

Sygn. akt: KIO/UZP 1553/09

**WYROK**  
**z dnia 16 grudnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie:** **Małgorzata Rakowska**  
**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Timko Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie, ul. W.K. Roentgena 5, 02-781 Warszawa** protestu z dnia 25 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Timko Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Timko Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Timko Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa.**

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

Timko Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Odwołującym”, złożyła protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę stołu do biopsji stereotaktycznej wraz z niezbędną adaptacją pomieszczeń”, prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”) przez Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie (dalej: „Zamawiający”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 9 czerwca 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 108 - 156115).

W postępowaniu tym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Siemens” lub „Przystępujący”), jednocześnie też odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Informację tę Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 15 września 2009 r.

Odwołujący w piśmie z dnia 25 września 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) złożył protest, wskazując na naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 91, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące:

- 1) czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej Siemens
- 2) odrzucenia oferty Odwołującego
- 3) nie odrzucenia oferty Siemens.

W proteście zawarł argumentację wskazującą na bezpodstawność odrzucenia jego oferty z powodu jej rzekomej sprzeczności z SIWZ co do wymogu automatycznego obrotu komory biopsyjnej o 360° wokół osi igły oraz bezprawności żądania w tym zakresie przez Zamawiającego złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniósł też, że oferta Siemens powinna być przez Zamawiającego odrzucona jako sprzeczna z SIWZ ponieważ na dzień otwarcia ofert nie zawierała informacji technicznych na temat zestawu do pobierania wycinka biopsji, stąd też nie wiadomo jaki w ofercie Siemens był oferowany system, ani też, jakie urządzenie zaoferowano w ogóle. Wskazywał też na konieczność odrzucenia tej oferty z powodu niespełnienia wymogu SIWZ dotyczącego minimalnej wielkości pojemności cieplnej anody na poziomie 300 kHU. Z informacji technicznych zawartych w tej ofercie wynika, że to pojemność lampy wynosi 300 kHU. Skoro zatem pojemność cieplna anody stanowi tylko część pojemności cieplnej całej lampy – w ocenie Odwołującego - aparat oferowany przez Siemens nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w tabeli „Zestawienie parametrów technicznych granicznych”.

O proteście Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Siemens pismo to otrzymał w dniu 25 września 2009 r., zaś pismem z dnia 28 września 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 29 września 2009 r.) złożył do Zamawiającego przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując na niezasadność protestu.

Zamawiający w piśmie z dnia 5 października 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze oferty Siemens jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący od rozstrzygnięcia protestu złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (złożenie odwołania w dniu 14 października 2009 r. w placówce pocztowej operatora publicznego). Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana drogą faksową Zamawiającemu.

W odwołaniu podtrzymane zostały te same zarzuty, które Odwołujący podniósł w proteście.

Jednocześnie też Odwołujący, wskazując na powyższe, wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) odrzucenie oferty Siemens

- 5) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert
- 6) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 11 grudnia 2009 r. (wpływ do Prezesa UZP w dniu 14 grudnia 2009 r.) Siemens złożyło przystąpienie po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika:

#### I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że jego oferta jako sprzeczna z SIWZ podlega odrzuceniu. Wskazał, że wymóg określony w pkt II Rozdziału VII załącznika nr 5 do SIWZ, co do oferowanego systemu do gruboigłowej biopsji pod kontrolą RTG i USG, tj. możliwość automatycznego obrotu komory biopsyjnej o 360 stopni wokół osi igły, został wypełniony w jego ofercie. Na stronie 9 Tabeli załącznika nr 5 do SIWZ pkt 11 Odwołujący wpisał, że wskazany wymóg spełnia. Nieuwzględniając jednak powyższego Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 10 sierpnia 2009 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów w postaci materiałów informacyjnych producenta, potwierdzających parametry graniczne. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z dnia 11 sierpnia 2009 r. udzielił odpowiedzi stwierdzając, że nie istniały przesłanki uprawniające Zamawiającego do skierowania wskazanego wezwania bowiem do oferty Odwołującego, zgodnie z wymogiem SIWZ (pkt IX ppkt 2 lit. d), na stronie 74-78, został dołączony żądany dokument potwierdzający spełnianie parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Zamawiający pomimo tego, wezwał jeszcze raz Odwołującego o wyjaśnienie kwestii spełniania wymogu automatycznego obrotu komory biopsyjnej o 360 stopni wokół osi igły (pismo Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2009 r. i odpowiedź Odwołującego zawarta w piśmie z dnia 3 września 2009 r.)

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nigdzie nie zdefiniował, co należy rozumieć pod pojęciem: „automatyczność obrotu igły”, nie wprowadził w tym zakresie również punktacji za spełnienie wymaganych przez niego parametrów. W samej SIWZ nie sformułował dodatkowych zawężających wymogów o charakterze granicznym, co do żądanego sprzętu, a takiej to czynności dokonał po otwarciu ofert w wezwaniu do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego w piśmie z dnia 28 sierpnia 2009 r. Odwołujący podniósł, że ze złożonej przez niego oferty, załączników do niej, w tym zwłaszcza materiałów pochodzących od producenta

wynika, że Odwołujący oferował sprzęt najwyższej jakości legitymujący się możliwością automatycznego obrotu igły biopsyjnej.

W odwołaniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopiero odrzucając jego ofertę i rozstrzygając protest doprecyzował, że wymóg dotyczył pełnej automatyzacji ruchu (automatyczny obrót komory biopsyjnej o 360 stopni wokół osi igły), zaś z zapisów SIWZ taki wymóg nie wynikał. W piśmie z dnia 28 sierpnia 2009 r. wzywającym Odwołującego do złożenia wyjaśnień Zamawiający doprecyzował pojęcie: „automatyczny obrót”, wskazując, że chodzi o automatyczny obrót komory biopsyjnej przy nieruchomej rękojeści, a nie poprzez ręczny obrót rękojeści.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, dokonując zmiany swoich wymogów co do przedmiotu zamówienia po otwarciu ofert, dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Dokonał on bowiem dodatkowego uściślenia i interpretacji zapisów SIWZ pod wpływem sugestii firmy Siemens zawartej w piśmie z dnia 27 lipca 2009 r., co doprowadziło do sytuacji, w której urządzenie tylko jednego producenta jest w stanie spełnić wymogi Zamawiającego.

W tym kontekście wskazał, że na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie zwrócił uwagi na to, że oferta firmy Siemens w ogóle nie zawierała w dniu otwarcia ofert informacji technicznych na temat jednego z najważniejszych elementów systemu – zestawu do pobierania wycinka biopsji. Tym samym też nie można było – w ocenie Odwołującego – na dzień otwarcia ofert stwierdzić, jaki system biopsyjny w ogóle został zaproponowany przez Siemens, ani też, jakie urządzenie zaoferowano. Dopiero na podstawie wezwania do uzupełniania oferty firmy Siemens, po zapoznaniu się przez tego wykonawcę ze szczegółową ofertą Odwołującego, możliwe było ustalenie, jakie urządzenie firma ta oferuje Zamawiającemu. Wskazując na powyższe Odwołujący podkreślił, że Siemens znalazło się w uprzywilejowanej pozycji, bowiem po otwarciu ofert wykonawca ten mógł dostosować lub zmienić typ oferowanego urządzenia tak, aby dostosować się do nowej interpretacji SIWZ.

Odwołujący podkreślił też, że podstawą odrzucenia jego oferty – jak wynika z opisu Zamawiającego – było nie zaoferowanie przez Odwołującego konkretnego typu urządzenia, tj. Encor, produkowanego przez firmę SonoRx. Zamawiający wskazywał na zalety tego urządzenia, tymczasem w ocenie Odwołującego urządzenie oferowane przez niego posiada parametry równoważne.

Odwołujący, powołując się na szereg orzeczeń KIO podniósł również, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi być sprzeczność oferty z treścią SIWZ, samodzielną zaś podstawą do odrzucenia oferty nie mogą być wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w proteście, jak i w odwołaniu wskazał na sprzeczność oferty Siemens z treścią SIWZ co do wymogów technicznych dotyczących pojemności cieplnej anody (pkt III.2 zestawienie parametrów technicznych). Wskazał bowiem, że do oferty Siemens zostały dołączone informacje techniczne oraz oświadczenie producenta co do tego, że pojemność lampy wynosi 300 kHU, natomiast w Zestawieniu parametrów technicznych granicznych Zamawiający oczekiwał, że wymóg ten – 300 kHU będzie dotyczył pojemności cieplnej anody. Odwołujący podniósł, że pojemność cieplna anody stanowi tylko część pojemności cieplnej całej lampy, a tym samym oferta Siemens nie spełnia parametrów granicznych określonych w SIWZ i jest sprzeczna z jej treścią.

Wskazany zarzut na etapie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą został jednak przez Odwołującego wycofany

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że jest sprzeczna z treścią SIWZ co do wymogów granicznych. Zamawiający w ofercie Odwołującego stwierdził wewnętrzną sprzeczność oferty – z jednej strony oświadczenie Odwołującego na str. 9 oferty potwierdzające spełnianie warunku granicznego pod skopiowanym z SIWZ wymogiem Zamawiającego co do możliwości automatycznego obrotu komory biopsyjnej o 360 stopni wokół osi igły, z drugiej zaś strony załączone do oferty na potwierdzenie spełniania parametrów granicznych oferowanego urządzenia, zgodnie z wymogiem SIWZ, materiały informacyjne (str. 78 oferty). Z załączonego do oferty Odwołującego materiału informacyjnego wynikało bowiem, że zmiana położenia komory realizowana jest w sposób odmienny od wymaganego przez Zamawiającego, tj. w przypadku zaoferowanego urządzenia komora podąża za obracaną rękojeścią, tymczasem wymóg Zamawiającego dotyczył pełnej automatyzacji ruchu – komory biopsyjnej. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający w dniu 28 sierpnia 2009 r. zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający uzyskał w piśmie z dnia 3 września 2009 r. potwierdzenie tych ustaleń od Odwołującego. Wynikało z nich, że wymagana funkcjonalność realizowana jest poprzez ręczny obrót rękojeści, który powoduje obrót komory biopsyjnej wokół osi igły, a igła pozostaje cały czas sztywno połączona z rękojeścią.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując na rękojeść biopsyjną Endor, określił szereg korzystnych funkcji automatyzmu obrotu komory biopsyjnej z punktu widzenia pacjenta i lekarza oraz prawidłowości wykonywanego zabiegu.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający, odnosząc się do zarzutu zamiany wymagań dotyczących spornego wymogu granicznego, podniósł, że w piśmie z dnia 10 lipca 2009 r. udzielił wyjaśnień dotyczących treści SIWZ na pytanie wykonawcy, w którym został złożony

wniosek o dopuszczenie rozwiązania równoważnego z możliwością ręcznego obrotu komory zainstalowanej w uchwycie aparatu i precyzyjną skalą umożliwiającą dokładne określenie szczeliny biopsyjnej. Zamawiający odpowiadając na pytanie w tym zakresie podtrzymał dotychczasowe zapisy SIWZ, a tym samym nie dopuścił wskazanego rozwiązania równoważnego. Po tych wyjaśnieniach wykonawcy posiadali już – zdaniem Zamawiającego - wiedzę o nie dopuszczeniu ręcznego obrotu komory i mogli ten wymóg oprotestować, z czego nie skorzystali.

Co do zarzutów dotyczących oferty Siemens, odnośnie pojemności cieplnej anody Zamawiający wskazał, że firma ta uzupełniała dokumenty potwierdzające spełnianie warunku postawionego przez Zamawiającego, tj. „pojemność cieplna anody min. 300 kHU”, składając w tym zakresie potwierdzenie producenta wraz z tłumaczeniem na język polski.

### III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący tak na etapie postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jak i na etapie postępowania odwoławczego w pełni poparł stanowisko Zamawiającego. Powyższe dotyczyło zarzutów w zakresie oferty Odwołującego, gdzie Przystępujący wskazał na zasadność odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i zarzutów dotyczących oferty Siemens, gdzie Przystępujący wskazał na prawidłowość dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu oraz w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, jak też w pismach procesowych i złożonych ustnie do protokołu w toku 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 uznał, że przesłanka interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została przez Odwołującego wypełniona (w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, Odwołujący uzyskałby realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego).

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu, skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdziły się one i odwołanie podlega oddaleniu.

Podstawą rozstrzygnięcia podjętego przez Izbę stał się materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie, tj. przede wszystkim dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazana w kopii przez Zamawiającego do akt sprawy oraz przedłożona do wglądu Izby w oryginale w toku rozprawy, w tym w szczególności: oferta Odwołującego wraz z wyjaśnieniami do jej treści oraz postanowienia SIWZ wraz z odpowiedziami na zapytania dotyczące jej treści (pismo z dnia 10 lipca 2009 r.), jak również stanowiska stron postępowania oraz Przystępującego wyrażone w pismach złożonych w toku postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w trakcie rozprawy.

Skład orzekający Izby odmówił przeprowadzenia wnioskowanych przez Zamawiającego i Przystępującego dowodów z oględzin (prezentacja rękonośnej) oraz z przesłuchania świadka pana Marcina G., pracownika firmy Hammer Med. Izba uznała, działając na podstawie art. 188 ust. 6 ustawy Pzp, że przeprowadzenie tych dowodów wpłynie jedynie na zwłokę postępowania ponieważ przeprowadzenie dowodów z oględzin (prezentacja rękonośnej) zmierza do wykazania okoliczności, które są niesporne pomiędzy stronami postępowania i jego uczestnikiem (*de facto* w jaki sposób działają rękonośne w oferowanych przez obydwu wykonawców urządzeniach), zaś dowód z przesłuchania świadka zmierzałby w efekcie do oceny przez świadka zasad funkcjonowania urządzenia oferowanego przez Odwołującego, a tym samym, oceny pod kątem posiadania ewentualnej wiedzy specjalistycznej w tym przedmiocie, czy dane urządzenie spełnia wymogi SIWZ, czy ich nie spełnia; nie byłyby to zeznania danej osoby co do konkretnych okoliczności faktycznych, które były, bądź są jej udziałem.

Co do zarzutu bezpodstawności odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się

Zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ określił wymagane minimalne parametry graniczne dotyczące przedmiotu zamówienia (układ tabelaryczny). W pkt VII „System do gruboigłowej biopsji pod kontrolą RTG i USG” ppkt 11 wskazał na wymóg: możliwości automatycznego obrotu komory biopsyjnej o 360 stopni wokół osi igły. Pod zestawieniem tabelarycznym wymagań granicznych Zamawiający wskazał, że ich niespełnienie przez wykonawców spowoduje odrzucenie oferty oraz, że wszystkie zaoferowane parametry graniczne muszą być potwierdzone w dołączonych do oferty materiałach informacyjnych



producenta, a ewentualny brak takiego potwierdzenia również spowoduje odrzucenie oferty. W związku z tym wymogiem w rozdz. IX pkt 2 lit. d SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do dołączenia do ofert materiałów informacyjnych producenta potwierdzających parametry graniczne w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

W piśmie z dnia 10 lipca 2009 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania zadane przez Odwołującego, co do treści SIWZ. W ramach tych wyjaśnień co do tabeli „Zestawienie parametrów technicznych” na zadane pytanie o treści: *„Dotyczy pkt VII/11; opisane rozwiązanie automatycznego obrotu komory biopsyjnej wskazuje jednoznacznie na jedno rozwiązanie, aparat oferowany przez firmę Hammer Med. i model aparatu biopsyjnego SonoRx, tylko i wyłącznie ten aparat posiada możliwość automatycznego obrotu igły w pistolecie biopsyjnym co według naszej wiedzy nie jest dobrym rozwiązaniem gdyż często powoduje brak możliwości ciągłej kontroli położenia okna igły co podczas biopsji jest znaczącą informacją. Prosimy o dopuszczenie rozwiązania równoważnego z możliwością ręcznego obrotu komory zainstalowanej w uchwycie aparatu i precyzyjną skalą umożliwiającą dokładne określenie aktualnego położenia szczeliny biopsyjnej”*, Zamawiający udzielił odpowiedzi następującej: *„Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SIWZ.”*

Odwołujący w ramach swojej oferty zaproponował Zamawiającemu model stołu do biopsji: MultiCare – stół, ATEC system biopsji, gdzie w pkt VII ppkt 11 potwierdził spełnianie wymogu granicznego co do automatycznego obrotu komory biopsyjnej. Jednocześnie też załączył on do swojej oferty wymagane przez Zamawiającego materiały informacyjne, w tym na str. 78 informacje co do spełniania spornego wymogu z pkt VII ppkt 11 załącznika nr 5 do SIWZ, gdzie wskazano, że co do zmiany położenia komory istnieje *„możliwość automatycznego obrotu komory biopsyjnej o 360 stopni wokół osi igły komora automatycznie podąża za obracaną rękojeścią.”* Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający pismem z dnia 10 sierpnia 2009 r. (znak: L.dz. 2541/09/DZPiZ-SZP) wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania materiałów informacyjnych potwierdzających parametry graniczne. Wskazano tam, że zaoferowano sprzęt producenta Hologic & Lorad Company, natomiast załączone do oferty materiały informacyjne pochodzą od Odwołującego.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 11 sierpnia 2009 r. potwierdził, że załączył do oferty wszystkie wymagane dokumenty i materiały informacyjne oraz okoliczność, że firma Timko jest autoryzowanym przedstawicielem firmy Hologic & Lorad Company na terenie Polski, tym samym jest uprawniona do formułowania dokumentów w imieniu producenta. Jednocześnie też Odwołujący z ostrożności załączył do tego pisma inne materiały informacyjne producenta, które również potwierdzają spełnianie wymagań zawartych w pkt IX ppkt 2 lit. d SIWZ.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2009 r. (znak: L.dz. 2839/09/DZPiZ-SZP) Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, co do spełniania warunku granicznego z ppkt 11 pkt VII załącznika nr 5 do SIWZ. Poprosił Odwołującego o udzielenie jednoznacznej odpowiedzi – „Tak” lub „Nie” - na dwa pytania:

- 1) *Czy oferowany system do biopsji realizuje wymagana funkcjonalność poprzez ręczny obrót rękojeści, który powoduje obrót komory biopsyjnej wokół osi igły, a igła pozostaje cały czas sztywno połączona z rękojeścią?*
- 2) *Czy oferowany sprzęt do biopsji realizuje wymagana funkcjonalność poprzez automatyczny obrót komory biopsyjnej o 360 stopni wokół osi igły przy nieruchomej rękojeści?*

Zamawiający wskazał też, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. W odpowiedzi na to wezwanie, Odwołujący w piśmie z dnia 3 września 2009 r. udzielił odpowiedzi na zadane pytania co do pierwszego udzielając odpowiedzi pozytywnej („Tak”) co do drugiej odpowiedzi negatywnej („Nie”). Jednocześnie też zwrócił uwagę, że niezależnie od odpowiedzi jakiej Zamawiający oczekiwał udzielone odpowiedzi nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego bowiem zakres stawianych pytań wykracza poza treść wymogów SIWZ. Podkreślił, że w SIWZ Zamawiający nie postawił wymogu obrotu rękojeści komory, czy też igły wokół rękojeści oraz jej ruchomości w tym czasie, ani też nie było wymogiem, aby rękojeść obracała się automatycznie. Podkreślił, że udzielił odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania jako dodatkowe informacje, które nie były wymagane w SIWZ i pomimo tego jego oferta jest jasna. Odwołujący podkreślił też, że Zamawiający nie ma uprawnień do korzystania we wskazanym zakresie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że oferta Odwołującego jako niespełniająca jednego z wymogów granicznych określonych w SIWZ podlega odrzuceniu.

Postanowienia SIWZ oraz jej wyjaśnienia z dnia 10 lipca 2009 r. wskazują wyraźnie, że Zamawiający oczekiwał, że oferowane urządzenie będzie miało możliwość automatycznego obrotu komory biopsyjnej o 360 stopni wokół osi igły. Faktycznie - jak twierdzi Odwołujący - nigdzie w zapisach SIWZ nie ma szczegółowego określenia co według Zamawiającego oznacza owa automatyczność. Pojęcie to nie jest również - w kontekście danego oferowanego urządzenia medycznego, czy też znaczenia pojęciowego co do innych produktów i urządzeń medycznych - w sposób normatywny zdefiniowane. Uwzględniając tę okoliczność przy interpretacji tego określenia zastosowanego przez Zamawiającego w SIWZ

należałoby się posłużyć znaczeniem tego pojęcia funkcjonującym w powszechnym obrocie. I tak w pojęciu „*automatyzacji*”, czy określeniu „*automatyczny*” wskazuje się na taki sposób działania, czy funkcjonowania określonych urządzeń, który sprowadza się do ograniczonego bezpośredniego udziału człowieka przy działaniu takiego urządzenia; urządzenie takie działa samoczynnie, tj. bez udziału człowieka, czy też przy jego minimalnym bezpośrednim udziale.

Przy określeniu wymogu zawartego w pkt VII ppkt 11 załącznika nr 5 do SIWZ z pewnością jednak należy wziąć pod uwagę zapytanie do treści SIWZ, złożone przez Odwołującego, co potwierdził on na rozprawie, oraz udzieloną w tym zakresie przez Zamawiającego odpowiedź. W ocenie Izby z analizy powyższych treści za niezgodne z wymogami Zamawiającego należy uznać urządzenie, w którym komora biopsyjna automatycznie (jak wskazano w ofercie Odwołującego – str. 78) podąża za obracaną manualnie rękojeścią.

Przyznana przez Odwołującego jest okoliczność, że oferuje on urządzenie, w którym automatyczny – zdaniem Odwołującego – obrót komory biopsyjnej realizowany jest przy ręcznym obrocie rękojeści, a nie nieruchomej rękojeści. Powyższe - w ocenie Izby - bezwzględnie wskazuje, że efekt automatycznego obrotu komory biopsyjnej w przypadku urządzenia oferowanego przez Odwołującego jest możliwy do osiągnięcia, ale poprzez ręczny (a więc przy bezpośrednim udziale człowieka), a nie mechaniczny (automatyczny), obrót rękojeści. Zgodzić należy się zatem z Zamawiającym, że w tym przypadku faktycznie mamy do czynienia z automatycznym skutkiem uzyskanym dzięki manualnej (ręcznej) czynności. Wskazany sposób realizacji funkcjonalności nie był zresztą kwestionowany przez Odwołującego, który wywodził jedynie, że efekt automatycznego obrotu komory biopsyjnej może być realizowany również w ten sposób, tj. przy manualnej rękojeści.

Przy ocenie określonego przez Zamawiającego wymogu SIWZ nie można jednak pominać przywołanych wyjaśnień Zamawiającego dotyczących wskazanego zapisu SIWZ. Jako bowiem wynika z treści zapytania do SIWZ sam Odwołujący ową automatyczność przy realizacji funkcjonalności obrotu komory biopsyjnej określoną w pkt VII ppkt 11 załącznika nr 5 do SIWZ pojmował jako pełną automatyczność obrotu komory bez możliwości ręcznego obrotu przy użyciu uchwyty aparatu (rękojeści), wnosząc jednocześnie o dopuszczenie w SIWZ również takiego rozwiązania równoważnego. Z gramatycznego brzmienia zapytania skierowanego przez Odwołującego wynika zatem, że sam Odwołujący zrozumiał postanowienia SIWZ w sposób jednoznaczny, tj., że oferowane przez niego w ofercie rozwiązanie (użycie manualnego uchwyty dla uzyskania efektu obrotu komory biopsyjnej) nie jest dopuszczone w SIWZ. Zamawiający udzielając odpowiedzi na to zapytanie również wyraźnie określił, że SIWZ pozostaje wiążąca w dotychczasowym brzmieniu, tym samym zatem nie dopuścił on także rozwiązań proponowanych przez Odwołującego.

Izba nie mogła przychylić się do argumentacji Odwołującego prezentowanej w toku rozprawy, że udzielone wyjaśnienia dotyczące skierowanego zapytania do treści SIWZ odnoszą się wyłącznie do zanegowania przez Zamawiającego dopuszczenia rozwiązania równoważnego, a w żadnym stopniu nie odnoszą się do automatyczności realizowania owej funkcjonalności oraz, że treść pytań wykonawców do SIWZ nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia oceny treści postanowień SIWZ. Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający udzielając odpowiedzi na zapytania do SIWZ ma obowiązek przekazać wykonawcom nie tylko treść udzielonych przez siebie wyjaśnień, ale również treść samych zapytań ze strony wykonawców. Uwzględniając powyższe oraz racjonalność ustawodawcy, który przewidział wskazane rozwiązanie prawne, treści pytania do SIWZ nie sposób odłączyć od udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień, choć te faktycznie mają najistotniejsze znaczenie z punktu widzenia oceny postanowień SIWZ.

Skład orzekający Izby uznał również, że skierowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 sierpnia 2009 r. wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp -wobec ustalonych w jej treści rozbieżności - było zasadne. Powyższe jednak (zapytanie o wyjaśnienia treści SIWZ) nie mogło być formalnie przedmiotem oceny przez Izbę z racji tego, że zarzut ten został zgłoszony przez Odwołującego po upływie ustawowego terminu.

Niemniej jednak, oceniając zasadność tych czynności podjętych przez Zamawiającego, w kontekście zarzutu bezpodstawności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ, Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne. Udzielone przez Odwołującego w tym zakresie wyjaśnienia dotyczące treści swojej oferty nie stanowiły w sposób bezpośredni i pierwotny o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Owa niezgodność wynikała już z samej oferty (str. 78), a udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia wyłącznie ją potwierdzały. Izba uznała, że wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w żaden sposób nie zmieniły treści oferty Odwołującego, co zresztą nie jest dopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie w sposób konkretny potwierdzały, że wymóg automatyczności obrotu komory biopsyjnej jest realizowany przy zastosowaniu czynności manualnej, czego Zamawiający – jak ustalono powyżej – nie dopuścił udzielając wyjaśnień dotyczących zapytania odnośnie treści SIWZ.

Bez znaczenia przy tym jest okoliczność, że owa niezgodność co do spornego wymogu wynikała z dokumentu załączonego do oferty Odwołującego (materiał informacyjny producenta), a nie wprost z treści samej oferty. Jak ustalono bowiem, Zamawiający w postanowieniach SIWZ oczekiwał - pod rygorem odrzucenia oferty – że wszystkie wymagania graniczne określone przez niego w załączniku nr 5 do SIWZ zostaną

bezwzględnie potwierdzone przez materiały informacyjne załączane do oferty. Zatem wymagany dokument miał potwierdzać spełnianie określonego parametru.

Co do zarzutu nie równego traktowania wykonawców (Odwołującego oraz Siemens) w toku oceny ofert, Izba ustaliła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Z oferty firmy Siemens wynika bowiem, że Przystępujący zaoferował urządzenie MammoTest firmy Siemens. Do oferty dołączono też wymagane materiały informacyjne potwierdzające spełnianie wymogów granicznych SIWZ. Tym samym więc w ofercie wskazano wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy składające się na treść oferty co do oferowanego urządzenia. To, że być może Odwołujący z własnej inicjatywy załączył do oferty bardziej szczegółowe informacje niż uczyniła to firma Siemens (choć powyższe nie zostało w żaden sposób przez Odwołującego udowodnione, czy nawet uprawdopodobnione) nie może być podstawą do twierdzenia, że oferta Siemens nie potwierdza spełniania wymogów SIWZ, tym bardziej, że minimalne wymagania w tej ofercie zostały wypełnione.

Brak żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty Siemens w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – jak to miało miejsce w przypadku oferty Odwołującego – również nie może świadczyć o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców. Z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający ma możliwość wystąpienia do wykonawców z żądaniem wyjaśnienia treści SIWZ. Jest to zatem jego prawo, a nie bezwzględny obowiązek, z którego to prawa powinien skorzystać, w sytuacji gdy powźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do oferty jakiegoś wykonawcy, w szczególności pod kątem spełniania wymogów SIWZ. Jeśli takich wątpliwości wobec oferty Siemens Zamawiający nie powziął nie był zobowiązany do żądania wyjaśnień od tego wykonawcy wyłącznie z tego powodu, że wątpliwości takie miał wobec drugiej ze złożonych ofert i z tego prawa w tym przypadku skorzystał. Powyższe nie może świadczyć o naruszeniu zasady udzielania zamówień publicznych wynikającej art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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.).

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....