

Sygn. akt: KIO/UZP 953/09

**WYROK**  
**z dnia 5 sierpnia 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Stanisław Sadowy**

**Protokolant: Łukasz Sierakowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ACCURO-SUMER Sp. z o.o., ul. Kolejowa 15/17, 01-217 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sejnach, ul. dr Edwarda Rittlera 2, 16-500 Sejny**, protestu z dnia 24 czerwca 2009 r.

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **ACCURO-SUMER Sp. z o.o., ul. Kolejowa 15/17, 01-217 Warszawa** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ACCURO-SUMER Sp. z o.o., ul. Kolejowa 15/17, 01-217 Warszawa;**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **2 928 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) przez **ACCURO-SUMER Sp. z o.o., ul. Kolejowa 15/17, 01-217 Warszawa** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Sejnach, ul. dr Edwarda Rittlera 2, 16-500 Sejny**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ACCURO-SUMER Sp. z o.o., ul. Kolejowa 15/17, 01-217 Warszawa.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup urządzeń medycznych z podziałem na pięć zadań”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez ACCURO-SUMER Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 24 kwietnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 79-113881). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sejnach, zwany dalej „*Zamawiającym*”. Postępowanie to zostało przez Zamawiającego podzielone na pięć zadań z możliwością składania ofert częściowych. Złożone do Izby odwołanie dotyczy zadania nr 5, tj. zadania na „Zakup sprzętu rehabilitacyjnego dla Poradni Rehabilitacyjnej SP ZOZ w Sejnach i materacy przeciwoślizgowych dla szpitala SP ZOZ w Sejnach”.

W postępowaniu tym w dniu 19 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. m.in. o wyborze w zakresie zadania nr 5 oferty najkorzystniejszej - oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego Technomex z siedzibą w Gliwicach (dalej: „*Technomex*”).

W związku z tą informacją Zamawiającego Odwołujący pismem z dnia 24 czerwca 2009 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 25 czerwca 2009 r., złożył protest, w którym wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie i wybór jako najkorzystniejszej oferty Technomex w postępowaniu pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Jednocześnie też wniósł o unieważnienie czynności wyboru ofert i ponowne ich rozpatrzenie.

W uzasadnieniu swojego protestu Odwołujący wskazał na dwie sprzeczności z wymogami SIWZ oferty Technomex:

- 1) w zakresie poz. 20 (załącznik nr 6 do SIWZ) Bieżnia elektryczna – 1 szt.
- 2) w zakresie poz. 25 (załącznik nr 6 do SIWZ) Stymulator dwukanałowy do porażień wiotkich i spatycznych – 1 szt.

Co do kwestionowanej następnie w wyniku złożonego odwołania poz. 25 Odwołujący w proteście podniósł, że zaoferowane przez Technomex urządzenie PHYSIOTER D60 nie spełnia warunków SIWZ, co do konieczności współpracy z aparatami do ultradźwięków, które to warunki były potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na zapytanie wykonawców co do treści SIWZ z dnia 20 maja 2009 r. Odwołujący wskazał, że zaoferowany aparat posiada jedynie możliwość współpracy z aparatem do terapii podciśnieniowej bez możliwości współpracy z aparatami do ultradźwięków, na potwierdzenie czego przesłał pismo producenta wskazanego aparatu z dnia 24 czerwca 2009 r.

O złożonym proteście Zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 2009 r. poinformował wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu, wzywając ich jednocześnie do udziału w toczącym się postępowaniu protestacyjnym. Pismo to zostało Technomex doręczone w dniu 26 czerwca 2009 r. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego firma Technomex w dniu 30 czerwca 2009 r. złożyła do Zamawiającego przystąpienie do tego postępowania, wnosząc o oddalenie protestu Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający odniósł się do zarzutów dotyczących zarówno kwestionowanej poz. 20, który to zarzut nie został podtrzymany przez Odwołującego na etapie złożonego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) odwołania oraz co do poz. 25, stanowiącego podstawę rozpoznawanego przez Izbę odwołania. W tym zakresie Zamawiający podniósł, że po zbadaniu zgromadzonej dokumentacji, sprawdzeniu wszystkich czynności i gruntownej analizie argumentacji z protestu uznał, że protest jest bezpodstawny. Stwierdził bowiem, że aparaty do elektroterapii są niezależnymi urządzeniami i nie są dostosowywane do współpracy z aparatami do terapii ultradźwiękowej. Możliwość współpracy dwóch urządzeń (elektrostymulator i aparat do ultradźwięków) jest – zdaniem Zamawiającego – uwarunkowana możliwościami technicznymi aparatu do terapii ultradźwiękowej. Wskazał, że dostępne na rynku polskim aparaty do terapii ultradźwiękowej już na etapie produkcyjnym zostają dostosowane do współpracy z każdym elektrostymulatorem.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący pismem z dnia 8 lipca 2009 r., nadanym przesyłką kurierską, złożył odwołanie do Prezesa UZP. Odwołanie do formalnie wpłynęło do UZP w dniu 9 lipca 2009 r., a jego kopia w dniu 8 lipca 2009 r. została przekazana Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzut dotyczący sprzeczności z treścią SIWZ oferty Technomex co do poz. 25. Podtrzymał w tym zakresie żądania i

argumentację. Odnosząc się natomiast do argumentacji Zamawiającego zawartej w rozstrzygnięciu protestu podniósł, że współpraca aparatów do terapii ultradźwiękowej i elektroterapii jest procesem skomplikowanym i zdolność do takiej współpracy (bądź brak zdolności) nie jest błahostką, gdyż decyduje o możliwości prowadzenia dodatkowego rodzaju terapii (terapii łączonej, polegającej na jednoczesnym działaniu dwóch czynników: prądu i ultradźwięków. Wskazał jako nieprawdziwe twierdzenie Zamawiającego, że na polskim rynku dostępne są aparaty do terapii ultradźwiękowej, które byłyby dostosowane do współpracy z każdym urządzeniem do elektroterapii już na etapie produkcyjnym. Podkreślił w tym zakresie specyfikę terapii skojarzonej, która wymaga bardzo wysokiej kompatybilności obydwu połączonych ze sobą urządzeń. Podniósł, że muszą to być przede wszystkim urządzenia tego samego producenta i obydwa urządzenia powinny być w specjalny sposób przygotowane do współpracy. Wskazał na to, że innym możliwym rozwiązaniem technicznym co do terapii łączonej są urządzenia nowszej generacji typu „2 w 1”, gdzie w ramach jednej obudowy mieszczą się moduły elektroterapii i ultradźwięku, które jednak są urządzeniami droższymi i nie wymagającymi żadnych dodatkowych czynności przystosowawczych.

Odwołujący jeszcze raz podkreślił, że oferowany przez Technomex aparat PHYSIOTER D60 nie spełnia wskazanego wymogu SIWZ bowiem nie jest ani aparatem typu „2 w 1”, ani też nie współpracuje on z żadnym dostępnym na rynku aparatem do ultradźwięków, co potwierdził producent tego urządzenia.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 181 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie na stronie internetowej zamiast kopii protestu tekstu, który wypaczał jego treść oraz niedoinformowanie Odwołującego o złożonym proteście.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w piśmie z dnia 13 lipca 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu 14 lipca 2009 r. (faks) i 15 lipca 2009 r. (pisemnie) zgłosiła swoje przystąpienie firma Technomex, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Technomex oraz treść protestu i odwołania oraz katalogów i instrukcji urządzeń do terapii ultradźwiękowej i elektroterapii, przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego, zawarte w złożonych pismach i w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający Izby, uznając na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy Pzp, iż firma Technomex nie była uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego z uwagi na to, że swoje przystąpienie złożyła po upływie trzydniowego terminu, o którym stanowi art. 181 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp, nie dopuścił ją do udziału w postępowaniu odwoławczym pomimo zgłoszenia przystąpienia do tego postępowania po stronie Zamawiającego. Firma Technomex zatem nie uzyskała przymiotu uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, że Odwołujący, który zajął drugie miejsce w rankingu ofert ocenianych przez Zamawiającego w zakresie zadania nr 5, którego dotyczy złożone odwołanie, ma interes prawny, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w złożeniu tak protestu jak i odwołania w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Technomex z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ w zakresie możliwości współpracy oferowanego aparatu z aparatami do ultradźwięków, skład orzekający Izby ustalił, że zarzut ten nie potwierdził się.

