

**Sygn. akt: KIO/2261/10**

**WYROK**

**z dnia 28 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TMS Sp. z o. o., 02 – 952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84**, w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika, 97 – 300 Piotrków Trybunalski, ul. Rakowska 15**.

przy udziale **ALTERIS Sp. z o. o., 40 – 057 Katowice, ul. PCK 6/3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego\*.

**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 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **TMS Sp. z o. o., 02 – 952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Rakowska 15; 97-300 Piotrków Trybunalski, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę tomografu komputerowego wraz z wykonaniem adaptacji pomieszczeń w zakresie niezbędnym do zainstalowania i pracy aparatu zgodnie z wymaganiami technicznymi producenta i obowiązującymi przepisami oraz zakup systemu do diagnostyki obrazowej (RIS/PACS) wraz z integracją z HIS”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 sierpnia 2010 r. pod numerem 2010/S 157-242719.

Dnia 7 października 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę Alteris sp. z o.o. oraz o odrzuceniu, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84; 02-952 Warszawa.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca TMS sp. z o.o., (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 18 września 2010 roku, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, tj.

- bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego,
- dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Alteris Sp. z o.o.,
- zaniechaniu wykluczenia i odrzucenia oferty Alteris Sp z o.o. wobec okoliczności, że zaoferowane urządzenie nie spełnia warunków granicznych oraz w ramach czynności oceny ofert, jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z.

Zdaniem Odwołującego, czynności Zamawiającego powodują, że w niniejszym postępowaniu naruszono następujące przepisy ustawy prawo zamówień Publicznych: art. 7 ust. 1, 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4, art. 24 ust 4, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5, art. 91 ust. 1 i 2.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
- nakazanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty firmy Alteris Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, iż jest zainteresowany zgodnym z prawem przeprowadzeniem postępowania o zamówienie publiczne, a interes polega na tym, że w wyniku odrzucenia jego oferty został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

W rozumieniu Odwołującego, pytanie (i odpowiedź udzielona przez Zamawiającego) dotyczyło tylko parametru określonego w pkt. II 3 tabeli załącznika Nr 2, a więc parametru mówiącego o minimalnych możliwościach lampy, a nie minimalnych możliwościach całego tomografu. Gdyby intencją Zamawiającego było wymaganie zaoferowania tomografu z maksymalną wartością prądu anodowego możliwego do uzyskania w każdym protokole klinicznym w pełnym zakresie napięć, to logicznym tego następstwem winno być wymaganie zaoferowania tomografu z generatorem o mocy nie mniejszej niż 70 kW ( $140 \text{ kV} \times 500 \text{ mA} = 70 \text{ kW}$ ). Takiego wymogu nie było, a więc Zamawiający zmienił interpretację zapisów s.i.w.z. już po otwarciu ofert, co jest niedopuszczalne.

Ponadto Odwołujący potwierdził, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zaoferował lampę CXB-750D/4A, która może pracować z napięciem 135 kV dla prądu 500 mA, a więc uzyskuje wymaganą przez Zamawiającego wartość prądu anodowego min. 500mA w pełnym wymaganym zakresie napięć lampy 80-135 kV.

Odwołujący podniósł również zarzut w odniesieniu do oferty wykonawcy Alteris sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Alteris Sp. z o.o. zaoferował w swojej ofercie (str. 17 oferty) Serwer HP ProLiant DL 370 G6 wyprodukowany przez firmę Hewlett Packard, który nie spełnia warunku *sprawdzania otwarcia obudowy*. Jest to wymóg graniczny, wymagany przez Zamawiającego, jako konieczny dla zaoferowanego serwera. Stanowi to o braku zgodności treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz o podaniu nieprawdziwych informacji przez firmę Alteris Sp. z o.o.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 18 października 2010 roku.

Zamawiający dnia 19 października 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 22 października 2010 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Alteris sp. z o.o., ul. PCK 6/3; 40-057 Katowice.

Zamawiający, dnia 25 października 2010 roku wniósł odpowiedź na odwołanie.

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

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Alteris sp. z o.o. oraz zaniechania odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, iż zarzut powyższy jest niezasadny.

Zamawiający w załączniku Nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił wymóg dotyczący serwera, odnoszący się do konieczności zaoferowania karty zarządzającej, która będzie posiadała funkcję, m.in. sprawdzania otwarcia obudowy.

Przystępujący, w ofercie podał, iż oferuje serwer produkcji HP ProLiant DL 370 G6 zgodny z wymaganiami s.i.w.z. + monitor Fujitsu Display E 19W-5.

Odwołujący podnosił, iż typ serwera oferowany przez Przystępującego nie posiada funkcji zarządczej polegającej na sprawdzaniu otwarcia obudowy. Na powyższą okoliczność złożył dowód w postaci zapytania wystosowanego przez Odwołującego do przedstawiciela producenta Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. wraz z odpowiedzią.

Dowód powyższy, dopuszczony przez Izbę, nie potwierdza jednoznacznie, iż model oferowanego przez Przystępującego serwera nie oferuje rozwiązania preferowanego przez Zamawiającego.

Powyższe twierdzenie wynika jednoznacznie ze sformułowania treści odpowiedzi udzielonej przez przedstawiciela producenta HP, który wskazał, iż *„W nawiązaniu do zapytania Państwa w zakresie serwera DL 370 G6 dla klienta Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Piotrkowie Trybunalskim. Potwierdzam, że podstawowe cechy poniższego serwera odpowiadają ogólnym danym wyspecyfikowanym poniżej, jednakże w zależności od konfiguracji może on posiadać inne parametry lub cechy różniące się od załączonej listy.”*. Dalej znajduje się tabela parametrów szczegółowych serwera, gdzie w pozycji *„Dedykowana karta zarządzająca, sprawdzanie otwarcia obudowy”* nie został zaznaczony ten parametr, jako POSIADA.

Powszechną wiedzą jest, iż sprzęt informatyczny tworzony jest w wersjach podstawowych, tzw. wyjściowych i w zależności od potrzeb osób, czy firm zamawiających, jest odpowiednio do potrzeb konfigurowany.

Powyższe, pośrednio potwierdził przedstawiciel producenta w odpowiedzi na pytanie Odwołującego.

Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 ustawy Kodeks cywilny, to na Odwołującym spoczywa obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący zaoferował typ serwera o parametrach nieodpowiadających parametrom opisanym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako konieczne do spełnienia – graniczne.

Dlatego też Izba, zarzut powyższy uznała za bezzasadny.

Odnosnie drugiego z zarzutów dotyczących bezprawnego, zdaniem Odwołującego odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający wymagał w postępowaniu zaoferowania takich parametrów dla całego tomografu, które będą spełnione przez oferowane, przez wykonawców urządzenie. Wymogiem Zamawiającego było, aby wartość prądu anodowego min. 500 mA było osiągalne przez urządzenie w całym wymaganym zakresie napięć lampy od 80 do 135 kV. Odwołujący błędnie podaje, iż zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy tylko

minimalnych możliwości lampy, a nie minimalnych możliwości całego tomografu. Wskazać bowiem należy, iż przedmiotem zamówienia nie jest dostawa lampy o określonych parametrach, a dostawa tomografu, jako całego kompletnego urządzenia. I to w odniesieniu do całego urządzenia Zamawiający dokonuje oceny spełniania parametrów.

Zarzuty Odwołującego, iż Zamawiający wprowadził go w błąd wskazując na minimalną moc generatora w wysokości 60 kW, uznać należy za niezasadne, bowiem wręcz odwrotnie uznać należy, że Zamawiający dochował zasady uczciwej konkurencji opisując ten parametr, jako minimum. Sformułowanie takie wychodziło naprzeciw możliwościom technicznym możliwym do zaoferowania przez potencjalnych wykonawców, nie ograniczając mocy generatora *stricte* do określonej wysokości, tzn. postawił warunek w sposób otwarty. Tym bardziej, że Odwołujący mógł zrealizować powyższy parametr dwójako. Raz, przez zastosowanie zestawu zwiększającego moc lampy. Dwa, przez zaoferowanie generatora o większej mocy.

Wyjaśnienia Odwołującego, że każdy parametr z osobna spełnia wymagania Zamawiającego, mimo, że w całości funkcjonalność całego aparatu nie zostanie osiągnięta może prowadzić do analogii przy oferowaniu samochodu, który posiadając poszczególne elementy wymagane przez Zamawiającego, np. odpowiednią moc silnika, prędkość maksymalna nie zostanie osiągnięta przez zastosowanie chociażby opon o indeksach prędkości niepozwalających na jej osiągnięcie, przy jednoczesnym zaoferowaniu opon, jako koniecznych.

Ponadto Izba wskazuje, że Odwołujący sam przyznał, w piśmie z dnia 4 września 2010 roku, iż „*Generator o mocy 60 kW nie może pracować dla natężenia prądu 500 mA dla napięcia 135 kV, jest to jednak cecha indywidualna generatora, a nie lampy.*”. Cóż więc bowiem stało na przeszkodzie w zaoferowaniu generatora o większej niż 60kW mocy. Tym bardziej, że jak to przyznał na rozprawie Odwołujący dysponuje odpowiednimi generatorami i mimo, iż są one droższe pozostawałyby w kręgu podmiotów, którym możliwe byłoby udzielenie zamówienia.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 roku o sygn. akt KIO/UZP 765/09, gdzie skład orzekający stwierdził, iż „*Powszechnie wiadomym jest, iż moc prądu to iloczyn napięcia i natężenia. Mnożąc zatem napięcie o wartości 135 kV (które zaoferował w swojej ofercie Przystępujący) i 500 mA otrzymujemy wartość 67,5 kW, zatem moc generatora spełniającego taki wymóg musiałaby wynosić co najmniej 67,5 kW. Niezrozumiałe są przy tym twierdzenia Przystępującego i Zamawiającego, iż Zamawiający postawił odrębne wymagania wobec generatora i lampy. Oczywistym jest,*

*zdaniem Izby, iż celem zakupu tych urządzeń jest ich współpraca w określonych przez Zamawiającego warunkach.”.*

Izba nie uwzględniła wniosku zgłoszonego przez Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z „karty produktu”, gdyż w ocenie Izby dowód powyższy nie wskazuje na możliwość zainstalowania karty tam opisanej w serwerze oferowanym przez Przystępującego. Brak jest również podstaw do stwierdzenia, czy pozostałe parametry opisane w tym dokumencie potwierdzają spełnianie pozostałych parametrów wymaganych przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:**

.....