

Sygn. akt: KIO/UZP 433/09

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Anna Majstrowicz
Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 17 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **KENDROMED sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Sołtysowicka 25a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Kardiologii z siedzibą w Warszawie, ul. Alpejska 42** protestu ~~protestów~~* z dnia 13 marca 2009 r.

przy udziale zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **ERBE Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Marconich 8** – po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1 . uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Instytut Kardiologii z siedzibą w Warszawie, ul. Alpejska 42**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574.00zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **KENDROMED sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Sołtysowicka 25a**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574.00zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Instytut Kardiologii z siedzibą w Warszawie, ul. Alpejska 42** na rzecz **KENDROMED sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Sołtysowicka 25a**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwudziestu sześciu złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **KENDROMED sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Sołtysowicka 25a**

U z a s a d n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i montaż kolumn dwuramiennych z wyposażeniem w Oddziale Intensywnej Terapii Kardiologicznej zostało wszczęte przez zamawiającego – Instytut Kardiologii z siedzibą w Warszawie, ul. Alpejska 42 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2008r. nr 2008/S 249-332088.

W dniu 13 marca 2009r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy ERBE Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Marconich 8 oraz odrzucił ofertę wykonawcy KENDROMED sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Sołtysowicka 25a na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058; nr 220 poz. 1420, dalej zwanej ustawą) uznając, że treść oferty tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią siwz.

Z tą czynnością zamawiającego nie zgodził się KENDROMED sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Sołtysowicka 25a – zwany dalej odwołującym wnosząc protest w dniu 19 marca 2009r. i zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy i żądając unieważnienia czynności

odrzućenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania i odrzućenia jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że złożył on ofertę w pełni odpowiadającą wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz zgodną z wyjaśnieniami oraz wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty i uzupełnienia specyfikacji technicznej (pismo nr IK/EH065/68/2009 z dnia 09.02.2009r. Wyjaśnienie dotyczące pkt. 16 załącznika nr 3 siwz złożone przez odwołującego było jak najbardziej zasadne i umożliwia weryfikację, a maksymalna nośność potwierdzona została na rys. 2485.01.01.04, którego Zamawiający wymagał jako rysunek techniczny projektu kolumny stanowiący potwierdzenie przez producenta spełnienia specyfikowanych parametrów, będących formą zamówienia. Odwołujący wskazał, że jako bezpośredni producent sprzętu medycznego nie ma możliwości załączenia prospektów bądź innych materiałów uwiarygodniających pochodzących od obcego dostawcy lub poddostawcy. Wszelkie parametry produkowanych przez niego kolumn były zweryfikowane przez audytora jednostki notyfikowanej TUV Rheinland i stanowiły podstawę nadania nam certyfikatu na produkcję wyrobów medycznych klasy IIb jakim są kolumny zasilające w gazy medyczne.

Drugim uzasadnieniem odrzućenia oferty firmy Protestującego była niewystarczająca ilość hamulców pneumatycznych. Z tym argumentem również nie zgodził się odwołujący wskazując, że hamulce umieszczane w dwóch osiach umożliwiają spełnienie parametru wymaganego pkt. 25 specyfikacji technicznej tzn. gwarantuje stabilne zablokowanie wybranej pozycji kolumny - obu ramion. Podniósł, iż w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że " ... łożysko konsoli jest również wyposażone w hamulec mechaniczny. Na życzenie użytkownika w tym łożysku bez dodatkowych kosztów można zastosować hamulec pneumatyczny." Zatem Protestujący jako producent kolumn Kendroport potwierdza wykonanie 3 hamulców pneumatycznych na wszystkich 3 osiach. Ponadto odwołujący zarzucił, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana z naruszeniem prawa, gdyż wybrany wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta odrzućeniu z następujących powodów:

1. zgodnie z pkt. VI.1 siwz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego wykonawca wraz z ofertą winien złożyć dokument potwierdzający, że zaoferowane wyroby medyczne zostały dopuszczone do obrotu i używania zgodnie z wymogami ustawy z dnia 20 kwietnia 2004r. o wyrobach medycznych (Dz. U. nr 93 poz. 896 z późno zm.). wykonawca wybrany przedłożył certyfikaty producenta jedynie na komponenty, tj. na konsolę (głowicę) osobno ramiona nośne, przy czym konsola typu M6 posiada jedynie certyfikat wyrobu medycznego klasy IIa., co jest niezgodne z postanowieniami Dyrektywy 93/42 EEC (w załączeniu opinia Urzędu Rejestracji

Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i produktów Biobójczych z dnia 13.03.2007r.) jednoznacznie klasyfikującej kolumny zasilające do klasy IIb. Kolumny zasilające w gazy medyczne, a takie zaferował wykonawca wybrany są wyrobami klasy IIb. Poza tym kolumny należy traktować jako jeden wyrób medyczny, a na taki wyrób firma ERBE nie przedstawiła w ogóle certyfikatu CE.

Nawet zakładając, że ERBE dokona montażu kolumny z części składowych to taka kolumna będzie miała klasę IIa zgodnie z Dyrektywą 93/42 EEC załącznik 9. Zamawiający w tym przypadku, w opinii odwołującego zaniechał wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 przedmiotowych dokumentów potwierdzających dopuszczenie oferowanego przedmiotu zamówienia do obrotu i używania zgodnie z obowiązującym prawem. Ponadto wykonawca wybrany złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, gdyż warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu było złożenie oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, m.in. na potwierdzenie warunku, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W pkt. II. 7 formularza "Oferta" wykonawca wybrany potwierdził, że zakres objęty zamówieniem wykona siłami własnymi. Odwołujący stwierdził zatem, że wykonawca wybrany złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co stanowi podstawę wykluczenia z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt. 10) i art. 24 ust. 2 pkt. 3.

Zdaniem odwołującego, działanie oraz zaniechanie zamawiającego nie tylko naruszyło wyżej przytoczone przepisy ustawy, ale również art. 7 ust. 1 ustawy, który wymaga prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem w sposób jednakowy potraktował wykonawców, którzy mają odpowiednie kwalifikacje oraz złożyli prawidłowe i ważne oferty, jak i tych, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu i złożyli oferty podlegające odrzuceniu.

Protest został podpisany przez prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Zamawiający poinformował pozostałych wykonawców o wpłynięciu protestu w dniu 20 marca 2009r. i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu.