Podstawą takiego rozstrzygnięcia Izby jest okoliczność nie przedstawienia przez Odwołującego wystarczających dowodów pozwalających jednoznacznie stwierdzić sprzeczność treści oferty Technomex z treścią SIWZ we wskazanym zakresie. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że stosowanie do treści art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, to na Odwołującym, który wywodzi z określonego twierdzenia konkretne skutki prawne w postaci konieczności odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, spoczywa ciężar wykazania tych sprzeczności. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przywoływał dwa pisma producenta oferowanego przez Technomex urządzenia - aparatu PHYSIOTER D60, tj. pismo z dnia 24 czerwca 2009 r. i pismo z dnia 13 lipca 2009 r. podpisane w imieniu firmy MARP Elektronic Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Pierwsze ze wskazanych pism zostało przedłożone przez Odwołującego Zamawiającemu na etapie złożonego protestu i zostało uzyskane przez Odwołującego na skutek skierowanego do firmy MARP Elektronic Sp. z o.o. zapytania o

możliwość współpracy wskazanego aparatu z aparatami do ultradźwięków i terapii podciśnieniowej. Z treści udzielonej przez producenta urządzenia odpowiedzi wynika, że aparat PHYSIOTER D60 nie posiada możliwości współpracy z aparatami do ultradźwięków, posiada natomiast możliwość współpracy z aparatami do terapii podciśnieniowej.

Drugie z przywołanych pism – pismo z dnia 13 lipca 2009 r. - zostało przedłożone Zamawiającemu w toku postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez firmę Technomex. Z jego treści wynika, że firma MARP Elektronic Sp. z o.o. wyjaśnia swoje intencje dotyczące własnego pisma z dnia 24 czerwca 2009 r., wysłanego do Odwołującego. Producent oświadczył, że formułując w tym piśmie stwierdzenie, że aparat PHYSIOTER D60 nie posiada możliwości współpracy z aparatami do ultradźwięków miał na myśli możliwość rozbudowy tego aparatu o funkcję ultradźwiękową. Podniósł, że wskazany aparat jest aparatem przeznaczonym do elektrostymulacji i pracuje wyłącznie w trybie niezależnego elektrostymulatora. Ponadto producent oświadczył, że aparat ten nie podlega procesowi certyfikacji odnośnie współpracy z aparatami przeznaczonymi do terapii ultradźwiękowej.

W ocenie Odwołującego przywołana korespondencja od producenta aparatu bezwzględnie świadczy o braku możliwości współpracy urządzenia PHYSIOTER D60 z aparatami do ultradźwięków. Skład orzekający Izby nie podzielił tego stanowiska Odwołującego. Wniosek o braku możliwości współpracy aparatu z aparatami do ultradźwięków można byłoby wywodzić co najwyżej z treści pierwszego z pism (z dnia 24 czerwca 2009 r.). Jednakże złożone przez ten sam podmiot drugie z pism (z dnia 13 lipca 2009 r.) wyjaśnia intencje i treść odpowiedzi udzielonej przez producenta wskazanego urządzenia oferowanego przez Technomex. Ten sam zatem podmiot – producent urządzenia – wyjaśnia treść swojego oświadczenia wiedzy, wskazując tylko, że aparat PHYSIOTER D60 nie ma możliwości rozbudowany o funkcję ultradźwiękową, czyli nie jest i nie może być aparatem typu „2 w 1”, na który w odwołaniu wskazywał Odwołujący. Powyższe stwierdzenie nie świadczy jednak o tym, że ów aparat nie może współpracować z innymi, odrębnymi aparatami ultradźwiękowymi. Producent urządzenia wyjaśnił również, że jego aparat nie podlegał procesowi certyfikacji co do współpracy z aparatami przeznaczonymi do terapii ultradźwiękowej, co również nie oznacza, że aparat ten nie jest dopuszczony do obrotu, czy też że odrębne aparaty do ultradźwięków nie będą sprzętem certyfikowanym. Przedmiotem zamówienia nie był bowiem aparat do elektroterapii z funkcją ultradźwiękową tylko elektrostymulator, który ma jedynie posiadać możliwość współpracy z odrębnymi aparatami do ultradźwięków. Treść przywołanych pism producenta urządzenia może być rozpatrywana jedynie łącznie i jako taka nie potwierdza wprost braku możliwości współpracy urządzenia z aparatami do ultradźwięków.

Nie był przekonujący również dla składu orzekającego Izby materiał dowodowy przedłożony przez Odwołującego w toku rozprawy. Wskazane dokumenty to:

- 1) katalog i instrukcja urządzenia PHYSIOTER D60;
- 2) katalogi i instrukcje obsługi urządzeń do terapii ultradźwiękowej i elektroterapii produkcji ASTAR-ABR, tj.: SONARIS, SONOLER PLUS, SONOTER LT, DUOTER PLUS
- 3) katalogi i instrukcje obsługi urządzeń do terapii ultradźwiękowej produkcji EMILDUE – COSMOGAMMA, tj. US-10 i US – 13
- 4) katalogi i instrukcje obsługi urządzeń do terapii ultradźwiękowej i elektroterapii produkcji METTLER ELEKTRONICS, tj.: SONICATOR 740, SYS – STIM 206.

Z przedłożonych dokumentów Odwołujący wywodzi, że ich treść nie wskazuje na możliwość współpracy z urządzeniem PHYSIOTER D60 z aparatami do terapii ultradźwiękowej określonych producentów. Brak wskazania w folderach reklamowych, instrukcjach obsługi, czy też katalogach tych urządzeń o możliwości współpracy z określonym aparatem do elektroterapii z jednej strony nie może – w ocenie Izby – świadczyć o tym, że takiej możliwości dany aparat nie posiada ponieważ okoliczność ta przez producentów tych aparatów (do terapii ultradźwiękowej) nie została zaprzeczona w przedłożonym Izbie materiale dowodowym. Z drugiej zaś strony, jak oświadczył na rozprawie Odwołujący, w przedłożonych materiałach przedstawiono wyłącznie kilku producentów i oferowane przez nich urządzenia do terapii ultradźwiękowej natomiast na rynku tych urządzeń funkcjonuje dużo większa liczba producentów 8 aparatów tak do terapii ultradźwiękowej, jak i do elektroterapii. Tym samym zatem nie jest wykluczone, że jakiś aparat do ultradźwięków ma możliwość współpracy z oferowanym przez Technomex urządzeniem. Stanowisko Odwołującego, iż wyłącznie urządzenie do terapii ultradźwiękowej konkretnego producenta może współpracować urządzeniem do elektroterapii tego samego producenta również w żaden sposób nie zostało udowodnione przez Odwołującego.

Przedłożone materiały konkretnych producentów faktycznie mogą wskazywać na możliwość współpracy z aparatami do elektroterapii tego samego producenta. Powyższe leży w interesie producenta jednak w żaden sposób nie może potwierdzać stanowiska o braku możliwości współpracy tego urządzenia z innym urządzeniem innego producenta. Tym samym zatem skład orzekający Izby stwierdził, że niniejszy zarzut nie potwierdził się.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 181 ust. 3 ustawy Pzp podczas rozpatrywania złożonego protestu, z racji tego, że zarzut ten nie był

poprzedzony protestem i z uwagi na treść art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, nie podlegał rozpatrzeniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Na podstawie przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b wskazanego rozporządzenia uwzględniono również uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Suwałkach.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....