

WYROK
z dnia 11 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2011 roku przez wykonawcę MVS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie przy ulicy Wyzwolenia 27, 43-190 Mikołów w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Rejonowy w Raciborzu im. Józefa Rostka z siedzibą w Raciborzu przy ulicy Gamowskiej 3, 47-400 Racibórz

przy udziale wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wołowskiej 9, 02-583 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża MVS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie przy ulicy Wyzwolenia 27, 43-190 Mikołów i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MVS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie przy ulicy Wyzwolenia 27, 43-190 Mikołów tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Szpital Rejonowy w Raciborzu im. Józefa Rostka z siedzibą w Raciborzu przy ulicy Gamowskiej 3, 47-400 Racibórz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą „*dostawa lampy rtg do tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elite 16 produkcji GE Healthcare wraz z montażem, kalibracją tomografu wykonaniem testów akceptacyjnych - szt. 1*”, zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z 8 czerwca 2011 roku w pozycji 159683.

24 czerwca 2011 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wybrał do realizacji zamówienia wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wołowskiej 9, 02-583 Warszawa.

29 czerwca 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., a w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) - poprzez jego zastosowanie w odniesieniu do Odwołującego się, pomimo braku przesłanek w tym zakresie oraz niezastosowanie w odniesieniu do oferty złożonej przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., pomimo istnienia przesłanek w tym zakresie,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy - poprzez niezasadne przyjęcie, że w ramach żądania wyjaśnień Zamawiający ma prawo żądać dodatkowych dokumentów, które nie były wymienione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ),
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 4) art. 8 ust. 1 Ustawy - poprzez nieujawnianie Wykonawcom przed terminem złożenia ofert wszystkich wymagań, jakie muszą spełniać lampy rtg oferowane w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uznanie odwołania za zasadne na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców oraz badania i oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej, co powinno skutkować: a) unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; b) unieważnieniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego; c) dokonaniem ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert ważnych oraz odrzuceniem oferty GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.. Odwołujący się wnosi o zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w sytuacji potwierdzenia się zarzutów Odwołującego, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Jedynym kryterium określonym przez Zamawiającego do sposobu oceny ofert była cena, a Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo. Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę, nie uzyskując możliwości uzyskania konkretnego zamówienia publicznego. Odwołujący podniósł, że na żądanie Zamawiającego dwukrotnie wyjaśniał wątpliwości Zamawiającego. Uzasadniając zarzuty z odwołania wskazał, że użyte przez Zamawiającego w treści Załącznika nr 5 - Opis przedmiotu zamówienia - parametry techniczne i warunki - określenie *lampa rtg zalecana przez producenta tomografu komputerowego* nie jest jednoznaczne i precyzyjne oraz nie zostało dostatecznie wyjaśnione w SIWZ przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego oferowana przez niego lampa rtg DA 200 produkcji Duniee spełnia zalecenia producenta tomografu, gdyż spełnia wszystkie parametry techniczne wymagane dla lampy rtg, określone w instrukcji obsługi tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elitę 16. Ponadto producent lampy rtg DA 200 firma Duniee, Oddział Philips Medical System, potwierdza, że lampa ta jest rekomendowana do użycia w tomografach komputerowych BRIGHTSPEED Elitę 16 produkcji GE Healthcare, lampa rtg DA 200 jest dopuszczona do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej, posiada certyfikat CE i deklarację zgodności oraz jest zarejestrowana jako wyrób medyczny klasy II b - spełnia zatem wymagania Zamawiającego co do posiadania niezbędnej dokumentacji. Ponadto lampa rtg DA 200 jest regularnie instalowana w tomografach komputerowych serii Brightspeed. Podniósł również, przywołując orzeczenie Izby, że Zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania wyłącznie części zamiennych zalecanych przez producenta tomografu komputerowego a tomograf komputerowy, którego dotyczy postępowanie, jest w posiadaniu Zamawiającego od 27.02.2009 r., okres gwarancji

