

Sygn. akt: KIO/UZP 765/09

WYROK

z dnia 2 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Izabela Kuciak
	Emil Kuriata
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Alteris Sp. z o.o., 40-057 Katowice, ul. PCK 6 lok. 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. K. Marcinkowskiego, 65-046 Zielona Góra, ul. Zyty 26** protestu z dnia 13 maja 2009 r.

przy udziale **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. K. Marcinkowskiego, 65-046 Zielona Góra, ul. Zyty 26 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 uiszczanego przez **Alteris Sp. z o.o., 40-057 Katowice, ul. PCK 6 lok. 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. K. Marcinkowskiego, 65-046 Zielona Góra, ul. Zyty 26** na rzecz **Alteris Sp. z o.o., 40-057 Katowice, ul. PCK 6 lok. 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 **Alteris Sp. z o.o., 40-057 Katowice, ul. PCK 6 lok. 3.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. K. Marcinkowskiego w Zielonej Górze prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację tomografu komputerowego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 marca 2009 r. pod numerem 2009/S 54-077980.

W dniu 4 maja 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TMS Sp. z o.o.

Wobec czynności zaniechania wykluczenia, zaniechania odrzucenia i wyboru jako najkorzystniejszej oferty TMS Sp. z o.o. protest wniósł w dniu 13 maja 2009 r. wykonawca Alteris Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności wykluczenia TMS Sp. z o.o. z postępowania,
- art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty TMS Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, iż samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia (bez korzystania z potencjału innych podmiotów) jest niemożliwe, ponieważ w jego zakres, oprócz dostawy sprzętu, wchodzi konfiguracja, wdrożenie systemu RIS/PACS/WEB, a także minimum 24 miesięczna gwarancja i serwis, a także udzielenie Zamawiającemu (Użytkownikowi) licencji. Tymczasem wykonawca TMS Sp. z o.o., zgodnie z oświadczeniem złożonym w pkt 5 Formularza ofertowego, zobowiązał się do samodzielnego zrealizowania zamówienia. Zdaniem Odwołującego, brak wskazania podwykonawcy przy jednoczesnym braku własnych w tym zakresie kwalifikacji stanowi o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, iż w przypadku korzystania przez wykonawcę z udziału podwykonawcy występuje wola powierzenia wykonania określonych prac innemu podmiotowi, przy czym Wykonawca odpowiada za działania podwykonawcy, tak jak za własne. W ocenie Odwołującego, woli takiej nie wykazała TMS Sp. z o.o., co prowadzi do wniosku, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i jednocześnie nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, iż świadczenie ww. usług wynika z pkt. Informacje dodatkowe 8.3. „Konfiguracja i wdrożenie systemu przesyłania obrazów (RIS/PACS/WEB) na oddziały szpitalne”. Zwrócił uwagę, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia każdy wykonawca w przedmiotowym postępowaniu jest zobowiązany zapewnić minimum 24 miesięczną gwarancję i serwis całego przedmiotu zamówienia, w tym systemu RIS/PACS/WEB. Zdaniem Odwołującego, TMS Sp. z o.o. nie będzie w stanie spełnić zobowiązania zapewnienia 36 miesięcznej gwarancji i serwisu w szczególności w odniesieniu do produktu EXHIBEON, którego producentem jest firma PIXEL Technology s.c., bowiem nie ma dostępu do kodów źródłowych systemu, koniecznych do jego serwisowania. Jak zauważył Odwołujący, system RIS/PACS/WEB jest każdorazowo systemem specjalnie dedykowanym konkretnemu użytkownikowi, personalizowanym, konfigurowanym na zamówienie, nie jest więc możliwe dokonywanie żadnych czynności serwisowych przez osoby nie znające kodu źródłowego systemu. Skoro TMS Sp. z o.o. nie jest producentem ww. systemu, nie ma prawa konfigurować, serwisować ani udzielać licencji na ten produkt. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, z uwagi na zakres, sposób realizacji, rodzaj świadczonych usług konfiguracji i wdrożenia systemu RIS/PACS/WEB, wymóg udzielenia licencji, TMS Sp. z o.o. powinna wskazać w swojej ofercie część zamówienia, którą ma zamiar powierzyć firmie PIXEL Technology s.c. i załączyć do oferty oświadczenie, iż firma ta udziela swojego potencjału i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Braku wskazania podwykonawcy nie można, w ocenie Odwołującego, konwalidować, bowiem złożone oświadczenie było dla Zamawiającego istotne - przez ukształtowanie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nadał mu walor *essentialia negotii* umowy. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1098/08). Powyższe, w ocenie Odwołującego, TMS Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (nie załączyła ważnego oświadczenia z art. 22 ustawy Pzp), złożyła w załączonym oświadczeniu z art. 22 ustawy Pzp nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, podlega zatem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a jego oferta odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty w zakresie niezgodności treści oferty TMS Sp. z o.o. z treścią Specyfikacji:

1. dot. Załącznika nr 1 do Specyfikacji, pkt 4, ppkt 4.1. – Odwołujący wskazał, iż zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 2 z dnia 22 kwietnia 2009 r. Zamawiający wymagał, aby zaoferowana lampa rtg umożliwiała uzyskanie prądów min. 500mA w pełnym zaoferowanym zakresie napięć, stosowanych w protokołach klinicznych. Odwołujący wywiódł, iż zgodnie z oryginalnymi danymi produktowymi przedstawionymi w postępowaniu na dostawę wielorzędowego tomografu komputerowego,

prowadzonym przez Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr E. Warmińskiego SPZOZ w Bydgoszczy, w którym firma TMS Sp z o.o. zaoferowała tomograf komputerowy TSX-101A w konfiguracji TSX-101A/H (Aquilion 64), tj. w identycznej konfiguracji, jak zaoferowana w niniejszym postępowaniu, lampa w tym tomografie umożliwia uzyskanie tak wysokiej wartości prądu, wymaganej przez Zamawiającego, w pełnym przedziale napięć, dopiero po zastosowaniu zestawu zwiększającego moc CXGS-012A. Maksymalna wartość prądu przy zastosowaniu ww. zestawu, w pełnym zaoferowanym zakresie napięć tj. 80-135kV, wynosi 530mA, a maksymalna wartość prądu lampy wynosi 600mA przy napięciu 120kV. Nieodzownym elementem możliwości uzyskiwania opisanego funkcjonalności jest także, jak wskazał Odwołujący, uzyskanie zwiększonej mocy generatora - do 72 kW.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w przypadku braku zainstalowania zestawu zwiększającego moc w tomografie komputerowym w konfiguracji TSX-101A/H, lampa rtg uzyskuje maksymalny prąd, w całym przedziale stosowanych napięć, o wartości 430 mA, a maksymalna wartość prądu lampy wynosi 500 mA przy napięciu 120kV, a nie, jak wymagał Zamawiający, w pełnym zakresie napięć 80-135kV.

Odwołujący podniósł, iż TMS Sp. z o.o. nie zaoferowała ww. zestawu zwiększającego moc, czego dowodem jest podanie mocy generatora w pkt 3 ppkt 3.1. „TAK, 60 kW” oraz wpisanie w pkt 4, ppkt 4.1. „napięcie lampy możliwe do zaprogramowania w protokole klinicznym 80-135kV, przy maksymalnym prądzie anody 500 mA. Szybkość chłodzenia anody 1386 kHU/min.” Powyższe, zdaniem Odwołującego, świadczy o nie spełnianiu warunku granicznego, a także o świadomym wykorzystaniu przez TMS Sp. z o.o. niewiedzy Zamawiającego i wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

2. dot. Załącznika nr 1 do Specyfikacji, pkt 5, ppkt 5.7 – Odwołujący stwierdził, iż zaoferowany przez TMS Sp. z o.o. tomograf komputerowy umożliwia uzyskanie maksymalnej wymaganej rozdzielczości wysokokontrastowej przy odcięciu 2% MTF na poziomie 14,5 pl/cm. Powyższe potwierdza, zdaniem Odwołującego, treść oferty TMS Sp. z o.o., w tym oryginalne dane produktowe złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wielorzędowego tomografu komputerowego, prowadzonym przez Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr E. Warmińskiego SPZOZ z siedzibą w Bydgoszczy, w którym TMS Sp z o.o. zaoferowała tomograf komputerowy TSX-101A w konfiguracji TSX-101A1H (Aquilion 64) tj. identycznej z zaoferowanym w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (strona 37 oferty). Potwierdzeniem powyższego jest, w ocenie Odwołującego, również oferta TMS Sp. z o.o. złożona w postępowaniu na dostawę wielorzędowego tomografu z fluoroskopią TK dla I Zakładu Radiologii Klinicznej

Akademii Medycznej w Warszawie przy ul. Chałubińskiego 5, gdzie także zaoferowano aparat w takiej samej konfiguracji.

