

Sygn. akt: KIO/UZP 860/08

WYROK
z dnia 1 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Philips Polska**” Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny, ul. Bialska 104/118, 42-200 Częstochowa** protestu z dnia 1 sierpnia 2008 r.

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 „Philips Polska” Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

- z kwoty wpisu uiszczonego przez „**Philips Polska**” **Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
 - 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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Philips Polska**” **Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę montaż i uruchomienie rezonansu magnetycznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2008/S 84–113896 z 30.04.2008 r.), w dniu 4 sierpnia 2008 r. został złożony protest a następnie odwołanie przez Philips Polska Sp. z o.o. z Warszawy.

Wniesienie protestu było następstwem powiadomienia pismem z dnia 28 lipca 2008 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego i o wyborze oferty Ado–Med Sp. z o.o. ze Świętochłowic. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. NMP z Częstochowy naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655):

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 przez brak jednoczesnego powiadomienia o wyborze oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego bez podania uzasadnienia faktycznego tej decyzji,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty Ado–Med Sp. z o.o. jako nie odpowiadającej treści SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę, co jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.),

4. art. 8 ust. 1 przez zaniechanie niezwłocznego zamieszczenia na stronie internetowej wyników przetargu,
 5. art. 25 ust. 1 przez odrzucenie oferty, która zawiera dokumenty stosowne do przedmiotu zamówienia,
 6. art. 29 i art. 30 ust. 1 przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia.
- ponadto naruszenie art. 2, art. 45 ust. 1 i 2 oraz art. 77 Konstytucji RP przez pozbawienie prawa do sądu skutkiem braku uzasadnienia decyzji.

Odwołujący wniosk:

1. o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Philips Polska Sp. z o.o.,
3. o dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także o odrzucenie oferty Ado–Med Sp. z o.o.,
4. o poinformowanie o wynikach postępowania zgodnie z przepisami prawa.

Ewentualnie wniosk o unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań Odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 28 lipca 2008 r. z informacją o odrzuceniu oferty wskazana została jako podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, natomiast brak było jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, co uniemożliwiło merytoryczne odniesienie się do ustaleń Zamawiającego, które legły u podstaw kwestionowanej czynności odrzucenia oferty. Odwołujący stwierdził, że oferowany przez niego rezonans magnetyczny produkcji firmy Philips o nazwie Achieva 1.5.T spełnia całkowicie wymagania techniczne, podane w załączniku nr 1 do SIWZ, nazwanego systemem badania metodą rezonansu magnetycznego, co dodatkowo zostało potwierdzone odpowiedzią z dnia 7 lipca 2008 r. na pismo Zamawiającego z dnia 2 lipca 2008 r. o wyjaśnienie treści oferty wraz z wezwaniem do złożenia kart katalogowych wskazanych części aparatu. Natomiast oferta wybranego wykonawcy Ado-Med. Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ. Mimo podania w wykazie osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie Pana Jacka B., pracownika firmy Siemens Sp. z o.o., wykonawca Ado–Med Sp. z o.o. wbrew wymogom zawartym w punkcie 1.4 SIWZ nie ujawnił, że zrealizuje zamówienie przy pomocy podwykonawców. Zaoferowana przez Ado – Med Sp. z o.o. cena, zwłaszcza w części odnoszącej się do prac adaptacyjnych, odbiega o ponad 50% od ceny oferty Konsorcjum Promed S.A. i o ponad 70% od ceny oferty Odwołującego.

Powołał się na naruszenie interesu prawnego przez bezpodstawne odrzucenie oferty. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, na wezwanie Zamawiającego z dnia

4 sierpnia 2008 r. pismem doręczonym 7 sierpnia 2008 r. przystąpił Ado-Med Sp. z o.o., który wniósł o odrzucenie protestu, jako wniesionego przez osoby nie umocowane oraz poparł stanowisko Zamawiającego, żądając jednocześnie utrzymania wyboru jego oferty. W następnym złożonym piśmie z dnia 7 sierpnia 2008 r. Odwołujący wywodził, że argumentacja przedstawiona w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego przez wykonawcę Ado-Med. Sp. z o.o. wskazująca na podstawy do odrzucenia protestu Odwołującego jest chybiona, gdyż protest został wniesiony przez osoby umocowane do tej czynności zgodnie przedstawionym pełnomocnictwem.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 11 sierpnia 2008 r. przez jego oddalenie. Uznał jedynie protest w zakresie żądania sformułowanego w pkt 4, to jest zobowiązał się do podania wyników postępowania przetargowego.

Jednocześnie odrębnym pismem z tej samej daty poinformował ponownie Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i tym razem jako podstawy tej decyzji wskazał, że w załączniku nr 1 do SIWZ wymagał w punktach:

3.7 – dedykowanej cewki sztywnej lub elastycznej do badania nadgarstka, minimum 3 kanałowej,

3.9 – cewki elastycznej, owijanej wokół badanego narządu o wymiarach pozwalających na badanie barku, minimum 3 kanałowej.

Natomiast Odwołujący zaoferował zestaw cewek zarówno w punkcie 3.7 i 3.9, których Zamawiający nie dopuszczał. Zamawiający utrzymywał, że pierwotny wybór oferty Philips Sp. z o.o. oparty był na informacjach zawartych w ofercie, tabela parametrów technicznych, gdzie użyto określenia „zestaw cewka elastyczna.” Z uwagi na złożone wyjaśnienie w piśmie z dnia 7 lipca 2008 r. odnośnie punktów 3.7 i 3.9 załącznika 1 do SIWZ, gdzie potwierdzono zaoferowanie zestawu cewek elastycznych, a nie wymaganej jednej cewki, ofertę odrzucono. Pismem z dnia 14 sierpnia 2008 r. Odwołujący wniósł ponownie protest na odrzucenie jego oferty, gdzie podjął merytoryczną polemikę z argumentami Zamawiającego, przedstawionymi w uzasadnieniu w piśmie z dnia 11 sierpnia 2008 r.

W odwołaniu wniesionym 14 sierpnia 2008 r., z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie zarzuty i wnioski protestu zostały podtrzymane w całości.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2008 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której ponownie stwierdził, iż wybór oferty Ado-Med. Sp. z o.o. jest prawidłowy.

W obowiązującym stanie prawnym przepis art. 36 ust. 4 Pzp zobowiązuje do podania części zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom, natomiast nie ma ustawowego obowiązku podawania nazw podwykonawców. Zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wybranego wykonawcę nie został dowiedziony. Do porównania mogą być brane jedynie ceny całkowite oferty, a nie poszczególne składniki cenowe. Ocena oferty

Odwołującego została dokonana na podstawie literalnego brzmienia postanowień SIWZ i jest prawidłowa. Dywagacje jakie roztacza Odwołujący na temat skrócenia czasu badań czy poprawy jakości obrazu są ogólnikowe i służą wyłącznie propagowaniu jego produktów, a podane rozwiązania funkcjonalne są zbędne. Zatem wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2008 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Ado-Med. Sp. z o.o., który powołał się na okoliczność, że wybór jego oferty został dokonany w wyniku uwzględnienia złożonych protestów na pierwotny wybór oferty Philips Polska Sp. z o.o. Powtórzył i rozszerzył zarzuty przeciwko ofercie Odwołującego, które podniósł w proteście z dnia 23 czerwca 2008 r.

Nie zgodził się z zarzutem podania rażąco niskiej ceny oferty. Wyjaśnił, iż niska cena za adaptację pomieszczeń podyktowana jest czynnikami obiektywnymi, możliwością korzystania z usług podwykonawcy, przy zastosowaniu korzystnych stawek za wykonywane roboty budowlane. Wyjaśnił, że w wykazie osób do wykonania zamówienia podał co prawda pracownika firmy Siemens, ale miał do tego prawo z uwagi na stałą umowę współpracy z tym producentem.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, z kart katalogowych określających parametry wskazanych cewek dedykowanych, przedstawioną opinię Prof. dr medycyny Jerzego W., oferty Odwołującego oraz oferty Ado – Med Sp. z o.o.

Ponadto rozważył stanowiska pełnomocników stron oraz Przystępującego do odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił co następuje.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty.

Kryteria oceny ofert stanowi cena brutto z przypisaną wagą 70% i jakość oceniana na podstawie parametrów technicznych sprzętu, określonych w załączniku nr 1 do SIWZ z wagą 30%.

Termin związania ofertą wynosi 60 dni z dniem składania ofert 30 maja 2008 r.

W pierwotnej ocenie 17 czerwca 2008 r., oferta Odwołującego uzyskała 492,50 punktów i została wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta Ado-Med. Sp. z o.o. uzyskała 479 punktów, a oferta Konsorcjum Promed S.A. Alteris Sp. z o.o. - 461,50 punktów.

W ponownej ocenie oferta Ado-Med. Sp. z o.o. uzyskała 498,35 punktów, a oferta Konsorcjum Promed S.A. 479,84 punktów.

Na wyżej podany wynik pierwszej oceny ofert protesty w dniu 23 czerwca 2008 r. złożył Promed S.A. lider Konsorcjum z Alteris Sp. z o.o., z zarzutami przeciwko Odwołującemu, dotyczącymi parametrów technicznych oferowanego aparatu oraz przeciwko Ado-Med Sp. z o.o. z zarzutami rażąco niskiej ceny oferty i nie podania firmy Siemens Sp. z o.o. jako podwykonawcy.

W tej samej dacie protest złożył Ado-Med Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Philips Sp. z o.o. i Promed S.A., którzy w rzeczywistości zaoferowali sprzęt niezgodny z opisem technicznym przedmiotu zamówienia, składając przy tym nieprawdziwe deklaracje.

Między innymi w zarzutach protestu Ado-Med Sp. z o.o. przeciwko ofercie Odwołującego zostało podniesione, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ pkt 3.7 Zamawiający wymagał zaoferowania minimum 3 kanałowej dedykowanej cewki sztywnej lub elastycznej do badania nadgarstka. Philips Polska Sp. z o.o. podał w tym punkcie oferty odpowiedź: TAK, zestaw cewka elastyczna, 4 kanały, akwizycja równoległa. W punkcie 3.9 wymienionego załącznika Zamawiający wymagał zaoferowania minimum 3-kanałowej cewki elastycznej, owijanej wokół badanego narządu o wymiarach pozwalających na badanie barku. Philips Polska Sp. z o.o. podał w tym punkcie oferty odpowiedź TAK, zestaw cewka elastyczna, cztery kanały, akwizycja równoległa. Zamawiający nie dopuszczał w tych punktach zaoferowania zestawu cewek. Ponadto producent zaoferowanego aparatu Achieva 1.5 T nie ma w swojej ofercie 4-kanałowych cewek elastycznych.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2008 r. do postępowania wywołanego powołanymi wyżej protestami przystąpili:

Ado-Med Sp. z o.o. do protestu Promed S.A., żądając jego oddalenia,

Promed S. A. do protestu Ado-Med Sp. z o.o., żądając jego oddalenia.

Odwołujący przystąpił zarówno do jednego jak i drugiego postępowania protestacyjnego. Zgodził się z zarzutami kierowanym do ofert konkurencyjnych, natomiast zarzuty skierowane przeciwko jego ofercie uznał za chybione. W szczególności podniósł, że twierdzenia, iż producent aparatu Achieva 1.5.T nie ma w swojej ofercie wymaganych cewek dla badań nadgarstka i barku, nie zostało dowiedzione, zatem są to jedynie domysły. Utrzymywał, iż jest powszechnie wiadomo, że firma Philips jest właścicielem największego producenta cewek i akcesoriów do rezonansu magnetycznego - firmy Invivo, produkującej cewki również dla innych producentów rezonansów. W ofercie firmy Philips zaproponowano najlepsze dostępne rozwiązanie spełniające wymogi Zamawiającego.

Protesty z dnia 23 czerwca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął pismem z dnia 1 lipca 2008 r., stwierdzając, że je uwzględnia i podejmuje decyzję o powtórzeniu oprotestowanych czynności, to jest oceny i wyboru ofert.

W następnej kolejności pismami z dnia 2 lipca 2008 r. Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców o wyjaśnienia, a do Odwołującego także o uzupełnienia danych według tabeli parametrów technicznych i przedstawienie kart katalogowych urządzeń. W odniesieniu do punktu 3.7 zadane zostało pytanie. Czy oferujecie Państwo jedną dedykowaną cewkę, czy zestaw cewek. W przypadku zestawu, wymagamy podania elementów składowych zestawu i jego parametrów technicznych. Do punktu 3.9 - czy oferujecie Państwo jedną cewkę, czy zestaw cewek. W przypadku zestawu wymagamy podania elementów składowych zestawu i jego parametrów technicznych. Zamawiający wezwał także do uzupełnienia oferty o oryginalne firmowe materiały informacyjne lub inne, zawierające parametry techniczno – eksploatacyjne i specyfikacje oferowanych cewek.

W odpowiedzi udzielonej w zakreślonym terminie Odwołujący podał:

Pkt 3.7 – oferowany jest zestaw cewek składający się z :SENSE Flex M i SENSE Flex S. Są to cewki elastyczne, dwukanałowe, które połączone tworzą 4 kanałowy zestaw.

Pkt 3.9 – oferowany jest zestaw cewek składający się z: SENSE Flex M i SENSE Flex S. Są to cewki elastyczne dwukanałowe, które połączone tworzą 4 kanałowy zestaw, dający najwyższą jakość obrazowania.

Na udokumentowanie zostały złożone wydruki z oficjalnych katalogów elektronicznych firmy Philips wraz z tłumaczeniem na język polski.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej poczynił przytoczone wyżej ustalenia mając na uwadze, że oferta Odwołującego została odrzucona ze względu na zaoferowany rodzaj cewek do badania nadgarstka i barku.

Nieprawidłowe było postępowanie Zamawiającego, który pismem z dnia 28 lipca 2008 r. powiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego (bez uzasadnienia), o wybraniu oferty Ado-Med. Sp. z o.o., przyznanej punktacji, a następnie pismem z dnia 11 sierpnia 2008 r. powiadomił o faktycznych przyczynach tej decyzji

Zamawiający jest zobowiązany ustawowo art. 92 ust. 1 Pzp podać wykonawcom wyniki postępowania, wraz z uzasadnieniem podstaw wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty, czy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W przypadku przetargu nieograniczonego, informacje na temat wykonawców wykluczonych, oferty wybranej, ofert odrzuconych oraz przyznanej punktacji winny być przekazane jednocześnie, co wynika z przywołanego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp i służy zasadzie koncentracji rozpatrywania środków ochrony prawnej. Skład orzekający Izby podkreśla, że powiadomienia wykonawców nie zależą od dobrej woli Zamawiającego, a stanowią obowiązek nałożony ustawą.

Odwołujący w proteście z dnia 4 sierpnia 2008 r. mógł jedynie podnieść ogólne zarzuty i argumenty przeciwko odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, skoro uznawał, że decyzja ta nie znajduje podstaw. W odwołaniu był w stanie szerzej uzasadnić

swoje stanowisko. Tak więc wadliwe działanie Zamawiającego, polegające na spóźnionym przekazaniu uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie miało wpływu na skuteczność skorzystania przez niego z przysługujących środków ochrony prawnej i w ocenie Izby nie wywarło negatywnego wpływu na sferę prawnie chronionych interesów wykonawcy.

Rozpatrując przesłanki formalne związane z wnoszeniem środków odwoławczych, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że protest stanowi oświadczenie woli zbliżone do postępowania reklamacyjnego, zatem mieścił się w zakresie załączonego pełnomocnictwa z dnia 14 lipca 2008 r. i umocowania dla pełnomocników firmy Philips Polska Sp. z o.o. Panów Pawła K. i Pawła M.

W proteście firmy Ado-Med. Sp. z o.o. z dnia 23 czerwca 2008 r. zostały poniesione zarzuty przeciwko ofercie Odwołującego, dotyczące zaoferowania innego typu cewek niż przewidywała SIWZ, a w proteście Promed S.A., do którego przystąpił Odwołujący znalazły się te same zarzuty podnoszone przeciwko firmie Ado-Med. Sp. z o.o. dotyczące rażąco niskiej ceny i nie wykazania podwykonawców robót.

W sytuacji gdy protesty zostały uznane, a Zamawiający nie odrzucił wszystkich ofert, dalsze czynności Zamawiającego nie były zgodne wprost z tym rozstrzygnięciem protestu (uwzględnienia wszystkich protestów). Należy jednak zważyć, że po uwzględnieniu protestów pismem z dnia 1 lipca 2008 r. z zapowiedzią ponownej oceny ofert, pismem z dnia 2 sierpnia 2008 r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia do odnośnych postanowień oferty i o przedłożenie dodatkowych dokumentów, - kart katalogowych oferowanych cewek. Powstały zatem nowe okoliczności dokonywania oceny ofert uzupełnionych wyjaśnieniami i dodatkowymi dokumentami. Wyniki tak przeprowadzonej oceny nie mogą pozostawać poza kontrolą systemu środków ochrony prawnej.

Wykonawca wykonując nakaz Zamawiającego stwierdził, że złożone wyjaśnienia i dokumenty potwierdziły bez wątpliwości, że oferowany aparat spełnia wymagania SIWZ. W ocenie Izby rozstrzygnięcie protestów przez Zamawiającego, dokonane pismem z 1 lipca 2008 r. nie miało charakteru definitywnego. Nie rozstrzygało w tej dacie o końcowym wyniku oceny ofert. Przez wezwanie wszystkich wykonawców w dniu 2 lipca 2008 r. (w otwartym terminie wniesienia odwołania) do wyjaśnień w zakresie okoliczności ponoszonych w zarzutach protestów Zamawiający dał do zrozumienia, że chce ponownie zbadać wszystkie oferty, po uzyskaniu wyjaśnień i podjąć decyzje uzależnione od ich wyniku. W takich okolicznościach Odwołujący miał prawo uważać, że złożone przez niego wyjaśnienia i dokumenty zostaną ocenione pozytywnie. Skoro rozstrzygnięcie protestu z dnia 1 lipca 2008 r. nie miało charakteru końcowej oceny ofert, a jedynie otwierało drogę do ich dalszego badania, nie można przypisywać Odwołującemu, że zgodził się z zarzutami zawartymi w protestach konkurentów, przez brak odwołania na tego rodzaju rozstrzygnięcie. Jeżeli oferta

kwalifikuję się do odrzucenia Zamawiający nie ma prawa wzywać o jej uzupełnienie, o czym stanowi art. 26 ust. 3 Pzp.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że uznanie iż pierwotne rozstrzygnięcie protestu z 1 lipca 2008 r. równało się automatycznemu uznaniu wszystkich tam zgłoszonych zarzutów, musiałoby doprowadzić do odrzucenia wszystkich trzech złożonych ofert. Skoro Zamawiający po wyjaśnieniach ponownie sklasyfikował oferty Konsorcjum Promed SA i Ado-Med. Sp. z o.o. Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. nie może być gorzej traktowany, a skoro jego oferta po ponownym badaniu została odrzucona musi mieć zagwarantowane prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej. W przeciwnym bowiem przypadku działania Zamawiającego naruszałyby reguły równego traktowania wykonawców i poddawały w wątpliwość efektywność procedur odwoławczych.

Tak więc protest Odwołującego wniesiony 4 sierpnia 2008 r. dotyczy nowych czynności Zamawiającego. Nie zachodziły przeszkody do rozpatrzenia odwołania określone w art. 187 ust. 4 w związku z art. 181 ust. 6 i 7 Pzp.

Oceniając merytorycznie sprawę z ograniczeniem do zarzutów, które były przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego, Izba zważyła co następuje.

W załączniku nr 1 określającym system do badania metodą rezonansu magnetycznego

W spornych pozycjach 3.7 i 3.9 podane zostały parametry graniczne, określone bez możliwości jakichkolwiek modyfikacji o następującym brzmieniu:

3.7 dedykowana cewka sztywna lub elastyczna do badania nadgarstka minimum 3-kanalowa,

3.9 cewka elastyczna owijana wokół danego narządu o wymiarach pozwalających na badanie barku minimum 3-kanalowa. Jedyne co powinien zrobić wykonawca to w danej pozycji wpisać słowo TAK lub NIE. Zamawiający w uwadze pod tabelą uprzedził, że nie spełnienie wymaganych parametrów spowoduje odrzucenie oferty.

Jeżeli tak ściśle sprecyzowanie warunku technicznego było niemożliwe do spełnienia lub ograniczało dostęp do zamówienia na rzecz jednego lub wąskiego kręgu wykonawców, to na stosownym etapie postępowania Odwołującemu służyła droga protestu na postanowienia SIWZ. Dotyczy to również nie dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Opis nie był dokonany za pomocą norm, czy z podaniem nazw, zatem nie było obowiązku dopuszczania rozwiązań równoważnych. Skład orzekający w poczet dowodów zaliczył złożone przy piśmie Odwołującego z dnia 29 sierpnia 2008 r. pismo Prof. dr hab. Jerzego W. z dnia 27 sierpnia 2008 r., które nie mogło być traktowane jako opinia biegłego w sprawie, więc zostało uznane za stanowisko strony, oraz pismo producenta sprzętu firmy Philips z dnia 21 sierpnia 2008 r., których treść potwierdza walory funkcjonalne zaoferowanych cewek podwójnych.

Zamawiający nie posłużył się opisem funkcjonalnym w SIWZ, poprzestającym na podaniu do czego wymienione cewki mają służyć lecz podał konkretny opis „jedna cewka minimum

trzykanałowa.” Oceniając przedłożone dowody należy stwierdzić, że zestaw cewek nie odpowiada pojedynczej cewce. Odwołujący w odpowiedzi na odwołanie wprost przyznał, że zestaw cewek to nie to samo co cewka pojedyncza. Przekonywał jedynie Zamawiającego, że pod wieloma względami rozwiązanie takie jest lepsze. Dopiero na etapie rozprawy Odwołujący próbował dowodzić, że zaoferował dokładnie to co było opisane w SIWZ. Przeczy temu dowód przedstawiony przez Odwołującego mianowicie tabela przeglądu cewek do RM, pod którą widnieje adnotacja „Ważne uwagi do obrazowania przy użyciu połączonych cewek; ponieważ obrazowanie z zastosowaniem połączonych cewek wymaga zastosowania dwa razy większej liczby cewek i kabli, bardzo ważne jest ścisłe przestrzeganie instrukcji dotyczących bezpieczeństwa cewek emitujących fale radiowe (RF).” Prawem Zamawiającego, wynikającym z jego uzasadnionych potrzeb jest otrzymanie dokładnie takiego produktu jakiego oczekiwał i opisał w SIWZ. Nie można odmówić Zamawiającemu prawa do określenia swoich potrzeb zgodnie z dotychczasową praktyką kliniczną i doświadczeniem w korzystaniu z MR. Opis urządzenia był jednoznaczny i nie budził żadnych wątpliwości.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego, że praca z zaoferowanym zestawem nie różni się od pracy z pojedynczą cewką, ani tego, że zastosowany opis ma charakter funkcjonalny. Dodatkowe walory tego sprzętu podnoszone przez Odwołującego jak:

- skrócenie czasu badań,
- wyższa jakość obrazu i możliwości diagnozy,
- szerszy zakres zastosowań,

nie mogą zostać uwzględnione, wobec ustalonego w SIWZ w odniesieniu do wszystkich składanych ofert systemu oceny.

Brak jest także uzasadnionych podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu. Nawet sam Odwołujący nie twierdzi, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w taki sposób, że aparat o łącznych wymaganych parametrach może zaoferować tylko jeden określony wykonawca.

Sprawa została dostatecznie wyjaśniona opisanymi dowodami z dokumentów. Dlatego też skład orzekający Izby nie dopuścił dowodu z opinii biegłego sądowego na podaną przez Odwołującego tezę dowodową.

Zarzuty przeciwko ofercie Ado-Med. Sp. z o.o. były zgłaszane w protestach z dnia 23 czerwca 2008 r. Zamawiający również w tych kwestiach zwracał się do wybranego wykonawcy o wyjaśnienia i przy ponownej ocenie ofert je uwzględnił. Porównując ogólne ceny ofert brutto:

Philips Sp. z o.o. – 3 993 961,85 zł.,

Ado- Med. Sp. z o.o. – 4 219 050 zł.,

Promed S.A. - 4 199 526,00zł. i wartość szacunkową netto 4 241 612,06 zł. skład orzekający Izby nie stwierdził, zasadniczych rozbieżności wskazujących na możliwość podania przez wykonawcę Ado– Med. Sp. z o.o. rażąco niskiej ceny, poniżej kosztów wytworzenia lub zakupu. Różnice w poszczególnych elementach kalkulacyjnych ceny, między ofertami nie mogą dowodzić rażąco niskiej ceny, która jak wynika z ugruntowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa w tej kwestii, winna być odnoszona do ceny całkowitej oferty. Wyżej podana cena oferty Odwołującego jest nawet niższa od ceny oferty wybranego wykonawcy.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego do odwołania Ado-Med. Sp. z o.o., że podanie osoby fizycznej Pana Jacka B., zatrudnionego w firmie Siemens Sp. z o.o., wskazanego do instalacji i przeprowadzania szkoleń obsługi rezonansu, nie dowodzi, iż ten zakres zamówienia został powierzony firmie Siemens jako podwykonawcy. Nie można utożsamiać firmy i pracownika, w której jest zatrudniony, jako podwykonawcy. W wykazie osób i podmiotów, przewidzianych do realizacji zamówienia nie jest konieczne wskazywanie jaka podstawa prawna łączy wykonawcę z daną osobą i Zamawiający tego nie żądał.

W rozdziale IV pkt 7.6 Zamawiający wyłącznie wymagał złożenia wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. Wybrany wykonawca złożył przedmiotowy wykaz. Nawet przyjmując twierdzenie Odwołującego, że pan Jacek B. jest podwykonawcą to nie można wywodzić o niezgodności w tym zakresie treści oferty z treścią SIWZ, ponieważ został podany zakres czynności powierzanych tej osobie w wykazie osób i podmiotów uczestniczących w wykonaniu zamówienia. Art. 36 ust. 4 Pzp wymaga wyłącznie podania zakresu robót zleczanych podwykonawcom, co zostało wypełnione w ofercie Ado-Med. Co najwyżej można więc mówić o naruszeniu formy dokumentu, a nie o niezgodności treści oferty z SIWZ.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafności czynionych Zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 25 ust. 1, art. 29 i art. 30 ust. 1 Pzp.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*