Do postępowania protestacyjnego przystąpił wykonawca wybrany w dniu 23 marca 2009r. (faksem) wnosząc o odrzucenie protestu, wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu polegający na tym, że protest uniemożliwia mu zawarcie umowy z zamawiającym oraz podważa ważność oferty wybranej. W uzasadnieniu podniósł, że klasyfikacji wyrobu

medycznego dokonuje wytwórca tj. ONDAL Industrietechnik, a nie przystępujący, ani Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Wytwórca oferuje odbiorcom kompletne zawiesia kolumn i głowice i te komponenty odbiorcy konfigurują i montują samodzielnie, z tego powodu istnieją odrębne deklaracje CE na ramiona kolumn i głowice (konsole). Oba dokumenty przystępujący załączył do swojej oferty, co czyni zadość wymogom rozdziału VI pkt 1 siwz oraz pozwala na wprowadzenie produktu do obrotu. Zamawiający nie wymagał certyfikatów uprawniających do montażu/produkcji wyrobów medycznych, a więc zarzut odwołującego w tym zakresie jest chybiony. Przystąpienie zostało podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty.

W dniu 24 marca 2009r. odwołujący wniósł odpowiedź na przystąpienie (faksem) wskazując, że w świetle ustawy o wyrobach medycznych z 20.04.2004r. (Dz. U. nr 93 poz. 896 ze zm.) oraz w świetle Dyrektywy UE 93/42/EEC jednostki zasilające, do których należą panele załóżkowe z gazami medycznymi są aktywnymi wyrobami medycznymi klasy IIb. Przystępujący załączył certyfikaty na komponenty kolumn zasilających, które samodzielnie nie są wyrobami medycznymi, a nie na kompletne kolumny. Zamawiający nie wymagał w siwz dołączenia certyfikatu, ale wprowadzenie do obrotu wyrobu medycznego nie może nastąpić bez takiego certyfikatu. Wyjaśnienia przystępującego są o tyle prawdziwe, że producent nadaje dla swojego wyrobu klasę i w tym przypadku ONDAL potwierdził, że jego wyrób jest wyrobem klasy IIa, ale ta klasa nie uprawnia do wprowadzenia tego wyrobu do obrotu, jeśli w danym państwie członkowskim wymagana jest klasa IIb.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 25 marca 2009r. oddalając go w całości.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wyjaśnień złożonych przez odwołującego dotyczących pkt. 16 załącznika nr 3 do SIWZ zamawiający zauważył, iż wykonawca ani w pierwotnej dokumentacji ani uzupełnionej nie potwierdził masy ramion 360 kg, czego wymagał Zamawiający w SIWZ, a wyjaśnienie, że odwołujący oferuje „60/80C360 kg” nie zostało potwierdzone. Z kolei oświadczenie odwołującego odnoszące się do str. 14 katalogu medycznego 2009 „Na zamówienie dostarczamy ramiona o podwyższonej nośności (ramiona łamane nawet do 440 kg) .. .)”, dotyczy ramion 60/60C, a nie 60/80C, jakie zostały zaferowane. Dodatkowo ramiona kolumny 60/60C nie spełniają warunku pkt. 15 Załącznika 3. W ocenie zamawiającego oznacza to, że odwołujący potwierdził więc swoimi wyjaśnieniami, iż nie spełnia parametrów technicznych określonych przez Zamawiającego.

Poza tym w pkt. 55 załącznika nr 3 do SIWZ Zamawiający wymagał aby załączyć do oferty „rysunek projektu kolumn z podaniem podstawowych wymiarów” a nie jak sugeruje wykonawca „rysunek techniczny projektu kolumny stanowiący potwierdzenie przez producenta spełnienia specyfikowanych parametrów”.

Za niewystarczające zamawiający uznał także wyjaśnienia odwołującego dotyczące układu hamulcowego, gdyż zamawiający w pkt. 25 Załącznika 3 do SIWZ wymagał: "Niezależny, pneumatyczny układ hamulcowy kolumny, gwarantujący stabilne zablokowanie wybranej pozycji kolumny obu ramion - zamawiający nie jest zainteresowany systemem hamulców ciernych." Z tego postanowienia, według zamawiającego wynikało, że wszystkie hamulce mają być pneumatyczne. Wykonawca na rysunku F2485.01.01.04 wskazał po dwa hamulce pneumatyczne na każdym z dwóch dzielonych ramion oraz hamulec dodatkowy cierny.

W punkcie 5 wyjaśnień z dnia 13.02.2009 r. odwołujący wskazał, że "Potwierdzamy, że łożyska główne górne i łożysko między ramionami wyposażone są fabrycznie w dwa systemy hamulców czyli pneumatyczny zwalniany przyciskiem na uchwycie półki i dodatkowo w hamulec cierny mechaniczny", a w podsumowaniu stwierdził: "Łącznie zaoferowana kolumna na każdej parze ramion ma 2 hamulce pneumatyczne i trzy hamulce mechaniczne cierne, ponieważ łożysko konsoli jest również wyposażone w hamulec mechaniczny. Na życzenie użytkownika w tym łożysku bez dodatkowych kosztów można zastosować hamulec pneumatyczny-tylko przy zabudowie fabrycznej." Zdaniem zamawiającego wynikało zatem, że odwołujący nie oferuje wszystkich hamulców pneumatycznych, a więc nie spełnia wymagań Zamawiającego z pkt. 25 załącznika nr 3 do SIWZ.

Co do oferty wykonawcy wybranego, to zamawiający wskazał, że nie wymagał certyfikatów uprawniających do montażu i produkcji wyrobów medycznych. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 marca 2006 r. (sygn. akt V Ca 1378/05), brak jest podstaw do odrzucenia oferty z powodu nie załączenia odpowiednich dokumentów do oferty jeżeli w istocie Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie sformułował wymogu ich przedłożenia. Tym samym też, według zamawiającego, nie było podstaw do skorzystania z instytucji uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3, gdyż nie było podstaw do wzywania wykonawcy, aby przedstawiał dodatkowe dokumenty. Podniósł, iż zgodnie z prawem europejskim i prawem polskim klasyfikacji wyrobu medycznego dokonuje Wytwórca, a nie bezpośredni wykonawca odpowiedzialny za dostawę, montaż wyrobu u klienta, zaś Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych nie weryfikuje klasy i nie rejestruje wyrobów medycznych producentów UE, które posiadają już stosowne deklaracje zgodności.

Zamawiający uznał także, że wykonawca wybrany nie przedłożył nieprawdziwych informacji stwierdzając w formularzu oferty, że przedmiotowe zamówienie wykona siłami własnymi. Zamawiającego nie interesował potencjał osobowy wykonawcy, dlatego też nie wymagał załączenia do oferty wykazu osób. W związku z powyższym nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy jak twierdzi Protestujący.

W dniu 3 kwietnia 2009r. odwołujący złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu podtrzymując zarzuty i argumentację podniesioną w proteście oraz wnosząc o nakazanie

zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzupełnieniu protestu podniósł, że żądania wyjaśnień dotyczyły informacji i nośności, która była potwierdzona zarówno w dokumentacji jak i tabeli netto, jak życzył sobie Zamawiający. Przekazany rysunek techniczny stanowił dokumentację wykonawczą, tak samo jak projekt budowlany w budownictwie. Z tych względów Zamawiający nie mógł przyjąć rysunków odwołującego - jednocześnie producenta dostarczanych kolumn, jako niewiarygodnych, bo nie odpowiadała mu ich forma. Takiej ewentualności nie przewiduje prawo zamówień publicznych w obecnym brzmieniu.

Wątpliwości zamawiającego dotyczące hamulców pneumatycznych (p. 24 SIWZ) odwołujący potwierdził w tabeli w brzmieniu, jakiego żądał zamawiający, który domagał się hamulców pneumatycznych umożliwiających zablokowanie wybranych pozycji obydwu ramion, nic nie wspominając, że interesuje go również obrót konsoli (konsola w urządzeniu nie jest ramieniem). Mimo tego odwołujący napisał w potwierdzeniu parametrów pismem z dnia 13.02.2009 r., że na życzenie, czyli mimo braku wyraźnego żądania, jest gotowy dostarczyć hamulec dla konsoli bez dodatkowej opłaty. Odwołujący potwierdził fakt spełniania wszystkich wymagań zamawiającego (p.24 tabeli) pisząc dodatkowo, że bez dodatkowych kosztów na życzenie dostarczy hamulec pneumatyczny blokujący obrót konsoli. Gotowość dostarczenia tego trzeciego hamulca pneumatycznego blokującego konsolę potwierdzono również w proteście złożonym Zamawiającemu. Wykonawca wybrany nie pokazał na rysunkach 3 hamulców pneumatycznych, a zamawiający mimo tego przyjął za wiarygodne jego oświadczenie. To nierówne traktowanie oferentów było niezrozumiałe i jednocześnie naruszające ustawę. Odwołujący podtrzymał swoje zarzuty, co do oferty wybranej.

Na potwierdzenie swoich twierdzeń odwołujący przedłożył pismo Urzędu Rejestracji Środków Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w Warszawie z dnia 13 marca 2007r., w którym Urząd informuje, że problem instalacji gazów medycznych nie został jednolicie uregulowany w krajach Unii Europejskiej.

Sytuacja Państwa firmy może być rozpatrywana w dwóch różnych aspektach. Cytując za NBMed. "Consensus statements" wydanie z września 1999 roku:

1. Jeśli podmiot zestawiający system projektuje, instaluje i doprowadza do gotowości system gazów medycznych w szpitalu uważany jest za wytwórcę pod warunkiem, że produkt, który oddaje do obrotu i do używania spełnia wymogi określone w normie EN 737-3 wraz z normami towarzyszącymi:

- EN 738-1 dotyczącą regulatorów ciśnienia,

- EN 737-1 dotycząca zakończeń służących do podłączenia aparatury specjalistycznej,
- EN 793 dotycząca jednostek zaopatrzenia gazów medycznych,
- EN (TC 133) dotycząca systemu miedzianych rur służących do dostarczania gazów medycznych,
- EN 737-2 i EN 737-4 dotycząca usuwania pozostałości znajdujących się w systemie gazów medycznych.

W związku z powyższym, wytwórca z siedzibą w Polsce zgodnie z art.52 ustawy o wyrobach medycznych (Dz.U. nr 93 poz.896 ze zmianami) powinien dokonać zgłoszenia w Urzędzie Rejestracji, po przeprowadzonej procedurze oceny zgodności.

Osobnym problemem jest klasyfikacja systemu gazów medycznych:

- Wyroby medyczne służące do dostarczania gazów medycznych oraz podciśnienia; od swego źródła aż do pacjenta są klasyfikowane zgodnie z regułą 2.
- Sprężarki oraz urządzenia do wytwarzania podciśnienia są aktywnymi wyrobami medycznymi jako potencjalnie niebezpieczne są klasyfikowane są zgodnie z regułami 9 III. W rezultacie kompletny system gazów medycznych zgodnie z normą EN 737-3 jest zaklasyfikowany do klasy IIb.

Natomiast system usuwania pozostałości z systemu gazów medycznych jako potencjalnie nie stanowiący zagrożenia dla pacjenta, operatora i osób trzecich jest klasyfikowany zgodnie z regułami 9 i 11, do klasy IIa.

Klasyfikacja elementów wchodzących w skład systemu gazów medycznych (rozpatrywanych osobno) wygląda następująco:

- kolektory, łączniki regulatory ciśnienia norma EN 738-2, reguły 2, 9 i 11 klasa IIb,
- jednostki zamontowane na stałe zaopatrujące w gazy medyczne aparaturę medyczną norma EN 793; reguły 2,9 i 11; klasa IIb,
- miedziane rury służące do przesyłania gazów medycznych; norma EN (Te 133); reguła 2; klasa 11a,
- jednostki zamontowane na stałe służące do czyszczenia systemu gazów medycznych ; norma EN 737-4; reguły 2, 9 i 11; klasa IIa,
- system do pozbywania się substancji niepożądanych z systemu gazów medycznych reguły 2,9 i 11; klasa IIa.

System gazów medycznych jest uznawany jako wyrób medyczny, kiedy jego projektowanie, instalowanie oraz odbiór końcowy odbywa się na podstawie normy EN 737-3.

Procedury analizy zgodności w takim przypadku mogą odbywać się według: aneksów II. 3, aneksów III i IV, aneksów III i V, aneksów III i VI, a także w przypadku systemu według artykułu 12 - Dyrektywy 93/42/EEC.

Zestawiający system gazów medycznych po zakończeniu prac musi taki system przetestować i wystawić odpowiednią dokumentację łącznie z deklaracją zgodności na cały system.

2. Jeżeli system gazów medycznych jest montowany w szpitalu według projektu opracowanego przez szpital, nie występuje przypadek wprowadzania systemu gazów medycznych do obrotu medycznych do używania jako całości. W takim przypadku zastosowane muszą być krajowe wymagania dotyczące bezpieczeństwa, a także wyżej wymienione normy.

Firma montująca nie może być wtedy uznana za wytwórcę całego systemu gazów medycznych. Firma taka, na podstawie artykułów 52 i 54 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r o wyrobach medycznych (Dz.U.2004, Nr 93, poz. 896 ze zmianami), może dokonać w imieniu podmiotu odpowiedzialnego zgłoszenia do rejestru jedynie poszczególne elementy wchodzące w skład systemu gazów medycznych. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest, a kopia treści odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 3 kwietnia 2009r.

W dniu 14 kwietnia 2009r. wykonawca wybrany przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wskazał na swój interes prawny w analogiczny sposób jak w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego. Przystąpienie zostało podpisane tak jak przystąpienie do postępowania protestacyjnego

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale II siwz Opis Przedmiotu Zamówienia wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż kolumn dwuramiennych z wyposażeniem – 18 szt. w Oddziale Intensywnej Terapii Kardiologicznej. Opis przedmiotu zamówienia – warunki graniczne i oceniane – znajduje się w Załączniku Nr 3 do SIWZ.

Zgodnie z rozdziałem VI siwz wykaz dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą:

- dokument potwierdzający, że zaoferowane wyroby medyczne zostały dopuszczone do obrotu i używania zgodnie z wymogami ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93 poz. 896 z późn. zm.):

- dla wyrobów klasy IIb i III dokument potwierdzający dokonanie zgłoszenia wyrobu do Rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i do używania
- dla pozostałych klas wyrobów medycznych:

- certyfikat oceny zgodności (klasa IIa)
- deklaracja zgodności z wymaganiami zasadniczymi dyrektywy dla wyrobu medycznego oznakowanego znakiem CE (klasa I)

W przypadku, gdyby opisany w SIWZ przedmiot zamówienia nie został sklasyfikowany jako wyrób medyczny i zgodnie z dyrektywami europejskimi i ustawą o wyrobach medycznych nie jest objęty deklaracjami zgodności i nie podlega żadnemu wpisowi Zamawiający wymaga złożenia stosowanego oświadczenia.

Ponadto żądał przedłożenia

1. Prospektu z listą części katalogowych dodatkowego doposażenia.
2. Potwierdzonej przez Wykonawcę Specyfikacji technicznej z uwzględnieniem parametrów technicznych umożliwiającą weryfikację danych zawartych w ofercie.

W myśl rozdziału XIII siwz oferty miały być oceniane na podstawie kryterium ceny – waga 70% i oceny technicznej – waga 30% obliczanych zgodnie z podanymi wzorami matematycznymi. Techniczna ocena oferty miała być dokonywana indywidualnie przez każdego Członka Komisji. Zasady oceny technicznej oraz zakresy punktacji określone zostały w "Wymaganiach technicznych - warunki graniczne i oceniane" stanowiącym Załączniki Nr 3 do SIWZ.

W załączniku nr 3 do siwz zamawiający wymagał :

- w pkt 15 – zasięgu obrotu każdej z pary ramion pomiędzy skrajnymi osiami obrotu w zakresie 1300 – 1500 mm (preferowany wymiar 1400 mm) i przyznawał 10 pkt za wymiar 1400 mm, a za pozostałe proporcjonalnie mniej,
- w pkt 16 - nośność kolumny w pkt A i B (masy brutto), przy maksymalnym zasięgu ramion (uwzględnić masę własną głowicy i maksymalny ciężar obciążenia). Nośność minimalna każdego ramienia nie mniej niż 150kg i przyznawał 50 pkt za masę największą, a za pozostałe proporcjonalnie mniej
- w pkt 25 - niezależnego, pneumatycznego układu hamulcowego kolumny, gwarantującego stabilne zablokowanie wybranej pozycji kolumny obu ramion – zamawiający nie był zainteresowany systemem hamulców ciernych
- w pkt 55 – rysunku projektu kolumn z podaniem podstawowych wymiarów – załączyć do oferty.

Ponadto dokonując opisu sposobu oceny tego kryterium w załączniku nr 3 do siwz zawarł następujące postanowienia :

1. parametry określone jako „TAK” oraz o określonych warunkach liczbowych są warunkami granicznymi. Udzielenie odpowiedzi „NIE” i/lub nie wypełnienie któregokolwiek pola lub niespełnienie warunków liczbowych powodował odrzucenie oferty,

2. brak potwierdzenia wymaganego parametru/warunku był traktowany jako brak danego parametru/warunku w oferowanej konfiguracji urządzenia.
3. Zamawiający zastrzegł sobie prawo sprawdzenia wiarygodności podanych przez Wykonawcę parametrów technicznych we wszystkich dostępnych źródłach, w tym u producenta. W przypadku wątpliwości Zamawiający mógł wymagać prezentacji sprzętu i jego parametrów technicznych.

Zamawiający udzielał wyjaśnień do siwz i w dniu 16 stycznia 2009r. wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 1 czy Zamawiający dopuszcza zaoferowanie kolumn dwuramiennych z wyposażeniem o kącie obrotu każdego z ramion w zakresie 330^o? Parametr ten nieznacznie odbiega od wymaganego i nie ma wpływu na właściwości użytkowe kolumn, że nie dopuszcza takiej oferty, a na pytanie nr 2 czy Zamawiający dopuszcza zaoferowanie kolumn dwuramiennych z wyposażeniem bez uchwytu rurowego z możliwością mocowania na dowolnej stronie głowicy?, również odpowiedział negatywnie. Zamawiający opowiadając na pytanie nr 8 prosimy o sprecyzowanie czy Zamawiający w załączniku nr 3 pozycja 11 wartością 1300 mm określił wymiar głowicy czy też ramienia (I)? Jeżeli wymiar ten dotyczy ramienia (I) to jest on sprzeczny z zapisem w pozycji nr 15 gdzie Zamawiający określił zasięg obrotu każdej z pary ramion w zakresie 1300 – 1500 mm (preferowany wymiar 1400 mm), udzielił odpowiedzi, że w punkcie 11 Załącznika 3 określił wymiary głowicy na ramieniu I, natomiast w punkcie 15 zasięg obrotu ramion I i II.

W ofercie na str 6-13 odwołujący załączył wypełniony załącznik nr 3, gdzie w pkt 2 zaoferował kolumny Kendroport K100S-Alfa 60/80C + K100S – Alfa 60/80C, w pkt 15 w kolumnie parametry oferowane wskazał – zasięg obrotu każdej z pary ramion pomiędzy skrajnymi osiami obrotu 1400mm, w pkt 16 nośność kolumny w pkt A – 360kg, w pkt B – 360kg, w pkt 25 – nienależny, pneumatyczny układ hamulcowy kolumny, gwarantujący stabilne zablokowanie wybranej pozycji kolumny obu ramion. Na str. 47 załączył rysunek nr F2485.01.01.04, zaś na stronach 48-51 producencką specyfikację techniczną oferowanego wyrobu, w której zawarto następujące oświadczenie „oświadczamy, że przedstawione powyżej dane są prawdziwe oraz zobowiązujemy się w przypadku wygrania przetargu do dostarczenia aparatury spełniającej wyspecyfikowane parametry, oświadczamy, że oferowany i powyżej wyspecyfikowany sprzęt jest kompletny i będzie po zainstalowaniu gotowy do pracy bez żadnych dodatkowych zakupów i inwestycji” oświadczenie podpisał prokurent Tadeusz Książek. Odwołujący na str. 36 załączył zaświadczenie o wpisie do Rejestru Wyrobów Medycznych oraz deklarację zgodności CE (str. 38) dla kolumnowego systemu zasilania Kendroport, w skład, którego wchodzi konsola K100S wraz z ramionami Alfa i Beta.

Zamawiający w dniu 9 lutego 2009r. wystąpił do odwołującego z prośbą o wyjaśnienie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, w którym miejscu oferty zostały potwierdzone informacje dotyczące pkt 14, 15 i 16 załącznika nr 3, wskazując jednocześnie, że nie uznaje za

wystarczające skopiowanie i przeredagowanie treści tabeli załącznika nr 3 na str. 48 -51 oferty oraz naniesienie niektórych wymaganych wartości na rysunek projektu (pkt 55 załącznik nr 3). Ponadto zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia materiału specyfikacji technicznej pozwalającej na zweryfikowanie podanych informacji, a dodatkowo o wyjaśnienie czy podana przez odwołującego w odpowiedziach do pkt 19, 20, 22 masa jest masą maksymalną, jaką można pólki informacje ze strony 42 nie precyzują jakiego modelu kolumny i zastosowanych półek dotyczy podana wartość i potwierdzenie ilości układów hamulcowych pneumatycznych, po dwa na jedno ramię kolumny zgodnie z dostarczoną dokumentacją i rysunkiem ze str. 47 oferty.

W dniu 13 lutego 2009r. odwołujący złożył pismo wyjaśniając, że jako producent jednostek zaopatrzenia medycznego do każdego projektu wykonuje indywidualną dokumentację techniczną, na potwierdzenie czego załączył karty katalogowe z 2009r. oraz prospekt kolumn KEDROPORT. Na pytanie dotyczące:

- pkt 14 załącznika nr 3 wyjaśnił, że informacje wymagane zawiera rysunek ze str. 47 oferty, a wymiar kąta potwierdza katalog i karty katalogowe,
 - pkt 15 załącznika nr 3 wyjaśnił, że informacje wymagane zawiera rysunek ze str. 47 oferty, a dodatkowo zasięg jest zakodowany w typie kolumny zgodnie z dokumentacją przekazaną do Urzędu Rejestracji Środków Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych ALFA 60/80C, gdzie 60 i 80 oznacza długość ramion od osi do osi w cm
 - pkt 16 załącznika nr 3 wyjaśnił, że ramiona ALFA 60/80C mają w pkt A i B nośność 360kg, maksymalna nośność wymieniona jest w prospekcie jako 580kg zależnie od zasięgu ramion. Nośność ramion podwójnych wersji C (ciężkiej) 60/60C = 440kg, 60/80 = 360kg (wersja oferowana) i 80/80C = 300kg,
 - pkt 19,20, 21 i 22 załącznika nr 3 wyjaśnił, że produkuje półki o nośności 50, 60 i 70kg zależnie od potrzeb zamawiającego i niezależnie od rodzaju kolumny lub konsoli, a dla przedmiotowego postępowania dostarczy półki o nośności 60kg każda,
 - potwierdził, że łożyska – główne górne i łożysko między ramionami wyposażone są fabrycznie w dwa systemy hamulców czyli pneumatyczny zwalniany przyciskiem na uchwycie półki i dodatkowo hamulec cierny mechaniczny, który nie jest aktywny przy zabudowaniu hamulca pneumatycznego, ale w razie potrzeby może być bardzo prosto uczynniony w razie nieprzewidzianej awarii systemu sprężonego powietrza. Łącznie zaoferowana kolumna na każdej parze ramion ma 2 hamulce pneumatyczne i trzy hamulce mechaniczne cierne, ponieważ łożysko konsoli jest również wyposażone w hamulec mechaniczny. Na życzenie użytkownika w tym łożysku bez dodatkowych kosztów można zastosować hamulec pneumatyczny – tylko przy zabudowie fabrycznej. Późniejsza taka zmiana nie jest możliwa.
- W załączniku do wyjaśnień – podstawowe ramiona kolumn KENDROPORT wskazano :”standardowo hamulce cierne, opcjonalnie pneumatyczne”, tabela nośności podstawowych

„60/80 nośność max [kg] 220” oraz na zamówienie dostarczamy ramiona o podwyższonej nośności (ramiona łamane nawet do 440kg – oznaczenie „C” w symbolu kolumny, na przykład ALFA 100C ← ramiona 60/60C), a nadto w Kolumnowym systemie zasilającym KENDROPORT wskazano „Kolumnowy System Zasilania Kendroport Wersja Alfa z łamanym ramieniem, dodatkowo zapewnia m. in. nośność do 580kg (zależnie od zasięgu ramienia), hamulec mechaniczny, opcjonalnie hamulec pneumatyczny (uruchamiany za pomocą przycisku na uchwycie półki lub konsoli)”.

Wykonawca wybrany na 39 – 42 załączył deklaracje zgodności dla układu wiszącego do dużych obciążeń z zawieszeniem sufitowym oraz dla konsoli zasilającej, przy czym w deklaracji dla konsoli wskazano, że produkt przynależy do klasy 2A.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji wraz z załącznikami, wyjaśnień zamawiającego do siwz z dnia 16 lutego 2009r., oferty odwołującego i oferty wykonawcy wybranego, wezwania zamawiającego z dnia 9 lutego 2009r. oraz wyjaśnień odwołującego z dnia 13 lutego 2009r., protokołu postępowania o zamówienie publiczne oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba nie dopuściła dowodu z pisma Urzędu Rejestracji Środków Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w Warszawie z dnia 13 marca 2007r. z uwagi na cofnięcie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w przedmiocie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią siwz z uwagi na to, że odwołujący cofnął ten zarzut na rozprawie, czemu nie sprzeciwił się zamawiający, a dowód stał się zbędny dla udowodnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba nie dopuściła dowodu z pisma Ondal Industrietechnik GmbH z siedzibą w Hunfeld Niemcy z dnia 4 kwietnia 2009r. w uwagi na to, że jest to dowód, który miał służyć udowodnieniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią siwz w zakresie wymaganego zakresu ruchu ramion konsoli zasilającej min. 340°, a zarzut taki nie został sformułowany ani w proteście, ani w odwołaniu, zaś Izba na mocy art. 191 ust. 3 ustawy jest związana zarzutami podniesionymi w proteście. Tym samym dowód ten nie służył udowodnieniu okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się okoliczności określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu bezprawne odrzucenie jego oferty i zaniechanie wykluczenia wykonawcy

wybranego z powodu przedstawienia nieprawdziwych informacji oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z powodu niezgodności treści tej oferty (nie przedstawienia dokumentów potwierdzających, że wyrób medyczny może być wprowadzony do obrotu i używania) z treścią siwz. Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej oraz wnioski o nakazanie odrzucenia tej oferty. Nie cofnął jednak zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego, ani wniosku o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazania powtórzenia czynności badania i oceny oferty oraz nakazania wykluczenia wykonawcy wybranego. W tych okolicznościach nie doszło wbrew twierdzeniom zamawiającego do uprawomocnienia się czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w przypadku potwierdzenia się podtrzymanych na rozprawie zarzutów odwołującego jego działania zmierzają do wyeliminowania wykonawcy wybranego z postępowania oraz do przywrócenia jego oferty do udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę, że pozytywny wynik postępowania odwoławczego oznaczałby dla odwołującego, że jedyną ofertą ważną w postępowaniu byłaby jego oferta miałby on szansę na uzyskanie zamówienia. Interes prawny w uzyskaniu zamówienia nie może być oceniany przez pryzmat zasadności zarzutów odwołującego, gdyż odwołujący ma ten interes posiadać w chwili wnoszenia odwołania, a nie w dacie wyrokowania. Z tego względu stanowisko zamawiającego, co do zasadności danego zarzutu nie może przesądzać o istnieniu interesu prawnego. Ponadto biorąc pod uwagę fakt, iż oferta odwołującego, jako oferta odrzucona nie była poddawana ocenie ofert w ramach przyjętych kryteriów ceny i oceny technicznej, Izba nie może dokonać takiej oceny za zamawiającego i przed dokonaniem przez niego czynności przesądzać, że w ramach oceny technicznej oferta odwołującego nie uzyskałaby liczby punktów wyższej niż oferta wybrana. Bezspornym jest natomiast, że oferta odwołującego jest korzystniejsza od oferty wybranej pod względem ceny. W tej sytuacji Izba uznała, że odwołujący miał interes prawny we wniesieniu odwołania i została spełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo tego, że nie przedłożył on dokumentu wymaganego przez zamawiającego zgodnie z rozdziałem VI pkt 1 siwz na potwierdzenie, że oferowany przedmiot spełnia wymogi postawione przez zamawiającego tj. braku dokumentu rejestracji i dopuszczenia do wprowadzenia do obrotu kompletnego wyrobu medycznego klasy IIb i wadliwe zaklasyfikowanie oferowanych urządzeń do klasy IIa.

Izba nie rozpoznała przedmiotowego zarzutu wobec jego cofnięcia na rozprawie i braku sprzeciwu przeciwko cofnięciu zarzutu ze strony zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego z udziału w postępowaniu, pomimo tego, że złożył on informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik sprawy tj. oświadczył w pkt II.7 formularza oferty, że wykona zamówienie samodzielnie.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W proteście i odwołaniu odwołujący utożsamiał ten zarzut z faktem, iż w jego ocenie oświadczenie o samodzielnym wykonaniu zamówienia jest oświadczeniem nieprawdy, albowiem dla dostawy i wprowadzenia do obrotu wyboru medycznego będącego przedmiotem zamówienia konieczne jest współdziałanie wytwórcy wyrobu z wykonawcą. W ocenie odwołującego, takiego współdziałania pomiędzy wykonawcą wybranym, a wytwórcą Ondal Industrietechnik nie było, zwłaszcza w zakresie klasyfikacji kompletnego wyrobu medycznego.

Tym samym oświadczenie wykonawcy wybranego z pkt II.7 formularza oferty, według odwołującego było oświadczeniem nieprawdy. Na tę okoliczność odwołujący przedstawił jedynie swoje stanowisko, bez poparcia argumentacji dowodami. Ciężar dowodowy w tym przypadku obciążał odwołującego, który w celu wykazania swego zarzutu obowiązany był udowodnić, że wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe bez współdziałania wytwórcy sprzętu. Z tych względów Izba nie uwzględniła zarzutu i nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Podczas rozprawy odwołujący wprawdzie powołał się na pismo firmy Ondal dotyczące kąta obrotu ramion kolumn dla urządzenia Onda Scope 600, jednakże w proteście i odwołaniu nie zarzucał odwołujący, iż treść oferty wykonawcy wybranego nie odpowiada w tym zakresie treści siwz i nie dążył do wykazania, że oświadczenie nieprawdy dotyczy parametrów przedmiotu oferowanego. W tej sytuacji Izba będąc związana treścią zarzutów protestu, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy nie miała możliwość rozpoznania tego zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 7 ust. 1 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo tego, że przedłożona specyfikacja techniczna i rysunek techniczny kolumn spełniają parametry przedmiotu zamówienia wymagane przez zamawiającego i oferta odwołującego w swej treści jest zgodna z treścią siwz.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Jak ustalono zamawiający wymagał złożenia potwierdzonej przez wykonawcę Specyfikacji technicznej z uwzględnieniem parametrów technicznych umożliwiającą weryfikację danych zawartych w ofercie, co znalazło swoje potwierdzenie w pkt 55 załącznika nr 3 do siwz oraz rysunku projektu kolumn z podaniem

podstawowych wymiarów, który wykonawcy mieli załączyć do oferty. Zamawiający nie wymagał zatem, aby specyfikacja techniczna dotyczyła oferty sprzętowej producenta oferowanego urządzenia, kart katalogowych, czy folderów, tak aby zamawiający mógł zweryfikować informacje podane z załączniku nr 3 w szerszym aspekcie niż parametry techniczne wymagane przez zamawiającego. Nie wymagał też aby specyfikacja techniczna i rysunek projektu kolumn zawierały te same dane, gdyż na rysunku miały się znaleźć tylko podstawowe wymiary, a nie wszystkie informacje zawarte w specyfikacji technicznej. Ponadto odwołujący na rozprawie stwierdził, że przedmiot oferty został dostosowany do indywidualnych potrzeb zamawiającego, czemu zamawiający nie przeczył. Dopiero w piśmie skierowanym do odwołującego w dniu 9 lutego 2009r. zamawiający oświadczył, że wymaga innego sposobu przedstawienia informacji niż załączona do oferty specyfikacja techniczna i rysunek, a w szczególności, że sporządzenia takich dokumentów na potrzeby wyłącznie przedmiotowego postępowania nie uzna za wystarczające. Bezpośrednio jednak z postanowień siwz nie wynikały dla wykonawców szczególne obowiązki przy sporządzaniu specyfikacji technicznej czy rysunku, ani zastrzeżenie, że urządzenia mają być urządzeniami seryjnie produkowanymi, czy też znajdującymi się w bieżącej ofercie producenta, ani że mają spełniać szczególne wymogi, co do formy.

Postanowienia siwz w tym zakresie ograniczały się do następujących elementów :

- sporządzenia dokumentu przez wykonawcę lub potwierdzenia go przez wykonawcę – co odwołujący spełnił, gdyż producencka specyfikacja techniczna załączona na stronach 48-51 została podpisana przez osobę upoważnioną w imieniu odwołującego do składania oświadczeń woli tj. przez prokurenta samoistnego Tadeusza K.,
- posiadania formy specyfikacji technicznej – odwołujący ten wymóg spełnił podając informacje techniczne oferowanego urządzenia,
- uwzględnienia parametrów technicznych umożliwiających weryfikację danych zawartych w ofercie – ten wymóg także odwołujący spełnił, gdyż przedstawiona przez niego specyfikacja techniczna zawiera wszystkie dane, które zamawiający opisał w załączniku nr 3 do siwz.

Jeśli zaś chodzi o rysunek projektu kolumn, to również postanowienia siwz w tym zakresie nie są szczegółowe i ograniczają się do wskazania, że ma być to rysunek (bez wskazania w jakiej formie, technice, czy metodzie wykonany), rysunek ten ma przedstawiać projekt kolumn i ma podawać podstawowe wymiary (bez wskazania jakie wymiary zamawiający uznaje za podstawowe). Te postanowienia siwz również odwołujący spełnił, gdyż rysunek techniczny jest niewątpliwie rodzajem rysunku, rysunek zawiera podstawowe wymiary takie jak długość, wysokość, szerokość kolumn, ich rozmieszczenie i daje możliwość zorientowania się przez zamawiającego jak w przyszłości będzie wyglądał jego kolumnowy system zasilający. Dodatkowo odwołujący na rysunku podał dodatkowe dane, a nawet zamieścił je w tabeli

stanowiącej część opisową rysunku tj. nośność, kąt obrotu ramion, czy rozmieszczenie hamulców pneumatycznych na ramionach kolumn. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się podstaw do kwestionowania przez zamawiającego opisanych dokumentów.

Przechodząc do analizy danych zawartych na rysunku oraz w produkcyjnej specyfikacji technicznej w celu zbadania ich zgodności z wymogami zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu wyjaśnień z dnia 13 lutego 2009r. i załączonych do nich dokumentów Izba stwierdza, co następuje :

1. w zakresie hamulców pneumatycznych – w produkcyjnej specyfikacji technicznej znajduje się wskazanie parametru „nienależny, pneumatyczny układ hamulcowy kolumny, gwarantujący stabilne zablokowanie wybranej pozycji kolumny obu ramion” i jest on tożsamy z postanowieniem zawartym w pkt 55 załącznika nr 3, gdzie odwołujący oświadczył „tak” przy wymaganym parametrze. Informacja ta jest niesprzeczna z danymi podanymi na rysunku, gdyż jak Izba wskazała powyżej zamawiający nie wymagał zamieszczenia na rysunku projektu kolumny podania wszystkich danych tego urządzenia, a w szczególności wszystkich danych wymienionych w załączniku nr 3 do siwz, czy specyfikacji technicznej. Dlatego uwzględnienie na rysunku ze str. 47 wyłącznie hamulców pneumatycznych dla ramion kolumn, bez zaznaczenia hamulca głowicy nie przesądza jeszcze o rozbieżności pomiędzy rysunkiem, a specyfikacją techniczną. Te dane nie musiały znaleźć się na rysunku i ich brak nie może być oceniany przez zamawiającego jako rozbieżność w ofercie i podanie danych nieprawdziwych. Okoliczność ta mogła być przedmiotem wyjaśnień, jeżeli budziła wątpliwości zamawiającego, ile i jakie hamulce będą zamontowane w oferowanej mu kolumnie zasilającej. Z możliwości tej zamawiający skorzystał i otrzymał wyjaśnienie, co do ilości i rodzaju hamulców o treści „łożyska – główne górne i łożysko między ramionami wyposażone są fabrycznie w dwa systemy hamulców czyli pneumatyczny zwalniany przyciskiem na uchwycie półki i dodatkowo hamulec cierny mechaniczny, który nie jest aktywny przy zabudowaniu hamulca pneumatycznego, ale w razie potrzeby może być bardzo prosto uczyniony w razie nieprzewidzianej awarii systemu sprężonego powietrza. Łącznie zaoferowana kolumna na każdej parze ramion ma 2 hamulce pneumatyczne i trzy hamulce mechaniczne cierne, ponieważ łożysko konsoli jest również wyposażone w hamulec mechaniczny. Na życzenie użytkownika w tym łożysku bez dodatkowych kosztów można zastosować hamulec pneumatyczny – tylko przy zabudowie fabrycznej. Późniejsza taka zmiana nie jest możliwa”. Sam zamawiający podczas rozprawy przyznał, że nie wymagał montowania konkretnej ilości hamulców uznając to za zależne do wymogów oferowanego sprzętu. Z postanowienia pkt 25 załącznika nr 3 do siwz – zamawiający nie jest zainteresowany systemem hamulców ciernych nie można wywieść twierdzenia zamawiającego, że wymagał wyłącznie hamulców pneumatycznych. Brak jest bowiem kategoryczności w

postanowieniu siwz wykluczającym możliwość zaoferowania hamulców ciernych jako systemu opcjonalnego czy dodatkowego. To, że zamawiający nie wykluczał takiego rozwiązania potwierdza oferta wykonawcy wybranego, uznana przez zamawiającego za spełniającą wymogi siwz, z której wynika, że wykonawca ten oferuje opcjonalnie hamulce cierne, a więc i takie hamulce w przyjętym rozwiązaniu przedmiotu zamówienia mogą wystąpić. Z wskazanego postanowienia siwz wynika jedynie, że ocenie technicznej w ramach kryterium oceny ofert zamawiający podda wyłącznie fakt oferowania hamulców pneumatycznych i to takich, które gwarantują stabilne zablokowanie wybranej pozycji kolumny obu ramion. Zamawiający nie żądał wyjaśnienia, czy zaproponowane przez odwołującego 2 hamulce pneumatyczne na każdym z ramion gwarantują stabilne zablokowanie wybranej pozycji kolumny. W tej sytuacji w mocy pozostaje oświadczenie odwołującego złożone w specyfikacji technicznej, że oferuje niezależny pneumatyczny układ hamulcowy kolumny, gwarantujący stabilne zablokowanie wybranej pozycji kolumny obu ramion. Temu oświadczeniu nie przeczą informacje zawarte w katalogu załączonym do wyjaśnień ze strony 14 i 2 katalogu. Izba ponownie wskazuje na oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie, a także na str. 51 w specyfikacji technicznej, że przedmiot oferowany jest zgodny z parametrami wymaganymi przez zamawiającego i zostanie dostarczony i zamontowany w sposób nie wymagający poniesienia dodatkowych kosztów czy inwestycji. Istotne jest także to, że system kolumnowy zasilający oferowany przez odwołującego jest, zgodnie z oświadczeniem odwołującego, dostosowany do potrzeb indywidualnych zamawiającego, a więc może odbiegać w swoich parametrach od standardowej oferty odwołującego. Z danych katalogowych wynika możliwość zaoferowania hamulców pneumatycznych tak na ramionach jak i na głowicy, a więc zgodnie z ofertą odwołującego oraz fakt, że system będzie wyposażony także w hamulce cierne, co w świetle powyższych ustaleń ma znaczenie obojętne dla zamawiającego. Izba wobec powyższego uznała, że oferta odwołującego nie zawierała w tym zakresie treści sprzecznych z treścią siwz i zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucając ofertę odwołującego.

2. w zakresie nośności ramion – Izba, wobec ustalenia, że specyfikacja techniczna i rysunek techniczny projektu kolumny odpowiadały wymogom postawionym przez zamawiającego w siwz, stwierdza, że pomiędzy rysunkiem, a specyfikacją techniczną w tym zakresie nie było rozbieżności. Z obu dokumentów wynika, że odwołujący zaoferował ramiona łamane typu Alfa 60/80C o nośności w pkt A i B 360kg. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że z faktu, iż z katalogu załączonego do wyjaśnień z dnia 13 lutego 2009r. nie wynika nośność ramion typu Alfa 60/80C, wynika, że odwołujący nie zaoferował nośności na poziomie 360kg. Z danych katalogowych wynika jedynie, że w standardowej wersji ramion 60/80 nośność wynosi 220kg oraz, że odwołujący oferuje kolumny zasilające o

parametrach niestandardowych – cięższe oznaczone literą C, dla których nośności są wyższe niż standardowe np. dla ramion 60/60C nośność wynosi 440kg. Z tych danych katalogowych nie sposób wywieść, że odwołujący nie jest w stanie zaoferować zamawiającemu kolumny o ramionach 60/80C o nośności 360kg. Fakt ten potwierdził odwołujący tak w specyfikacji technicznej, jak i na rysunku ze str. 47 oferty jak i w wyjaśnieniach z dnia 13 lutego 2009r. Izba nie znalazła podstaw dla odmowy odwołującemu wiary w tym zakresie. Izba wobec powyższego uznała, że oferta odwołującego nie zawierała w tym zakresie treści sprzecznych z treścią siwz i zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucając ofertę odwołującego.

Izba mając na uwadze powyższe stwierdziła, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się także podstaw do oddalenia odwołania z uwagi na treść art. 191 ust. 1 a ustawy. Przede wszystkim wskazać należy, że wbrew stanowisku zamawiającego, to nie wniesienie odwołania ma mieć wpływ na wynik postępowania, ale naruszenie ustawy przez działanie lub zaniechanie dokonane przez zamawiającego. Okoliczność ta nie może być wprost utożsamiana, jak czyni to zamawiający z istnieniem interesu prawnego po stronie odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Pojęciowo „naruszenie przez zamawiającego ustawy mające wpływ na wynik postępowania” jest szersze niż brak interesu prawnego. Izba w przedmiotowej sprawie nie stwierdziła, że naruszenie zamawiającego stwierdzone przez Izbę nie miało wpływu, gdyż dotychczas oferta odwołującego nie podlegała ocenie w ramach przyjętych kryteriów ofert i Izba nie może zastąpić swoim wyrokiem czynności zamawiającego powtórzenia oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i przesądzić o pozycji odwołującego w rankingu ofert w oparciu o kryterium bilansowe.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy uwzględniając odwołanie w zakresie wniosku o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego. Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania, a to w świetle nie potwierdzenia się zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji oraz cofnięcia przez odwołującego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią siwz.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, przy czym Izba stwierdziła, iż wniosek odwołującego o przyznanie kosztów zastępstwa prawnego nie może zostać uwzględniony z uwagi na to, że odwołujący nie przedstawił rachunków

stanowiących dowód poniesienia kosztów, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.(Dz. U. nr 128 poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **dla Warszawy – Pragi w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....