

Sygn. akt KIO/UZP 356 /09

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Szpitalna 19, 85-826 Bydgoszcz** protestu z dnia **4 marca 2009 r.**

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. ul. Wołoska 9, 02-583 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 uiszczonego przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześć set złotych zero groszy) przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** na rzecz **Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Szpitalna 19, 85-826 Bydgoszcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa**

Uzasadnienie

Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego w Bydgoszczy SPZOZ, zwany „Zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na *dostawę wielorzędowego tomografu komputerowego*, oznaczone przez Zamawiającego jako sprawa ZP-2413-56/2008. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 15.10.2008 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2008/S 203-269681 z dnia 18.10.2008 r.

Odwołujący się uczestnik postępowania - GE Medical Systems sp. z o.o. w Warszawie zarzucił Zamawiającego naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że wzywając wykonawcę TMS do uzupełnienia dokumentów Zamawiający nie zażądał uzupełnienia oryginalnych danych technicznych producenta. Odwołujący powołał treść pisma Zamawiającego z dnia 22.12.08 r. - rozstrzygnięcia poprzedniego protestu, gdzie stwierdzono: „poprzez użyte w pkt 5.3.2. SIWZ określenie „oryginalne dane techniczne producenta” rozumiał dokumenty podane w SIWZ stanowiące wytwór producenta, jednakże składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność oryginałem przez Wykonawcę”. Odwołujący stwierdził, że kwestionowane dokumenty złożone w ofercie nie wypełniają takiego rozumienia, ponieważ nie są ani oryginałem, ani kopią. Brak prawidłowych dokumentów wymaganych w SIWZ powinien skutkować odrzuceniem oferty konkurencyjnej. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający dopuszczał złożenie dokumentów podchodzących od wykonawcy tylko wtedy, gdy w materiałach oryginalnych brak jest wymaganego parametru. Oznacza to, w ocenie Odwołującego, brak dowolności wyboru, bowiem w pierwszej kolejności winny zostać złożone dokumenty pochodzące od producenta, a tylko w szczególnych przypadkach oświadczenie wykonawcy.

Odnośnie drugiego zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu rejestracji aparatu TSX 101 A/H Odwołujący wskazał, że Zamawiający rozstrzygnął protest z 11.12.08 r. uwzględniając wniesiony protest w zakresie wezwania wykonawcy TMS sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia na zgodne z wymogami SIWZ, a następnie zażądał takiego uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w dniu 30.01.09 r., lecz nie zażądał wyjaśnienia kwestii rejestracji. Odwołujący wskazał na stwierdzenie Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu z 6.03.09 r., iż w rozstrzygnięciu z dnia 22.12.08 r. nie zobowiązał się on do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu poświadczającego wpis lub zgłoszenie do Rejestru Wyrobów Medycznych. Odwołujący stwierdził, że jego odwołanie z dnia 2.01.09 objęło powyższą decyzję Zamawiającego, a w rozstrzygnięciu protestu z dnia 22.12.08 r., żądania w zakresie powyższego zarzutu zostały uwzględnione.

Wobec braku dokumentu Odwołujący wskazał na przesłankę odrzucenia oferty.

Wskazując kolejny zarzut dotyczący braku potwierdzenia przez wykonawcę w uzupełnionych dnia 4.02.09 r. dokumentach zakresu zmienności współczynnika pitch (min.-max.) 0,2-1,3 Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca nie spełnia parametrów granicznych/wymaganych. Z oferty tego wykonawcy wynika, że oferuje on inną opcję, alternatywną, która nie spełnia wymogu.

Odwołujący podniósł również, że wyjaśnienia z dnia 4.02.09 w zakresie pkt 87 części V SIWZ nie potwierdzają, że zaoferowany aparat spełnia wymóg automatycznego wyznaczania stenozy w tętnicach wieńcowych. Wskazany proces wyznaczania stenozy polegający na uprzednim opracowaniu graficznym zmiany i/lub punktu referencyjnego, nie może być uznany za proces automatyczny, lecz odbywa się w trybie półautomatycznym. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w piśmie z dnia 21.11.08 r. określił znaczenie wyrażenia „automatyczny”.

Odwołujący podtrzymał zarzut dotyczący „Maksymalnej ilości warstw możliwych do uzyskania w jednym obrocie zespołu lampy-detektor” (pkt. 1, cz. V B SIWZ) stwierdzając, że wyjaśnienia wykonawcy nie potwierdzają, iż zaoferowany aparat uzyskuje 128 warstw w jednym obrocie zespołu lampy detektor. Odwołujący wskazał, że z dokumentów ofertowych wynika jedynie, że tomograf umożliwia zbieranie takiej ilości warstw w czasie jednej sekundy, a nie jednego obrotu. Odwołujący zauważył, że w tym zakresie Zamawiający zmienił ocenę punktową oferty uznając, że „oferent podał ilość warstw, jakie aparat robi wewnątrz (Technologia). Natomiast realnie uzyskuje obrazy kliniczne 64.” Z faktu przyznania wykonawcy w tym parametrze 0 pkt, Odwołujący wyprowadza wniosek, że wykonawca TMS sp. z o.o. podała nieprawdziwe informacje, wskazuje również na dokonanie przez Zamawiającego zmiany nieprawdziwego oświadczenia wykonawcy.

Wskazując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie wykluczenia i odrzucenia oferty TMS sp. z o.o., nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione.

Stwierdził, że wezwał wykonawcę TMS sp. z o.o. dnia 30.01.09 r. do przedstawienia odpowiednich dokumentów wymaganych w SIWZ. Wykonawca uzupełnił wymagane dokumenty w wyznaczonym terminie i Zamawiający uznał, że zarówno oferta, jak i dokumenty złożone na wezwanie, spełniają wymagania SIWZ.

Odnosnie zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu dotyczącego rejestracji aparatu TSX 101 A/H Zamawiający stwierdził, że w rozstrzygnięciu protestu z dnia 22.12.08 r. sprecyzował, jakie dokumenty staną się przedmiotem uzupełnienia wymieniając te dokumenty, natomiast nie zobowiązał się do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt 2 protestu z dnia 5.03.09 r. Zamawiający wskazał, że Odwołujący GE Medical Systems Polska sp. z o.o. wniósł dnia 2.01.09 r. odwołanie do Prezesa UZP, którym nie objął powyższej decyzji Zamawiającego, czyli uznał argumenty Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający kwestionuje powoływanie się w kolejnym proteście na te same argumenty.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że załączone dokumenty w ofercie TMS są ważne, prawidłowe i zgodne z zasadami rejestracji wyrobów medycznych przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w powiązaniu z załączoną do oferty Deklaracją Zgodności, a analogiczne dokumenty Odwołującego nie mają wyższego stopnia wiarygodności.

Odnosnie zarzut dotyczący braku potwierdzenia przez wykonawcę w uzupełnionych dnia 4.02.09 r. dokumentach zakresu zmienności współczynnika pitch (min.-max.) 0,2-1,3 Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy oraz dokumenty złożone w uzupełnieniu w pełni potwierdzają spełnianie przez oferowany tomograf omawianego parametru i potwierdzają zaoferowany parametr pitch do kardiologii nawet poniżej wymaganej dolnej wartości pitch 0,2. Górny zakres pitch do radiologii 0.625 – 1,5 jest potwierdzony w zał. Nr 3, 4 i 5 do pisma wykonawcy z dnia 4.02.09 r.

Zdaniem Zamawiającego wykonawca TMS sp. z o.o. składając wyjaśnienia i dokumenty dnia 4.02.09 r. potwierdził spełnianie parametru automatycznego wyznaczania stenozy w tętnicach wieńcowych. Zamawiający stwierdził, że kalkulacja stenozy została wyczerpująco opisana w wyjaśnieniu i jest to jednoznaczne potwierdzenie, że stenozą w tętnicach wieńcowych jest wyznaczana w sposób automatyczny. Zaoferowany sposób jest zgodny ze znaczeniem wyrażenia „automatyczny” określonym w wyjaśnieniu na pytania z dnia 21.11.08 r.

Zamawiający nie uwzględnił także zarzutu dotyczącego maksymalnej ilości warstw możliwych do uzyskania w jednym obrocie zespołu lampa-detektor. Stwierdził brak przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp wskazując, że przepis dotyczy składania informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zamawiający dokonując oceny tego parametru przyznał wykonawcy 0 pkt tj. uznał, że oferowany przedmiot nie potwierdza tego parametru.

Przystępujący TMS sp. z o.o. zs. w Warszawie uznał podniesione zarzuty za nieuzasadnione.

Stwierdził, że Zamawiający dopuścił, w sytuacji braku odpowiednich oryginalnych dokumentów Producenta, możliwość potwierdzenia parametrów technicznych oświadczeniem wykonawcy, a zatem forma przedłożonych dokumentów i oświadczeń odpowiada postanowieniom pkt 5.3.2. i 10 SIWZ.

Przystępujący stwierdził, że oferowany tomograf posiada wszystkie wymagane ustawą o wyrobach medycznych dokumenty. Zostały one załączone do oferty. Wskazał, że zgodnie z podpisanym przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu

producenta oświadczeniem, deklaracja zgodności obejmuje wszystkie produkty z serii TSX-101A (Aquilion).

Odnosząc się do kolejnego zarzutu przystępujący stwierdził, że wykonywanie badania z wartością pitch 0,2 umożliwia system bramkowania sygnałem EKG – CHEG-0004C zawierający program do akwizycji badań serca, wymieniony w danych technicznych producenta na str. 32 oferty. Wskazał, że z wyjaśnień z 4.02.09 r. wynika możliwość badania ze współczynnikiem pitch o wymaganej wartości 0,2, a nawet, w najnowszej wersji aparatu, o wartości 0,138.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego automatycznego wyznaczania stenozy w naczyniach wieńcowych Przystępujący stwierdził, że umożliwia to stacja diagnostyczna Vitrea. Obliczenie stenozy nie wymaga żmudnych prac graficznych, o których mowa w pytaniach i odpowiedziach z 21.11.08 r., a jedynie wskazania obszaru, w którym ma być przeprowadzone obliczenie.

Przystępujący stwierdził również, że w wyjaśnieniach z 4.02.09 r. potwierdził, że system może w każdej akwizycji 64 rzędów zrekonstruować 128 nakładających się warstw. Wskazał na konieczność takiej rekonstrukcji, jaką jest osiągnięcie wymaganej rozdzielczości.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, a w szczególności treść SIWZ i oferty Przystępującego, a także stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz w toku rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania. Zarzuty podnoszone w treści protestu i odwołania dotyczą oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, a oferta Odwołującego jest, spośród ofert ważnych pozostałych w postępowaniu, drugą w rankingu oceny ofert. Zarzuty podnoszone w proteście i odwołaniu wykazują zatem uszczerbek po stronie Odwołującego w postaci pozbawienia go szans na uzyskanie zamówienia. Gdyby bowiem zarzuty zostały uwzględnione Odwołujący miałby szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego. Wskazuje to na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki do rozpatrzenia odwołania, wynikającej z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Oceniając zarzuty podniesione w odwołaniu skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zarzut braku potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga oceny w kontekście treści pkt 5.3.2 SIWZ. Zapis tego punktu wskazuje, że Zamawiający wymaga podania oryginalnych danych technicznych producenta (np. firmowych materiałów informacyjnych np. katalogów, ulotek, prospektów, broszur firmowych itp.) umożliwiających potwierdzenie spełniania wymagań ustalonych w SIWZ oraz zidentyfikowanie oferowanych parametrów ocenianych określonych w zał. Nr 1a do SIWZ. W kolejnym zdaniu stwierdza

się: „W przypadku braku wymaganego parametru w oryginalnych materiałach firmowych tj. braku potwierdzenia spełniania parametrów technicznych w ww. dokumentach – odpowiednie oświadczenie Wykonawcy w tym zakresie. „

W ocenie Izby powołana treść SIWZ nie wskazuje, jak twierdzi Odwołujący o pierwszeństwie dokumentów pochodzących od producenta i dopuszczalności oświadczeń wykonawcy tylko w szczególnych przypadkach. Tym samym dokumenty potwierdzające dane techniczne, które pochodzą od wykonawcy mają równy walor z dokumentami wytworzonymi bezpośrednio przez producenta. Powyższemu wnioskowi nie przeczy także treść pisma Zamawiającego z dnia 22.12.2008 r., stanowiącego rozstrzygnięcie protestu zwłaszcza, że treść tego pisma nie może stanowić modyfikacji zacytowanej treści specyfikacji.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego dokumentu rejestracji oferowanego aparatu tomograficznego ustalono w toku postępowania, że zaoferowany tomograf jest zarejestrowany w Rejestrze wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i do używania pod nazwą TSX – 101A Aquilion jako nazwą bazową. Poświadczeniem tej okoliczności jest załączone do oferty (str. 155) zaświadczenie nr 41/07 z dnia 11.04.2007 r. Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że dokument ten obejmuje również konfiguracje tego samego modelu, w tym aparatu oznaczonego TSX – 101A/H Aquilion, a tym samym wprowadzanie tego tomografu do obrotu nie wymaga odrębnego zgłoszenia i rejestracji.

Oceniając zarzut dotyczący braku potwierdzenia przez wykonawcę w uzupełnionych dnia 4.02.09 r. dokumentach zakresu zmienności współczynnika pitch (min.-max.) 0,2-1,3 Izba uznaje, że wyjaśnienia wykonawcy oraz dokumenty złożone z ofertą oraz w jej uzupełnieniu potwierdzają spełnianie przez oferowany tomograf omawianego parametru i potwierdzają zaoferowany parametr pitch do kardiologii nawet poniżej wymaganej dolnej wartości pitch 0,2. Okoliczność tę potwierdzają w szczególności informacje zawarte na str. 13 poz. 9 i 11 oraz str. 32 oferty wskazujące na system o symbolu CHEG zapewniający wymagany współczynnik pitch.

Oдноśnie zarzutu braku potwierdzenia przez wybranego wykonawcę automatycznego wyznaczania stenozy w tętnicach wieńcowych Odwołujący wskazywał na treść pisma Zamawiającego z dnia 21.11.08, w którym zostało określone znaczenie wyrażenia „automatyczne”. Stwierdzić należy, że w powołanym piśmie nie udzielano wprost odpowiedzi na pytanie dotyczące automatycznego wyznaczania stenozy w naczyniach wieńcowych, natomiast określenie „automatyczne” ujęte było w pytaniach dotyczących parametru „automatycznej detekcji konturów lewego przedsionka serca...” i „automatycznej detekcji konturów prawej komory serca”. W pytaniach tych (nr 4 i 5) zawarto kwestię, czy chodzi o protokół w pełni automatyczny pracujący bez udziału lekarza po uruchomieniu

aplikacji, czy o system półautomatyczny wymagający żmudnej pracy lekarza w charakterze grafika opracowującego badanie. W odpowiedziach Zamawiający informował, że chodzi o protokół automatyczny nie wymagający pracy lekarza w charakterze grafika.

Oceniając omawiany zarzut Izba uznała za przekonujące wyjaśnienie Zamawiającego, że przy wyznaczaniu stenozy w tętnicach wieńcowych zarówno przy pomocy tomografu oferowanego przez Odwołującego, jak i Przystępującego należy wyznaczyć obszar, w którym ma być przeprowadzone obliczenie, z tym, że w pierwszym wypadku jest to oznaczenie punktów, a w drugim – odcinków. Czynności te, z uwagi na ich prostotę, w ocenie Izby, także przy uwzględnieniu per analogiam powołanych wyjaśnień Zamawiającego nie wymagają pracy rozumianej jako praca grafika i nie odbierają przedmiotowemu wyznaczaniu stenozy charakteru automatyczności. W konsekwencji zarzut podlega oddaleniu.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy składającego informację o zaoferowanej maksymalnej ilości warstw możliwych do uzyskania w jednym obrocie zespołu lampa-detektor, a także dokonywania w tym zakresie przez Zamawiającego zmian w ofercie. Postępowanie wykazało, że wykonawca podał wartości prawdziwe lecz nie odnoszące się do wymaganego parametru. Biorąc pod uwagę, że był to parametr podlegający ocenie punktowej Zamawiający zasadnie uznając podany parametr za niewłaściwy przyznał za niego 0 punktów. Ocena tego parametru, odmienna od stanowiska Przystępującego, nie spowodowała ingerencji w treść oferty, lecz została opisana w dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....