

Sygn. akt: KIO 613/14

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2014 r. przez wykonawcę **Xylion Medical Systems Sp. z o.o. Spółka komandytowo-akcyjna, ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Al. Piłsudskiego 11, 18-404 Łomża**

przy udziale wykonawcy **ADO-MED Sp. z o.o., ul. Bytomska 38B, 41-600 Świętochłowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Xylion Medical Systems Sp. z o.o. Spółka komandytowo-akcyjna, ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Xylion Medical Systems Sp. z o.o. Spółka komandytowo-akcyjna, ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łomży**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Wojewódzki im. K.S. Wyszyńskiego w Łomży prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia którego przedmiotem jest zakup, dostawa montaż i uruchomienie aparatu RTG z ramieniem C dla Oddziału Urologicznego Szpitala Wojewódzkiego w Łomży. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 lutego 2014 roku pod poz. 30441-2014.

W dniu 26 marca 2014 roku odwołujący - Xylion Medical Systems sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niezgodne z prawem dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonania czynności ponownej oceny ofert, dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty odwołującego.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący, nie zgadzając się z wynikami oceny ofert podniósł, że w piśmie z dnia 12 marca 2014 roku wzywającym odwołującego do uzupełnienia oferty i złożenia wyjaśnień, zamawiający nie wskazał jaki dokument potwierdzający jest według niego odpowiedni do potwierdzenia, że zaoferowany parametr dla maksymalnego natężenia prądu dla fluoroskopii ciągłej wynosi min. 10 mA. Zdaniem odwołującego złożone w wyniku uzupełnienia: dokumenty potwierdzające spełnienia wymaganych parametrów określonych w Załączniku nr 1 do siwz foldery z danymi technicznymi producenta zawierające opisy/ fotografie oferowanego przedmiotu zamówienia, instrukcja obsługi oferowanego urządzenia oraz oświadczenie producenta zaoferowanego urządzenia w języku angielskim wraz z jego tłumaczeniem na język polski stanowią potwierdzenie spełnienia parametrów, wymaganych przez zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że załączona instrukcja obsługi jest ogólną instrukcją używania aparatu rentgenowskiego Zen7000, a producent Genoray dokonuje bieżących modyfikacji parametrów technicznych aparatów rentgenowskich, jednocześnie rozwijając się w kierunku polepszenia funkcjonalności i jakości swoich produktów. Producenci stale modyfikują rozwiązania bez zmiany danych produktowych zawartych w instrukcjach obsługi, dlatego instrukcji obsługi nie można traktować jako potwierdzenia parametrów zaoferowanych w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący potwierdził, że zaoferowane urządzenie Zen7000 posiada wagę 250kg i maksymalne natężenie prądu dla fluoroskopii ciągłej (standardowej) 20mA, a zamawiający odrzucając ofertę naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, co sprawiło że odwołujący został pozbawiony szansy na uzyskanie zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W załączniku nr 1 do siwz „Zestawienie asortymentowo- ilościowe”, Zamawiający podał następujące wymagania:

II Generator i Lampa pkt 5 Maksymalne natężenie prądu (mA): dla fluoroskopii ciągłej (standardowej) min. 10 mA , dla fluoroskopii wysokokontrastowej lub radiografii cyfrowej min. 20 mA.

I Geometria pkt 8 Waga urządzenia (ramienia C) bez wózka monitorowego ≤ 250 kg.

W dziale VI lit D zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom należy złożyć: dokumenty potwierdzające spełnienie wymaganych parametrów określonych w załączniku nr 1 do SIWZ, np.: informacje producenta zawierające opisy/ fotografie oferowanego przedmiotu zamówienia. W pkt 5 rozdziału „Inne dokumenty” wskazał na wymóg załączenia: Certyfikatów, instrukcji obsługi do oferty i przy odbiorze w jęz. polskim /dopuszczone na nośniku elektronicznym/dla oferowanego urządzenia medycznego oraz paszport techniczny i licencje na oprogramowanie przy odbiorze.

W załączniku nr 1 do siwz zamawiający podał, iż wymaga załączenia oryginalnych materiałów technicznych producenta potwierdzających parametry wpisane w tabelach oraz zastrzega sobie prawo sprawdzenia wiarygodności podanych przez Wykonawcę parametrów technicznych we wszystkich dostępnych źródłach i u producenta.

W dniu 12 marca 2014 roku zamawiający, działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia:

1. załącznika nr 1 do siwz Zestawienie asortymentowo – ilościowe przez podanie stron oferty i uzupełnienie kolumny TAK/podać stronę z oferty na potwierdzenie oferowanego parametru.
2. instrukcji obsługi dla oferowanej aparatury medycznej – zgodnie z częścią VI.D Inne dokumenty: pkt 5 siwz,
3. dokumentów potwierdzających spełnienie wymaganych parametrów określonych w załączniku nr 1 do siwz tj. informacji producenta zawierających opisy/ fotografii oferowanego przedmiotu zamówienia – zgodnie z częścią VI.D. pkt 1 siwz.

Ponadto zamawiający wezwał, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień treści oferty m.in., w zakresie potwierdzenia, że zaoferowany parametr dla maksymalnego natężenia prądu (mA0 dla fluoroskopii ciągłej (standardowej) wynosi 20 mA – zgodnie ze złożoną ofertą i uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odpowiednimi dokumentami potwierdzającymi, że ten parametr posiada zaoferowany aparat.

W odpowiedzi na powyższe, w dniu 13 marca 2014 roku, odwołujący uzupełnił ofertę o następujące dokumenty: załącznik nr 1 do siwz wraz z numeracją stron, instrukcje obsługi zaoferowanego aparatu, dokumenty potwierdzające spełnianie wymaganych parametrów. W złożonym piśmie oświadczył, że zaoferowany parametr dla maksymalnego natężenia prądu (mA) dla fluoroskopii ciągłej (standardowej) wynosi 20 mA zgodnie ze złożoną ofertą, na potwierdzenie czego odwołujący załączył do pisma oświadczenie producenta z dnia 13 marca 2014 roku z potwierdzeniem powyższego parametru. Oświadczenie złożono w języku angielskim wraz z jego tłumaczeniem na język polski.

W oświadczeniach złożonych w załączniku nr 1 Zestawienie ilościowo - asortymentowe odwołujący potwierdził spełnienia parametru I pkt 8 Geometria, wpisując w kolumnie waga urządzenia (ramienia C) bez wózka monitorowego 250 kg. W II Genatrator i Lampa podał natężenie prądu dla fluoroskopii ciągłej (standardowej) 20 mA, dla fluoroskopii wysokokontrastowej lub radiografii cyfrowej 25mA.

W załączonej instrukcji obsługi, wer. 1.0 z 2009 roku, mobilnego systemu rentgenowskiego ZEN 7000 na stronie 76 podano, fluoroskopia napięcie wyjściowe – 120kV, 6mA, prąd lampy 0,2 – 6 mA, krok: ciągly. radiografia - 120kV, 20 mA (stałe).

Na stronie 79 podano wymiary całkowite i waga – 275 kg± 5%., podobnie na stronie 87 instrukcji, gdzie zawarto schemat urządzenia wskazano na wagę netto 275 kg± 5%.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na niezgodność parametrów oferowanego urządzenia Zen 7000 z wymaganiami określonymi w załączniku nr 1 do siwz była prawidłowa.

Odwołujący nie wykazał, że został spełniony wymóg opisany w pkt I 8 Geometria załącznika nr 1 do siwz „Zestawienie asortymentowo - ilościowe” dotyczący wagi urządzenia (ramienia C) bez wózka monitorowego. Twierdzenie odwołującego, że waga urządzenia podana na stronach 79 i 87 wynosząca $275 \text{ kg} \pm 5\%$ dotyczy wagi całego zestawu wraz z wózkiem monitorowym, pozostało gołosłowne. Przeciwnie ze wskazanych w instrukcji schematów, na które powoływał się zamawiający wynika że podana waga dotyczy samego urządzenia bez wózka monitorowego, co jednoznacznie przesądza o niespełnieniu minimalnego wymagania dotyczącego wagi urządzenia (ramienia C) wynoszącego $\leq 250 \text{ kg}$. Nawet, gdyby jednak hipotetycznie przyjąć, że waga podana w instrukcji obsługi wynosząca 275 kg jest wagą urządzenia z wózkiem monitorowym, to wobec braku informacji odnośnie wagi samego wózka monitorowego, należy uznać, że parametr wymagany nie został przez odwołującego potwierdzony.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, że większą moc dowodową należy przypisać oświadczeniu składanemu przez samego wykonawcę niż instrukcji obsługi pochodzącej od producenta. Nawet, gdyby zgodzić się z twierdzeniem odwołującego co do charakteru samej instrukcji obsługi i tego, że nie jest ona dokumentem miarodajnym, bowiem nie zawiera bieżących modyfikacji parametrów i funkcjonalności, to stwierdzić stanowczo należy, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia a treścią instrukcji obsługi, obowiązkiem wykonawcy, ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie innymi dokumentami pochodzącymi do producenta, że wymagane przez zamawiającego parametry zostały spełnione. Zgodnie z treścią „Uwagi” zamieszczonej w załączniku nr 1 do siwz zamawiający wymagał bowiem załączenia oryginalnych materiałów technicznych producenta potwierdzających parametry wpisane w tabelach, a zatem potwierdzeniem spełniania wymagań mogły być nie tylko instrukcje obsługi ale także inne materiały techniczne pochodzące od producenta. Tymczasem w zakresie kwestionowanej wagi urządzenia odwołujący takich dokumentów nie przedstawił.

Za nieuzasadniony Izba uznała także zarzut odwołującego dotyczący spełnienia wymagania dotyczącego maksymalnego natężenia prądu dla fluoroskopii ciągłej (standardowej) min. 10 mA. W załączniku nr 1 do siwz odwołujący potwierdził spełnienie tego parametru, podając, że parametr ten wynosi 20mA, tymczasem na stronie 76 instrukcji obsługi podano 0,2mA – 6,0mA, krok: ciągły. Wobec zaistniałych rozbieżności, odwołujący celem wykazania spełnienia tego wymagania złożył w uzupełnieniu oferty oświadczenie z dnia 13 marca 2014 roku wystawione przez Genoray EUGmbH, złożone w języku angielskim wraz z jego tłumaczeniem na język polski, w którym potwierdzono, że „aparat rentgenowski ZEN7000 posiada maksymalne natężenie prądu 20mA dla fluoroskopii ciągłej” (oryginał sformułowanie „*fixed fluoroscopy*”). W toku rozprawy przez Izbę odwołujący złożył jako

dowód w sprawie uwierzytelnione tłumaczenie z dnia 7 kwietnia 2014 roku sporządzone przez tłumacza przysięgłego tego samego oświadczenia producenta, w którym potwierdzono ponownie, że „aparat rentgenowski ZEN7000 posiada maksymalne natężenie prądu 20mA dla fluoroskopii ciągłej”. Zamawiający przedstawił jako dowód w sprawie swoje tłumaczenie sporządzone dnia 4 kwietnia 2014 roku przez tłumacza przysięgłego oświadczenia Genoray EU GmbH z dnia 13 marca 2014 roku, w którym wskazano, że „zestaw aparatury rentgenowskiej ZEN-7000 ma maksymalne natężenie 20 mA dla fluoroskopii stacjonarnej”. Izba zwróciła uwagę na rozbieżność w złożonych przez strony postępowania tłumaczeniach przysięgłych w zakresie tłumaczenia sformułowania: „*fixed fluoroscopy*”, wskazując, że to samo sformułowanie przetłumaczono w tłumaczeniu złożonym przez odwołującego jako „*fluoroskopia ciągła*”, zaś w tłumaczeniu złożonym przez zamawiającego jako „*fluoroskopia stacjonarna*”. Mając na uwadze powyższe, Izba oceniała całość zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i doszła do przekonania, że sformułowanie „*fixed fluoroscopy*”, użyte w oryginalnym oświadczeniu z dnia 13 marca 2014 roku Genoray EU GmbH odnosi się do fluoroskopii stacjonarnej - radioskopii. W tym zakresie Izba oparła się na nazewnictwie użytym w oryginalnej angielskojęzycznej wersji instrukcji obsługi aparatu ZEN 7000, złożonej przez zamawiającego, gdzie sformułowania „*fixed*” używa się dla parametru radiografii, zaś dla fluoroskopii ciągłej używa się sformułowania „*continuity*” (strona 50 instrukcji obsługi aparatu ZEN7000, Wer. 1.1, 2011/04/25).

W świetle powyższego, zdaniem Izby, zasadne jest stanowisko zamawiającego i przystępującego, że oświadczenie złożone przez producenta Genoray EU GmbH dotyczy potwierdzenia parametru natężenia prądu dla fluoroskopii stacjonarnej zwanej inaczej radiografią i nie odnosi się ono to kwestionowanego parametru fluoroskopii ciągłej.

Złożone przez zamawiającego w toku rozprawy wydruki ze stron internetowych producenta z uwagi na źródło pochodzenia i brak podpisania ich przez stronę postępowania nie mogą stanowić dowodów w sprawie. Izba uznała za nie mający związku ze sprawą złożony przez zamawiającego fragment oferty odwołującego z innego postępowania przetargowego.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała że zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty odwołującego nie naruszył zarzucanych mu przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, 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 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: