. akt KIO 647/12, w zakresie sposobu oceny kryterium parametry techniczne w odniesieniu do parametru 5 wskazała, że aby utrzymać konsekwencję sposobu punktowania przyjętą przez zamawiającego, to należało uznać, że parametr ten należy ocenić w ten sposób, że za 128 warstw przyznać 0 pkt, za największą liczbę warstwa większą od 128 przyznać 50 pkt., a pozostałe wartości

mieszczące się w przedziale 128 warstw do maksymalna ilość warstw oceniać proporcjonalnie.

Izba zważyła, co następuje :

Izba uznała, że nie ziściły się przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Izba podziela wprowadzając argumentację przystępującego, że termin na wniesienie odwołania dotyczącego zarzutów :

- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy - art. 7 ust. 1,3 art. 24 ust.2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 5, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1,
- dokonania błędnej oceny ofert poprzez zaniżenie punktacji oferty odwołującego, przy jednoczesnym zawyżeniu punktów przyznanych ofercie GE Medical Systems Polska Sp z o.o., co doprowadziło do wadliwej końcowej oceny ofert mającej wpływ na wynik postępowania, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1,3 art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 5 oraz
- naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy polegające na przyznaniu punktów za parametry techniczne urządzeń zaoferowanych przez wykonawców, w sposób arbitralny, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, prowadzący w rezultacie do wyboru oferty nie posiadającej waloru oferty najkorzystniejszej

w takim zakresie, jakim dotyczy ono nieprawidłowej oceny przez zamawiającego oferty przystępującego w zakresie parametru 5 i 43, upłynął odwołującemu w dniu 2 kwietnia 2012r., który był ostatnim dniem 10-cio dniowego terminu na wniesienie odwołania liczonego od daty przekazania informacji o wyniku postępowania z dnia 23 marca 2012r. Informacje o ilości warstw oraz o mocy generatora były już bowiem zawarte w ofercie przystępującego, a także były przez przystępującego udzielone w dniu 16 kwietnia 2012r. wyjaśnienia, których prawidłowość oceny przez zamawiającego kwestionuje obecnie odwołujący. Tym samym na podstawie znanego mu algorytmu przyznawania punktów opisanego w siwz oraz na podstawie streszczenia porównania i oceny ofert odwołujący mógł w sposób jednoznaczny ustalić, że GE Medical otrzymało punkty za 256 warstw i za 107 kW mocy generatora. Wówczas zatem mógł odwołujący zarzucić zamawiającemu, że przyjęcie takich danych do oceny jest nieprawidłowe, co skutkowało zawyżeniem punktacji. Odwołujący takich zarzutów w swoim odwołaniu nie podniósł w sprawie sygn. akt KIO 641/12. Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia w dacie 2 kwietnia 2012r., co potwierdza wyrok Izby z dnia 18 kwietnia 2012r. sygn. akt KIO 641/12, a skoro miał interes w uzyskaniu zamówienia przy kwestionowaniu oferty najkorzystniejszej – Philips Polska, to także miał interes w podnoszeniu argumentów zmierzających do wyeliminowania oferty bezpośrednio go poprzedzającej w rankingu ofert, czy też obniżenia punktacji przyznanej tej ofercie w ramach

poszczególnych kryteriów oceny ofert, gdyż takie działania zmierzały do zapewnienia mu pozycji jedynej wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym skutkowałyby tym, że jego oferta musiałaby być uznana na najkorzystniejszą, a on sam uzyskał by przedmiotowe zamówienie. Tym samym zarówno przesłanki formalne – termin jak i materialnoprawne - interes były możliwe do spełnienia przez odwołującego w dacie 2 kwietnia 2012r. W ocenie Izby sam fakt powtórzenia przez zamawiającego czynności oceny ofert, nie przywraca wykonawcy terminu na wniesienie środka ochrony prawnej wobec czynności pierwotnej oceny. Możliwość wniesienia środka ochrony prawnej wobec ponowionej czynności istnieje w ocenie Izby wyłącznie w odniesieniu do tych sytuacji, gdy zamawiający dopuścił się nowego naruszenia (dotychczas nieskarżonego) ustawy przy wykonywaniu powtórzonej czynności np. wezwania do uzupełnienia dokumentów, a następnie nieprawidłowo wykluczył wykonawcę, który złożył w wyniku uzupełnienia prawidłowy dokument albo gdy powtórzenie czynności przez zamawiającego spowodowało powstanie u wykonawcy interesu w uzyskaniu zamówienia np. wykonawca w ramach pierwszej oceny ofert zajmował trzecie miejsce w rankingu, ale z uwagi na to, że wybór oferty najkorzystniejszej, w jego ocenie był prawidłowy, nie miał podstaw by kwestionować wyłącznie ofertę wykonawcy na drugim miejscu, gdyż takie odwołanie nie prowadziłoby do uzyskania przez niego zamówienia, ale przy powtórzeniu czynności oceny ofert okazało się, że wykonawca wybrany nie przedłużył wadium i został wykluczony z postępowania, wówczas przed wykonawcą na trzeciej pozycji otworzyła się droga do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż zmaterializował się jego interes w uzyskaniu zamówienia. Z tych względów Izba uznała, że termin na wniesienie odwołania opartego na zarzucie błędnej oceny oferty GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w ramach parametru 5 i 43 polegającej na uznaniu za prawidłowe wartości tych parametrów na poziomie odpowiednio 256 warstw i 107 kW już upłynął i nie mogą być one w chwili obecnej przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Natomiast zarzut błędnej oceny parametru nr 5 w ofertach odwołującego i GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w takim zakresie, w jakim odnosi się on do wadliwego zastosowania przez zamawiającego przyjętego przez niego w siwz sposobu oceny w ramach tego podkryterium, jest zarzutem, który właśnie dotyczy nowego naruszenia ustawy przy wykonywaniu powtórzonej czynności. Takiego naruszenia zamawiający nie popełnił w ramach pierwotnej oceny ofert. Bezsporne jest, że Izba uznała, że zamawiający powinien był ocenić oferty w sposób następujący za 128 warstwa 0 pkt. Za największą ilość warstw wśród złożonych ofert większą niż 128 pkt – 50pkt, za pozostałe wartości mieszczące się w przedziale 128 do największej podanej proporcjonalnie. Tak właśnie oceniał oferty w ramach pierwszej oceny zamawiający, aktualnie zamawiający dokonał innego sposobu oceny tj. przyznawał punkty obliczając je bez uwzględnienia wartości granicznej 128 warstw. Tym samym ta okoliczność jest nowa, nie tkwi już w czynnościach dokonanych przez

zamawiającego, ani nie była wynikiem wykonania przez zamawiającego wyroku Izby w sposób zgodny z jego treścią, tym samym brak było podstaw do odrzucenia odwołania zarówno na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 jak i pkt 5 ustawy. Z tych względów odwołania należało rozpoznać merytorycznie ograniczając rozpoznanie do zarzutów:

- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy - art. 7 ust. 1,3 art. 24 ust.2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 5, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1,
- dokonania błędnej oceny ofert poprzez zaniżenie punktacji oferty odwołującego, przy jednoczesnym zawyżeniu punktów przyznanych ofercie GE Medical Systems Polska Sp z o.o., co doprowadziło do wadliwej końcowej oceny ofert mającej wpływ na wynik postępowania, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1,3 art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 5 oraz
- naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy polegające na przyznaniu punktów za parametry techniczne urządzeń zaoferowanych przez wykonawców, w sposób arbitralny, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, prowadzący w rezultacie do wyboru oferty nie posiadającej waloru oferty najkorzystniejszej

w zakresie dotyczącym przyjętego sposobu oceny ofert odwołującego i GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w zakresie parametru 5 polegającego na przyznawaniu punktów ofertom gorszym w tym parametrze niż oferta oferująca największą ilość warstw z pominięciem wartości granicznej 128 warstw.

Zarzuty:

- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy - art. 7 ust. 1,3 art. 24 ust.2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 5, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1,
- dokonania błędnej oceny ofert poprzez zaniżenie punktacji oferty odwołującego, przy jednoczesnym zawyżeniu punktów przyznanych ofercie GE Medical Systems Polska Sp z o.o., co doprowadziło do wadliwej końcowej oceny ofert mającej wpływ na wynik postępowania, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1,3 art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 5 oraz
- naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy polegające na przyznaniu punktów za parametry techniczne urządzeń zaoferowanych przez wykonawców, w sposób arbitralny, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, prowadzący w rezultacie do wyboru oferty nie posiadającej waloru oferty najkorzystniejszej

w zakresie dotyczącym przyjętego sposobu oceny ofert odwołującego i GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w zakresie parametru 5 polegającego na przyznawaniu punktów ofertom gorszym w tym parametrze niż oferta oferująca największą ilość warstw z pominięciem wartości granicznej 128 warstw.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Uwzględnienie bowiem tego zarzutu nie spowoduje bowiem zmiany rankingu ofert, a w szczególności nie da odwołującemu szansy na uzyskanie zamówienia. Izba wprawdzie podziela stanowisko odwołującego, że zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował sposób oceny do parametru 5 w ramach Zestawienia Parametrów Technicznych Granicznych. W wyroku sygn. akt KIO 647/12 Izba wprost stwierdziła, że „ (...) również w poz. 5. „Zestawienia” właściwe – i bardziej odpowiadające generalnym założeniom punktacji ofert – jest przyznanie takowych punktów za parametr korzystniejszy od minimalnego wymaganego (granicznego)”. Skoro tak, to zamawiający powinien był punktować różnicę pomiędzy największą ilością warstw podaną przez wykonawcę, a ilością graniczną i proporcje ułożyć w odniesieniu do tej różnicy. Wówczas jednak ilość punktów, jaka przyznana być powinna odwołującemu wynosiłaby 16,60 pkt, zamiast 31,25 pkt. Oznacza to, że odwołujący uzyskałby jeszcze mniejszą ilość punktów niż obecnie zwiększając jedynie dystans do wykonawcy wybranego. Biorąc to pod uwagę skoro interes stanowiący materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania ma być interesem nie dowolnym, jakimkolwiek, ale interesem w uzyskaniu zamówienia, to niemożliwość uzyskania tego zamówienia na skutek wniesionego środka ochrony nie pozwala na przyjęcie, że interes ten zaistniał po stronie odwołującego. Z tych względów odwołanie należało oddalić na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy i art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego.

Przewodniczący.....