już upłynął. Odwołujący się wskazuje ponadto, że w toku postępowania Zamawiający dopuścił się błędów formalnych w postaci wymagania od Odwołującego aby lampa oferowana przez Odwołującego się była umieszczona na wykazie lamp zalecanych przez producenta, przy czym wykaz ten nie tylko nie był załącznikiem do SIWZ, ale też warunek taki nie był w SIWZ określony, złożenia po otwarciu ofert dodatkowego oświadczenia wystawionego przez producenta tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elitę 16 produkcji GE Healthcare, które nie było wskazane w SIWZ - z uwagi na to, że lampa rtg DA 200 nie figuruje na wykazie lamp zalecanych przez producenta. Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przyjmując, że w ramach wyjaśnień dopuszczalne jest żądanie od wykonawcy przedkładania nowych, niewskazanych w SIWZ dokumentów lub oświadczeń. Odwołujący podkreślił, że zmiana przez Zamawiającego warunków ubiegania się o zamówienie publiczne jest niedopuszczalna po dokonanych otwarciu ofert. Odwołujący zauważa, że Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie może ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym pominięcia w SIWZ części wymaganych dokumentów i zgłaszania żądania w tym zakresie dopiero po otwarciu ofert. Odwołujący podniósł, że drugim Wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu jest firma GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., która należy do tej samej grupy spółek co producent tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elitę 16. Tym samym Zamawiający żądał od Odwołującego przedłożenia oświadczenia od podmiotu powiązanego z innym uczestnikiem postępowania. Zamawiający zrezygnował z wymagania, aby lampa rtg oferowana w postępowaniu była lampą wskazaną w instrukcji a także Zamawiający nie wprowadził do SIWZ dodatkowego wymogu, że lampa nie może być zamiennikiem lampy wskazanej w instrukcji. Odwołujący się zauważa, że GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. posiada w ofercie dwie lampy rtg do tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elitę 16: lampa rtg Performix Ultra numer części D 3186T - lampa oryginalna, jedyna, która jest wprost wymieniona w instrukcji tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elitę 16; lampa rtg MaxiRay Ultra numer części D 3189T - lampa zamiennik do lampy rtg Performix Ultra, lampa MaxiRay nie jest wymieniona w instrukcji tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elitę 16. GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. zaoferował lampę rtg MaxiRay Ultra. Zamawiający wybierając ofertę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. zaakceptował wybór lampy rtg, która jest zamiennikiem dla lampy rtg wskazanej w instrukcji tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elitę 16. Jednocześnie w tym samym postępowaniu Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się, która także dotyczyła lampy rtg - zamiennika lampy rtg Performix Ultra - jedynie produkowanego przez innego producenta. Zamawiający dopuścił się zatem nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, akceptując, aby

jeden z wykonawców złożył ofertę na lampę rtg zamiennik i jednocześnie odrzucając ofertę drugiego wykonawcy, która też dotyczyła lampy rtg zamiennika - jako jedyny argument podając wykaz lamp zalecanych przez producenta, którego istnienie, jak również konieczność figurowania lampy w takim wykazie, zostały ujawnione Odwołującemu się dopiero po otwarciu ofert (przy czym sam wykaz nie został okazany). Należy przy tym podkreślić, że Odwołujący się w praktyce nie miał szans na uzyskanie żądanego przez Zamawiającego oświadczenia od producenta tomografu w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego (4 dni, w tym sobota i niedziela, a producent tomografu ma siedzibę w Stanach Zjednoczonych). Tym samym Zamawiający naruszył art. 7 Ustawy dopuszczając się nierównego traktowania wykonawców. Ponadto ujawnienie istnienia i stosowania do oceny ofert wykazu lamp zalecanych przez producenta dopiero po otwarciu ofert, stanowi naruszenie zasady jawności postępowania, a tym samym naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy jako niezgodna z wymaganiami SIWZ z następujących względów: zgodnie z Załącznikiem nr 5 - Opis przedmiotu zamówienia - parametry techniczne/warunki - pozycja 7 Zamawiający wymagał, aby lampa rtg miała certyfikat CE oraz deklarację zgodności. GE Medical Systems Polska Sp, z o.o. załączył do oferty następujące dokumenty: deklarację zgodności WE dotyczącą zespołów lamp rentgenowskich MAXIRay (obudowa i lampa), która została wystawiona w oparciu o Certyfikat WE przedstawiony przez G-Med., Certyfikat Nr 1030/B2P3/4, przy czym przedmiotowy Certyfikat nie został dołączony do oferty; ponadto w deklaracji jako producent został wskazany GE Healthcare LLC, z siedzibą w Stanach Zjednoczonych; Certyfikat WE nr 7838 wersja 1 dotyczący zespołu lampy rentgenowskiej (obudowa + lampa), przy czym nie został wskazany model lampy, a jako producent został wskazany GE Medical Systems SCS, z siedzibą we Francji. Natomiast w formularzu ofertowym wykonawca wskazał, że producentem oferowanej przez niego lampy jest GE Healthcare. Rozbieżności te, w ocenie Odwołującego pozwalają uznać, że certyfikat Nr 7838 dotyczy innej lampy rtg niż oferowana w niniejszym postępowaniu - tym samym lampa rtg nie spełnia warunku określonego w pozycji 7 Załącznika nr 5.