3. dot. Załącznika nr 1 do Specyfikacji, pkt 7A, ppkt 7A.12 – Odwołujący zwrócił uwagę, iż z oferty złożonej przez TMS Sp. z o.o. wynika, iż wykonawca ten zaoferował specjalizowany (dedykowany) protokół do oceny perfuzji mózgu realizowany przez *CT Perfusion – Brain*, specjalizowany (dedykowany) protokół do oceny perfuzji wątroby realizowany przez *CT Perfusion – Liver* i specjalizowany (dedykowany) protokół do oceny perfuzji nerek realizowany przez *CT Perfusion – Kidney*, natomiast w miejsce specjalizowanego (dedykowanego) protokołu do oceny perfuzji trzustki zaoferował oprogramowanie *CT Perfusion* z protokołem ogólnym *Body and Tumor* firmy Apollo Medical Imaging Technology Pty. Ltd., które jest przeznaczone do oceny perfuzji całego ciała i guzów ciała m.in. guzów klatki piersiowej, lecz nie spełnia postawionego przez Zamawiającego wymagania „specjalizowanych (dedykowanych) protokołów do oceny perfuzji każdego z wymienionych narządów”.
4. dot. Załącznika nr 1 do Specyfikacji, pkt 7A, ppkt 7A.1 oraz pkt 7B ppkt 7B.1 – Odwołujący wywiódł, iż TMS Sp z o.o. zaoferowała stacje lekarskie firmy Vital Images z oprogramowaniem Vitrea oraz oprogramowaniem firmy Apollo Medical Imaging Technology Pty. Ltd. Stacje te, jak stwierdził Odwołujący, są jednomonitorowe i korzystają z monitora o przekątnej 21", co firma TMS podnosi w wielu postępowaniach wnioskując o dopuszczenie ww. stacji w miejsce wymaganej stacji dwumonitorowej. Odwołujący podniósł, iż ewentualne dołączenie drugiego monitora dublującego obraz pierwszego nie spełnia wymogu Zamawiającego odnośnie wyświetlania różnych obrazów medycznych na obu monitorach.

Zdaniem Odwołującego, firma TMS Sp. z o.o. świadomie wykorzystwała niewiedzę Zamawiającego i wprowadziła Zamawiającego w błąd w celu „sprawienia wrażenia spełnienia” ww. wymagań.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty TMS Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert i w jej wyniku wykluczenie TMS Sp. z o.o. i odrzucenie oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił Wykonawca TMS Sp. z o.o.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, uznaje się za jego oddalenie.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 2 czerwca 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności wykluczenia wykonawcy TMS Sp. z o.o. z postępowania;
- art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty wykonawcy TMS Sp. z o.o.,
- innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynność wyboru oferty wykonawcy TMS Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynność oceny ofert i w jej wyniku wykluczenia TMS Sp. z o.o. i odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca TMS Sp. z o.o.

Na rozprawie Odwołujący nie podtrzymał zarzutu dotyczącego sposobu obliczenia ceny przez TMS Sp. z o.o.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz treść złożonych w postępowaniu ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do wniesienia środków

ochrony prawnej. Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, uprawniony jest do kwestionowania czynności Zamawiającego, naruszających, w jego ocenie, przepisy prawa. Interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej należy badać na dzień ich wniesienia. Bez wątpienia w dniu 2 czerwca 2009 r. oferta Odwołującego była zabezpieczona wadium – zgodnie z treścią złożonej przez Odwołującego wraz z ofertą Gwarancji ubezpieczeniowej Nr 250001132880 z dnia 22 kwietnia 2009 r. ważność gwarancji upływała w dniu 29 czerwca 2009 r. Ponadto, jak wynika z treści ww. dokumentu, w celu zabezpieczenia roszczeń z gwarancji Zamawiający nie jest zobowiązany do okazania jej oryginału. Tym samym oświadczenie Zamawiającego o braku oryginału Aneksu nr 1 do ww. Gwarancji, wobec otrzymania od Odwołującego informacji o przedłużeniu ważności wadium wraz z kopią aneksu, pozostaje bez znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy.

W pierwszej kolejności Izba pod rozważę poddała zarzut dotyczący zobowiązania TMS Sp. z o.o. do samodzielnego wykonania zamówienia. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przywoływał fakt, iż Przystępujący nie jest producentem systemu RIS/PACS/WEB, zatem nie ma dostępu do kodów źródłowych, przez co niemożliwe będzie konfigurowanie, udzielenie licencji, wykonywanie serwisu i świadczenie usług gwarancyjnych ww. systemu, co wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia. TMS Sp. z o.o. złożyła oświadczenie, iż pracownik firmy Przystępującego „uzyska stosowne przeszkolenie i upoważnienie”, a firma Przystępującego „uzyska w ramach umowy licencji prawo do indywidualnej i jednorazowej sublicencji” oprogramowania. Na potwierdzenie powyższego TMS Sp. z o.o. złożyła oświadczenie firmy PIXEL Technology z dnia 23 kwietnia 2009 r., z którego wynika, iż w celu dostarczenia, instalacji, wdrożenia, szkolenia zgodnie z wymogami przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego składający oświadczenie przeszkoli i upoważni informatyka firmy TMS Sp. z o.o. pana Krzysztofa B. w zakresie wykonania instalacji i dostarczenia systemu informatycznego. W drugim ze złożonych przez Przystępującego pism, w piśmie z dnia 23 kwietnia 2009 r., PIXEL Technology poinformowała, w nawiązaniu do ww. oświadczenia, że w przypadku udzielenia licencji, licencjodawca będzie miał prawo udzielenia sublicencji na odbiorcę końcowego. Powyższe pisma świadczą, w ocenie Izby, o tym, że TMS Sp. z o.o. z pełną świadomością i przekonaniem o możliwości samodzielnego zrealizowania zamówienia, po uprzednim porozumieniu z producentem oprogramowania, złożyła oświadczenie w pkt 5 Formularza oferty (Załącznik nr 2 do Specyfikacji). Izba uznała, iż złożone oświadczenia potwierdzają prawdziwość przedmiotowego oświadczenia i możliwość jego realizacji tym bardziej, że Odwołujący, mimo ciążącego na nim obowiązku wynikającego z treści art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) nie

przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń, nie wykazał, że złożone przez TMS Sp. z o.o. oświadczenie jest nieprawdziwe.

Odwołujący podniósł także zarzuty dotyczące niezgodności oferty TMS Sp. z o.o. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie oświadczeń złożonych przez Przystępującego w Formularzu cenowo-technicznym (Załącznik nr 1 do SIWZ).

W ocenie Izby, potwierdził się zarzut dotyczący nie spełniania przez TMS Sp. z o.o. wymagania określonego w pkt 4.1 Formularza cenowo-technicznego. Zamawiający w ww. pkt Formularza postawił następujące wymaganie: „Napięcia lampy możliwe do zaprogramowania w protokole klinicznym ≤ 80 kV - ≥ 135 kV, przy maksymalnym prądzie anody ≥ 500 mA. Szybkość chłodzenia anody ≥ 1200 kHU/min.” Dodatkowo, w dniu 22 kwietnia 2009 r. Zamawiający udzielił pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 2, w którym wykonawca prosił o informację „czy Zamawiający wymaga aby lampa w zaoferowanym aparacie, opisana w ppkt 4.1, umożliwiła uzyskanie prądu min. 500 mA w pełnym zakresie napięć, tj. min. od 80 do 135 kV?”. W związku z tak brzmiącym wymaganiem Zamawiającego TMS Sp. z o.o. zaoferowała w pkt 4.1 Formularza cenowo-technicznego: „TAK, napięcia lampy możliwe do zaprogramowania w protokole klinicznym 80 kV-135 kV, przy maksymalnym prądzie anody 500 mA. Szybkość chłodzenia anody 1386 kHU/min.”. Jednocześnie z pkt 3.1 Formularza Przystępujący oświadczył, iż oferowana przez niego moc generatora to 60 kW. Izba zarzut ten uznała za zasadny dając wiarę treści Załącznika nr 1 do odwołania, na który powoływał się w trakcie rozprawy również Przystępujący. Z treści ww. Załącznika zawierającego dane o produkcie - rentgenowski generator wysokiego napięcia z zestawem zwiększającym moc jednoznacznie wynika, iż przy mocy generatora 60 kW natężenie lampy w przedziale napięć 80 kV - 135 kV to 430 mA. Powyższe wynika również z zasad fizyki. Powszechnie wiadomym jest, iż moc prądu to iloczyn napięcia i natężenia. Mnożąc zatem napięcie o wartości 135 kV (które zaoferował w swojej ofercie Przystępujący) i 500 mA otrzymujemy wartość 67,5 kW, zatem moc generatora spełniającego taki wymóg musiałaby wynosić co najmniej 67,5 kW. Niezrozumiałe są przy tym twierdzenia Przystępującego i Zamawiającego, iż Zamawiający postawił odrębne wymagania wobec generatora i lampy. Oczywistym jest, zdaniem Izby, iż celem zakupu tych urządzeń jest ich współpraca w określonych przez Zamawiającego warunkach.

Jednocześnie za nieudowodniony Izba uznała podniesiony wobec TMS Sp. z o.o. zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez złożone w pkt 5.7 Formularza cenowo-technicznego oświadczenie. Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego, który stwierdził, iż Zamawiający nie sprecyzował warunków pomiaru. Przystępujący wyjaśnił przy tym, w jakich warunkach otrzymał zaoferowany parametr. Odwołujący nie wykazał, iż tego typu pomiary dokonywane są standardowo w innych warunkach, nie udowodnił również, iż uzyskanie rozdzielczości 21,4 pl/cm jest niemożliwe. Załączone do odwołania fragmenty

ofert złożonych przez Przystępującego w innych postępowaniach nie mogą stanowić wiarygodnego dowodu w niniejszej sprawie, bowiem treść ofert uzależniona jest od postawionych w danym postępowaniu wymagań.

Zarzut braku zaoferowania przez TMS Sp. z o.o. dedykowanego protokołu do oceny perfuzji trzustki Izba uznała za zasadny. Słowo „dedykować” oznacza, zgodnie z definicją podaną w Słowniku Języka Polskiego (Wydawnictwa Naukowe PWN), poświęcać, ofiarować. „Specjalizować” oznacza z kolei pełnić określoną funkcję, działać profesjonalnie. Słowa te nie stanowią specjalistycznego nazewnictwa, są powszechnie używane. Wobec powyższego nieuzasadnione są podniesione przez Przystępującego na rozprawie wątpliwości wobec znaczenia ww. słów, co wydaje się przyznawać również wykonawca TMS Sp. z o.o., który zaoferował protokoły dedykowane do oceny perfuzji mózgu, wątroby i nerek. Jednocześnie TMS Sp. z o.o. zaoferowała protokół przeznaczony do badania całego ciała i guzów, który miał spełniać wymagania Zamawiającego w zakresie oceny perfuzji trzustki. Bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu jest faktyczna możliwość oceny perfuzji trzustki przy pomocy zaoferowanego protokołu. Za obojętny uznała zatem Izba dowód w postaci pisma Apollo Medical Imaging Technology Pty. Ltd. z dnia 25 czerwca 2009 r. Istotne jest przy rozpoznawaniu niniejszego zarzutu, że wymogiem Zamawiającego było zaoferowanie przez wykonawców protokołów specjalizowanych, dedykowanych, czego Przystępujący w spornym zakresie nie uczynił.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut dotyczący zaoferowania przez TMS Sp. z o.o. dwóch monitorów umożliwiających równoczesne wyświetlanie różnych obrazów medycznych. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, iż zaoferowana przez Przystępującego stacja nie może korzystać z dwóch monitorów. Jednocześnie Izba nie wzięła pod uwagę zdjęć złożonych na rozprawie przez Przystępującego z uwagi na fakt, iż brak na nich jednoznacznego oznaczenia, iż zobrazowane monitory współpracują z tą samą stacją, którą zaoferował Przystępujący. Podobnie, dowodu na potwierdzenie powyższego nie może stanowić złożony w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego protest, bowiem fakt podważania podobnego wymogu w innym postępowaniu nie stanowi dowodu na brak możliwości spełnienia wymagania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wzięła pod rozwagę dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie oraz złożone przez Odwołującego wraz z treścią protestu i odwołania, jednocześnie za ambiwalentne dla przedmiotowej sprawy uznając złożone przez Odwołującego na rozprawie Przewodnik dla Użytkownika Basic Vitrea z wersją 4.0 oraz wydruk ze strony internetowej firmy Pixel Technology.

Mając na uwadze, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3, 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł.

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 we **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....