24 czerwca 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy ulicy Wołowskiej 9, 02-583 Warszawa. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że zgłasza przystąpienie po stronie Zamawiającego, wniósł o odrzucenie odwołania.

Zamawiający, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy, przed posiedzeniem Izby 8 lipca 2011 roku złożył pismo „Odpowiedź na odwołanie”, (11 lipca 2011 przed rozpoczęciem posiedzenia Izby wpłynął oryginał pisma), wnosząc o oddalenie odwołania odniósł się do twierdzeń Odwołującego przedstawiając następującą argumentację: w ocenie Zamawiającego odwołujący zaakceptował określone w SIWZ warunki, nie skorzystał w ustawowym terminie z uprawnienia do złożenia wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. Odwołujący zaakceptował zatem wymagania określone w pkt 10 załącznika nr 5 do SIWZ, że oferowana lampa rtg ma być zalecana przez producenta tomografu komputerowego. Zamawiający wyjaśnił, że prawdą jest, że nie wymagał od wykonawców oświadczenia – dokumentu z którego treści wynikałoby że oferowana lampa rtg jest zalecana przez producenta tomografu komputerowego, jednakże w ocenie Zamawiającego ma on prawo przy użyciu wszelkich dostępnych źródeł weryfikować prawdziwość oświadczeń wykonawców składających oferty. Zamawiający podniósł, że z treści pisma przedstawiciela prawnego producenta tomografu BRIGHTSPEED Elite 16 wynikało, że lampa rtg zaoferowana przez Odwołującego nie jest zalecana przez producenta, co powoduje, że oferta Odwołującego nie jest zgodna z SIWZ. Niezgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że treść pkt 10 załącznika nr 5 do SIWZ jest niejednoznaczna i nieprecyzyjna. Wskazał, że interpretacja gramatyczna (językowa) jaką należy posłużyć się w pierwszej kolejności dowodzi, że pojęcie „zalecany” należy utożsamiać z polecanym, rekomendowanym czy też wskazanym. Zamawiający nie zgadza się również z argumentacją Odwołującego dotyczącą oferty GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 czerwca 2011 roku oraz została

przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wołowskiej 9, 02-583 Warszawa. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 29 czerwca 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wołowskiej 9, 02-583 Warszawa - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 1 lipca 2011 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznał, iż wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wołowskiej 9, 02-583 Warszawa stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony

przez Odwołującego – złożone na okoliczność wykazania, że lampa DA200 spełnia wymagania producenta tomografu w zakresie bezpieczeństwa i użytkowania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty wskazane przez Odwołującego w odwołaniu a dotyczące naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na nieodrzczenie oferty wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wołowskiej 9, 02-583 Warszawa i w tym zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy,
- art. 87 ust. 1 ustawy, przez niezasadne przyjęcie, że w ramach żądania wyjaśnień Zamawiający ma prawo żądać dodatkowych, które nie były wymienione w SIWZ

nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę, bowiem zgodnie z regulacją art. 180 ust 2 ustawy *jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego*. Zarzuty wskazane przez Odwołującego, przytoczone powyżej dotyczą czynności bądź zaniechania czynności Zamawiającego nie zawartych w katalogu przesłanek określonym w art. 180 ust 2 ustawy, a więc co do nich Odwołujący nie miał podstawy wnoszenia odwołania. Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 10 grudnia 2009 roku (sygn. akt III CZP 110/09), choć wydanej na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej przed 29 stycznia 2010 roku i dotyczącego innej z przesłanek zachowującą swoją aktualność, SN zważył, iż *„W związku z tym, że przyjęte w art. 184 ust. 1a przypadki mają wyjątkowy charakter wobec obowiązującej zasady, że w sprawach o wartości przedmiotu zamówienia niższych niż progi unijne określone w art. 11 ust. 8 u.p.z.p. odwołanie nie przysługuje, konieczna jest wykładnia ścieśniająca każdego z tych wyjątków.(...)”*

W ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. (...) Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (sygn. akt III CZP 94/06, OSNC 2007/7-8/95), odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej”

Odwołujący zarzucił Zmawiającemu, iż nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* – przez odrzucenie oferty Odwołującego. Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie* – tj.: równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz naruszenie art. 8 ust 1 ustawy – *postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Izba uznała, iż odwołanie w podniesionych przez Odwołującego zakresie nie podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 3 – *Opis przedmiotu zamówienia* Zamawiający sprecyzowała następujące wymaganie 3.2 *oferta dotycząca przedmiotu zamówienia musi spełniać minimum wymagania specyfikacji będących załącznikiem 5 niniejszej SIWZ*. Zamawiający szczegółowo podał wymagania do przedmiotu zamówienia w załączniku 5 *opis przedmiotu zamówienia – parametry techniczne / warunki*, gdzie w punkcie 10 określił *Lampa rtg zalecana przez producenta tomografu komputerowego*.

W ofercie Odwołującego na stronie 19 został załączony wypełniony przez Odwołującego załącznik nr 5 gdzie w punkcie 10 Odwołujący potwierdził słowem „TAK”, że zaoferowane przez niego Lampa rtg DA 200 jest zalecana przez producenta tomografu komputerowego.

W wyniku dokonywanej oceny oferty Odwołującego, uwzględniając, że Zamawiający dysponował wykazem lamp zalecanych przez producenta tomografu komputerowego, w którym to wykazie nie została ujęta lampa zaoferowana przez Odwołującego, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego pismami w dniach 16 czerwca 2011 i 21 czerwca 2011 roku o przedstawienie oświadczenia producenta tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elite 16 zalecającego stosowanie lampy DA200 w tym tomografie komputerowym. Odwołujący,

odpowiednio pismami z dnia 20 czerwca 2011 roku oraz 24 czerwca 2011 roku udzielił wyjaśnień informując Zamawiającego *zaoferowana lampa jest zgodna z zaleceniami producenta ponieważ posiada wszystkie parametry techniczne zdefiniowane przez producenta w instrukcji używania i dokumentacji technicznej tomografu BRIGHTSPEED Elite 16.*

Jej zastosowanie nie wprowadza żadnych modyfikacji do konstrukcji systemu, sposobu jego funkcjonowania ani używania, w związku z tym spełnia warunki określone w postępowaniu. Lampa jest zalecana przez jej producenta do zastosowania w tomografie komputerowym BRIGHTSPEED Elite 16. (pismo z dnia 24 czerwca 2011 roku)

Zamawiający w dniu 24 czerwca 2011 roku (pismem z dnia 24 czerwca 2011 roku) zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na to, że: *nie spełnia warunków SIWZ określonych w załączniku nr 5 pkt 10, oferowana lampą zalecaną przez producenta tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elite 16, zgodnie z instrukcją obsługi tomografu (nie figuruje w wykazie lamp zalecanych przez producenta tomografu), pomimo wezwania zamawiającego, wykonawca nie przedłożył oświadczenia producenta tomografu, zalecającego stosowanie zaoferowanej lampy DA200.*

Izba wskazuje, że wymaganiem Zamawiającego określonym w SIWZ i nie kwestionowanym przez żadnego z wykonawców po ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia i opublikowania SIWZ, w tym Odwołującego, było: *lampa rtg zalecana przez producenta tomografu komputerowego.* Z treści tego wymagania jednoznacznie wynika, że owa lampa ma być zalecana przez producenta, natomiast Odwołujący odnosząc podnosząc, że regulacja ta *nie jest jednoznaczna i precyzyjna* nie podał na czym owe niejednoznaczność i nieprecyzyjność miały polegać. Odwoływał się natomiast Odwołujący do tego, że zaoferowana przez niego lampa zgodna jest z wymaganiami technicznymi i producent lampy DA200 rekomenduje ją do stosowania w tomografach komputerowych BRIGHTSPEED Elite 16.

Izba wskazuje, że nie jest przedmiotem odwołania spełnianie przez lampę DA200 wymagań określonych parametrami technicznymi wymaganymi dla lampy rtg w instrukcji obsługi tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elite 16, lecz przedmiotem odwołania jest to, że lampa DA200 w ocenie Zamawiającego nie jest zalecana przez producenta tomografu komputerowego. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, nie uprawdopodobnił, że zaoferowane przez niego lampa rtg DA200 jest zalecana przez producenta tomografu komputerowego. Złożony przez Odwołującego dowód nie potwierdza również tego staniu rzeczy bowiem odnosi się do potwierdzenia spełnienia przez lampę DA 200 wymagania producenta tomografu w zakresie bezpieczeństwa i użytkowania, co należy jeszcze raz

podkreślić nie stanowiło przedmiotu odwołania, tym samym dowód złożony przez Odwołującego nie ma znaczenia do rozpoznania tej sprawy. Należy również odnieść się do tego, że Odwołujący kwestionując znaczenie wykazu lamp zalecanych przez producenta tomografu komputerowego, którym posługuje się Zamawiający (pismo z dnia 3 czerwca 2011 roku) nie wykazał, poza postawieniem takiego zarzutu, faktycznego istnienia przesłanek wskazujących na nieważność tego dokumentu. Odwołujący nie wykazał, że oferowana przez niego lampa rtg DA 200 jest lampą, która jest zalecana przez producenta tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Elitę 16 co spowodowało, że nadal nie udowodnił, że spełnia wymaganie jakie określił w SIWZ Zamawiający. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy.* Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu z postępowania, powinien był wykazać, udowodnić, że zaoferowana lampa jest zalecana przez producenta aparatu tomograficznego BRIGHTSPEED Elitę 16.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe

obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy oraz w art. 8 ust.1 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada jawności określona w art. 8 ust. 1 ustawy jest gwarancją przejrzystości prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w tym zakresie, w ocenie Izby, zasada ta również nie została naruszona przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Jednocześnie Izba wyjaśnia, iż nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie

na rzecz Zamawiającego kosztów według norm przepisanych oraz nie uwzględniła wniosku kosztowego i faktury VAT nr 133/07/zp/2011 na kwotę 3 600,00 zł wystawionej przez Kancelarię Adwokacką Adwokat Szymon S. za *reprezentacja SP ZOZ Szpitala Rejonowego w Raciborzu przed KIO sygn. akt:1380/11*, ponieważ zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* Izba uwzględniła „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy” a Zamawiający do zamknięcia rozprawy nie złożył rachunków za koszty dojazdu ani innych uzasadnionych. Izba uznała wystawioną fakturę VAT za nieuzasadniony koszt strony postępowania odwoławczego, bowiem Zamawiający nie był reprezentowany na posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przez pełnomocnika z kancelarii umocowanego do reprezentacji przez Zamawiającego.

Przewodniczący: