

Sygn. akt KIO/UZP 662/09

WYROK
z dnia 8 czerwca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy, 85-067 Bydgoszcz, ul. Jagiellońska 13-15** protestu z dnia 27 kwietnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Philips Polska Sp. z o. o., 02-222 Warszawa, al. Jerozolimskie 195 B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9**

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., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9** na rzecz **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy, 85-067 Bydgoszcz, ul. Jagiellońska 13-15** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9.**

U z a s a d n i e

Zamawiający Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż tomografu komputerowego wraz z adaptacją pomieszczeń dla Katedry i Zakładu Radiologii i Diagnostyki Obrazowej.

W dniu 17.04.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Philips Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (Philips).

Czynność ta stała się przedmiotem odwołania poprzedzonego protestem wniesionego przez GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu, że przez zaniechanie czynności: wykluczenia Philips i odrzucenia jego oferty, naruszył art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 1 i

pkt 2, oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 133, poz. 1655 ze zm., dalej: Pzp), ponadto podniósł, że w przypadku zawarcia umowy z Philips zamawiający naruszy art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Philips, wykluczenie Philips oraz odrzucenie jego oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając żądanie wykluczenia odwołujący się wskazał, że udzielone przez Philips w trybie art. 87 ust. 1 Pzp odpowiedzi na 13 pytań zadanych przez zamawiającego nie potwierdzają, że zaoferowany przez Philips tomograf Brilliance CT 64 - slice configuration, model nr 4550 110 09021 posiada parametry wskazane w ofercie, tj.:

1. wskaźniki (ikony) informujące pacjenta w trakcie akwizycji o konieczności wstrzymania oddechu - pkt 11.4 Załącznika nr 3 do oferty (pytanie nr 2);
2. specjalistyczne oprogramowanie umożliwiające rozwinięcie analizowanego naczynia na płaszczyźnie za pomocą wskazania jednego punktu odniesienia umieszczonego w naczyniu pkt V.5 i VI. 5 Załącznika nr 3 do oferty (pytanie nr 3);
3. oprogramowanie do oceny badań perfuzyjnych umożliwiające ocenę ilościową i jakościową (mapy barwne) co najmniej następujących parametrów: rBF (miejscowy przepływ krwi), CBV (miejscowa objętość krwi), MIT (średni czas przejścia), PS (powierzchnia przepuszczalności) - pkt V. 7 i VI.7 Załącznika 3 do oferty (pytanie nr 4);
4. specjalistyczne oprogramowanie do oceny perfuzji gruczołu krokowego - pkt V.8 i VI. 8 Załącznika 3 do oferty (pytanie nr 5);
5. specjalistyczne oprogramowanie umożliwiające automatyczne usuwanie obrazów tkanek otaczających serce z pozostawieniem serca i głównych naczyń (rozumiane jako oprogramowanie całkowicie automatyczne, dokonujące ww. rekonstrukcji obrazu bez udziału operatora, bezpośrednio po włączeniu aplikacji) - pkt VI. 10 Załącznika 3 do oferty (pytanie nr 6);
6. oprogramowanie umożliwiające automatyczną rekonstrukcję tętnic wieńcowych wzdłuż osi długiej z wykresem przekroju wsi krótkiej i długiej oraz z pomiarem pola powierzchni przekroju - pkt VI.11 Załącznika 3 do oferty (pytanie nr 7),
7. oprogramowanie umożliwiające automatyczne wyznaczanie obrysów wewnętrznych i zewnętrznych mięśnia serca (wsierdzia i nasierdzia) wszystkich jam serca (prawy przedsionek, prawa komora, lewy przedsionek, lewa komora - pkt VI.13 Załącznika 3 do oferty (pytanie nr 8);
8. oprogramowanie umożliwiające automatyczną ocenę parametrów czynności prawej i lewej komory serca. to jest co najmniej objętości skurczowej, objętości rozkurczowej, objętości

wyrzutowej, frakcji wyrzutowej obu komór serca, rozumiane jako oprogramowanie całkowicie automatyczne, dokonujące ww. rekonstrukcji obrazu bez udziału operatora, bezpośrednio po włączeniu aplikacji - pkt VI.14 Załącznika 3 do oferty (pytanie nr 9);

9. oprogramowanie umożliwiającego wyliczenie oporu systemowego i płucnego - pkt VI.15 Załącznika 3 do oferty (pytanie nr 10);

10. oprogramowanie umożliwiające automatyczną ocenę odcinkowej kurczliwości, ruchomości i grubości mięśnia prawej i lewej komory serca, wraz z kolorową prezentacją w formacie "bull - eye, rozumiane jako oprogramowanie całkowicie automatyczne, dokonujące ww. rekonstrukcji obrazu bez udziału operatora, bezpośrednio po włączeniu aplikacji - pkt VI.16 Załącznika 3 do oferty (pytanie nr 11);

11. oprogramowanie umożliwiające automatyczną ocenę perfuzji mięśnia serca z określeniem obszarów niedokrwienia, rozumiane jako oprogramowanie całkowicie automatyczne, dokonujące ww. rekonstrukcji obrazu bez udziału operatora, bezpośrednio po włączeniu aplikacji - pkt VI. 17 Załącznika 3 do oferty (pytanie nr 12);

12. oprogramowanie umożliwiające automatyczną (bez udziału lekarza, po uruchomieniu aplikacji) ocenę parametrów czynności lewego i prawego przedsionka serca - pkt VI.18 Załącznika 3 do oferty (pytanie nr 13).

Odwołujący się wywiódł, że zwracając się do Philips o potwierdzenie, czy zaoferowany przez Philips sprzęt posiada opisane powyżej parametry, zamawiający poprosił również o podanie nazwy i wersji oprogramowania oraz sposobu uzyskiwania funkcjonalności w tym oprogramowaniu, czego jednak Philips nie uczynił. Powołując się na wyroki KIO z dnia 19 stycznia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 5/09 oraz z dnia 17 czerwca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 529/08, stwierdził, że skorzystanie z uprawnienia wskazanego w art. 87 ust. 1 Pzp ma na celu wyjaśnienie uzasadnionych wątpliwości rzutujących na wynik postępowania.

W ocenie odwołującego się wątpliwości zamawiającego nie zostały rozwiane przez odpowiedzi udzielone przez Philips. Z ich lakoniczności i braku jednoznaczności należy przyjąć, że oferowany przez Philips sprzęt nie posiada ww. parametrów wskazanych w Załączniku nr 3 do oferty a w konsekwencji, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący się zarzucił również, że oferta Philips, w punktach: 11.4, V.7 i VI.7, V.8 i VI.8 oraz w pkt VI. 13 Załącznika 3 do oferty, jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 Pzp:

- wbrew wymaganiu zawartemu w pkt II. 4 Załącznika 3 do SIWZ znajdujący się na gantry zaoferowanego tomografu wskaźnik promieniowania, nie może zostać uznac za wskaźnik informujący o konieczności wstrzymania oddechu, gdyż moment zaświecenia wskaźnika

równoznaczny jest z rozpoczęciem emisji promieniowania i startu skanowania, istnieje zatem możliwość, że cały skan zostanie wykonany zanim pacjent zdoła wstrzymać oddech;

- w pkt V.7 i VI.7 Załącznika 3 do siwz zamawiający wymagał zaoferowania oprogramowania do oceny badań perfuzyjnych umożliwiające ocenę ilościową i jakościową (mapy barwne) co najmniej następujących parametrów: rBF (miejscowy przepływ krwi), rCBV (miejskowa objętość krwi), MIT (średni czas przejścia), PS (powierzchnia przepuszczalności), czego Philips nie uczynił;

- W pkt. V.8 i VI.8 Załącznika 3 do siwz zamawiający wymagał zaoferowania specjalistycznego oprogramowania do oceny perfuzji gruczołu krokowego, czyli zgodnie z rozstrzygnięciem protestu firmy TOSHIBA Medical Systems Sp. z o. o., z dnia 6.01.2009 r. i dokonaną w konsekwencji modyfikacją siwz, protokołu specjalizowanego (inaczej specjalistycznego lub dedykowanego) - przeznaczonego specjalnie do oceny perfuzji danego narządu, czego Philips nie zaoferował;

- w odniesieniu do wymagań zawartych w pkt VI. 13 Załącznika 3 do siwz w wyjaśnieniu Philips pojawia się sprzeczność, gdyż zgodnie z odpowiedzią na pytanie 4 oprogramowanie Functional Cf "służy do wykonywania badań perfuzyjnych organów mięszkowych (mózg, prostata) natomiast zgodnie z odpowiedzią na pytanie B jest to już oprogramowanie które realizuje "automatyczne wyznaczanie wewnętrznych i zewnętrznych obrysów komór serca." Alternatywnie w związku z nieprecyzyjnymi i niejednoznacznymi odpowiedziami nie potwierdzającymi posiadania przez sprzęt Philips parametrów, o których mowa w pkt: 11.4, V.5, VI.5, V.7, VI.7 V.B, VI B, VI.10, VI.II, VI.13, VI.14, VI.15, VI.16, VI.17, VI.1B załącznika 3 do oferty, odwołujący się wniósł o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o ponowną ocenę i badanie ofert polegające m.in. na nieprzyznaniu ofercie Philips punktów w odniesieniu do w/w wymienionych części Załącznika Nr 3 do oferty.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych: protest w dniu 27.04.2009 r., odwołanie za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego w dniu 18.05.2009 r.

Zamawiający pismem z dnia 7.05.2009 roku (przekazanym tego dnia) oddalił protest. Uzasadniając rozstrzygnięcie zamawiający podkreślił, iż nie wymagał dołączenia do oferty danych produktowych zaoferowanego sprzętu i nie mógł ich żądać na etapie badania ofert, natomiast żądając złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wymagał potwierdzenia, że wymagane funkcjonalności znajdują odzwierciedlenie i są potwierdzone w danych produktowych producenta sprzętu. Wywiódł również, że wykonawcy (producenci) oferują asortyment dostosowany indywidualnie do potrzeb każdego klienta (zamawiającego).

Brak możliwości powołania się na informacje pochodzące ze stron internetowych potwierdza również orzecznictwo KIO. Zamawiający przywołał również stanowisko zawarte przez Philips w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający oświadczył ponadto, że uzyskane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnienia nie są sprzeczne ani z treścią ani złożonej oferty, ani z treścią siwz i brak jest podstaw do uznania że zaofiarowany przez Philips sprzęt nie posiada parametrów wskazanych w Załączniku nr 3 do oferty. Zamawiający powołał również fakt, iż Philips złożył oświadczenie o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania pod groźbą odpowiedzialności karnej wynikającej z art. 297 § 1 k.k.

Philips przystąpił do postępowania odwoławczego uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wskazując na swój interes prawny wniósł o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu. Podniesienie przez zamawiającego, że nie otrzymał strony 5 z 11-stronicowej treści odwołania, nie stanowi podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp. Po pierwsze: materiał dowodowy nie potwierdza jednoznacznie nie przekazania strony 5, gdyż oświadczeniu zamawiającego oraz ustaleniom zawartym w protokole komisji przeczą raport z transmisji faksu oraz pokwitowanie wystawione przez urząd pocztowy, który fax nadał, wskazujące przekazanie 11 stron odwołania. Po drugie: spełniony został cel normy art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp – t.j. poinformowanie zamawiającego o braku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu skutkujące niemożliwością podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołanie się do celowościowej wykładni przepisu art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp sprzeciwia się, w okolicznościach sprawy, odrzuceniu odwołania. Na marginesie jedynie podnieść należy dodatkowo, że wobec ponowienia w treści odwołania wywodów protestu, pozycja procesowa zarówno zamawiającego, jak i przystępującego nie doznała w okolicznościach sprawy osłabienia.

Wobec powyższego Izba przeprowadziła rozprawę na której strony oraz uczestnik (przystępujący) podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności protokołu ZP-1, siwz, oferty odwołującego się, pytań zadanych przez zamawiającego w dniu 7.04.2009 r., odpowiedzi Philips z dnia 14.04.2009 r. oraz przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, dokumentów złożonych do akt sprawy na rozprawie, jak również po

rozważeniu oświadczeń pełnomocników stron i uczestnika złożonych na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.12.2008 r. pod numerem: 2008/S 322109.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie podnoszonych zarzutów: złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania lub niezgodności oferty Philips z treścią siwz da mu możliwość uzyskania zamówienia. Alternatywnie podnoszone żądanie dokonania ponownej oceny ofert z zaniechaniem przyznania punktów Philips nie neguje, wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego, interesu prawnego odwołującego się. Izba jest bowiem związana zarzutami protestu, nie zaś zgłoszonymi żądaniami (arg. *a contrario* z art. 191 ust. 3 Pzp, vide również: wyroki Izby z dnia 26.02.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/102/08 oraz z dnia 24.09.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/961/08). O istnieniu interesu prawnego we wniesieniu odwołania przesądza treść zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, których potwierdzenie spowodowałoby eliminację Philips lub złożonej przez niego oferty z postępowania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne sporu: t.j. treść wymagań zamawiającego zawartych w siwz, treść oferty Philips, w szczególności, załącznika nr 3, pytań oraz odpowiedzi udzielonych przez Philips w trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie są sporne między stronami. Sporna jest interpretacja udzielonych w dniu 14.04.2009 roku odpowiedzi oraz ich ocena prawna.

Philips nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Aby zastosowanie sankcji wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp było możliwe, niezbędne jest zaistnienie dwóch przesłanek połączonych adekwatnym związkiem przyczynowo – skutkowym: złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania, czyli w stanie faktycznym sporu – na wybór oferty najkorzystniejszej.

Ciężar udowodnienia przywołanych przesłanek spoczywa na odwołującym się, gdyż on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności wykluczenia Philips (art. 188 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Izba stwierdza, że odwołujący się nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń, składając na rozprawie wyłącznie oświadczenia. Wniosek o zobowiązanie Philips do złożenia danych produktowych, mimo że dopuszczalny na podstawie § 21 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.), nie został przez Izbę uwzględniony. To na stronach ciąży obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń oraz na odparcie twierdzeń strony przeciwnej, co mogą czynić do zamknięcia rozprawy (art. 188 ust.1 zd. 2 Pzp). Zawarty w art. 188 ust. 3 Pzp katalog dowodów ma charakter przykładowy i wykonawca jest uprawniony do udowadniania swoich twierdzeń dowolnymi środkami dowodowymi. Odwołujący się zaniechał jakiegokolwiek aktywności procesowej w postępowaniu dowodowym, zatem przywoływany wniosek, wobec braku choćby uprawdopodobnienia innymi środkami potrzeby jego dopuszczenia lub wykazania niemożności przeprowadzenia innego dowodu, stanowi nie tylko próbę przerzucenia ciężaru dowodu na przeciwnika w sporze, ale też może zostać oceniony jako zgłoszony wyłącznie w celu uzyskania szczegółowej wiedzy o produkcie konkurencji, skoro, jak przyznał odwołujący się na rozprawie, dane te są niedostępne.

Podnieść też należy, co Izba wielokrotnie wskazywała w orzeczeniach, że z uwagi na stały postęp techniczny, dążenie wykonawców do ulepszenia oferowanych produktów, możliwe jest zaoferowanie urządzenia o cechach innych, lepszych niż posiadane przez nie standardowo.

Materiał dowodowy sprawy nie pozwala Izbie na przyjęcie, że, jak oświadczył odwołujący się na rozprawie, oprogramowanie zaoferowane przez Philips nie umożliwia automatycznej oceny: odcinkowej kurczliwości, ruchomości i grubości mięśnia prawej i lewej komory serca, wraz z kolorową prezentacją w formacie "bull – eye" oraz automatycznej oceny perfuzji mięśnia serca z określeniem obszarów niedokrwienia (gdyż aktualnie takie oprogramowanie nie występuje na rynku), ani też, że zaoferowany program nie posiada wymaganych funkcjonalności w postaci:

- wskaźników (ikon) informujących pacjenta w trakcie akwizycji o konieczności wstrzymania oddechu;
- możliwości oceny ilościowej i jakościowej (mapy barwne) parametru PS (powierzchni przepuszczalności),
- odrębnej oceny perfuzji gruczołu krokowego ,

- automatycznego wyznaczania obrysów wewnętrznych i zewnętrznych mięśnia serca (wsierdzia i nasierdzia) wszystkich jam serca.
- możliwości automatycznej (bez udziału lekarza, po uruchomieniu aplikacji) oceny parametrów czynności lewego i prawego przedsionka serca.

W wywodach odwołującego się Izba dostrzega sprzeczność, gdyż początkowo zarzucając Philips złożenie nieprawdziwych informacji odwołujący się oświadczył, że oprogramowanie służące automatycznej ocenie perfuzji mięśnia serca nie istnieje, zaś w dalszej części rozprawy wskazał, że badanie perfuzji serca jest możliwe, jednak nie ma jakości klinicznej. Izba zważyła również, że gdyby w istocie nie istniało lub nie było przewidziane do zaoferowania oprogramowanie umożliwiające automatyczną ocenę: odcinkowej kurczliwości, ruchomości i grubości mięśnia prawej i lewej komory serca, wraz z kolorową prezentacją w formacie "bull – eye" oraz automatyczną ocenę perfuzji mięśnia serca z określeniem obszarów niedokrwienia, to zamieszczenie takich nadmiernych oczekiwań w siwz przez zamawiającego prawdopodobnie spotkałoby się z adekwatną reakcją ze strony wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Powyższe domniemanie jest spójne ze stanowiskiem przystępującego, który na rozprawie zaprzeczył powyższemu zarzutowi podnosząc, że wskazywane przez odwołującego się, jako niemożliwe do osiągnięcia, funkcjonalności spełnia jego produkt, jak i sprzęt oferowany przez firmę Toshiba.

Wskazać należy, że odwołujący się formułując zarzuty odwołania oraz prezentując je na rozprawie oparł się wyłącznie na treści odpowiedzi Philips z dnia 14.04.2009 r. oraz przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Izba nie podziela przedstawionej interpretacji, z treści przywołanych pism nie sposób wywieść w sposób nie budzących wątpliwości jej słuszności, a wobec braku przedstawienia innych dowodów podniesione zarzuty należy uznać za nietrafne. Z użytych przez Philips sformułowań nie sposób wywieść w sposób nie budzący wątpliwości braku potwierdzenia parametrów zadeklarowanych w treści oferty, w szczególności braku podania nazwy i wersji oprogramowania oraz sposobu uzyskiwania funkcjonalności w tym oprogramowaniu. Z powyższych powodów nie sposób wskazać udzielonych wyjaśnień jako podstawy do uznania, iż nastąpiło złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Z faktu, że sam odwołujący się złożył wyjaśnienia obszerniejsze bardziej szczegółowe, nie można wywodzić negatywnych skutków dla Philips, który w ocenie zamawiającego, złożył satysfakcjonujące wyjaśnienia

Art. 87 ust. 1 Pzp daje zamawiającemu możliwość zwrócenia się o wyjaśnienie treści oferty.

Wbrew twierdzeniom odwołującego się z dyspozycji przywołanego przepisu zamawiający może skorzystać w każdym przypadku, nie tylko w razie wątpliwości, co do rzetelności treści oferty. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że nie miał wątpliwości, co do treści świadczenia zaoferowanego przez Philips, a intencja zadania pytań było uzyskanie wiedzy niezbędnej na etapie realizacji zamówienia, w razie uznania oferty Philips za najkorzystniejszą. Powyższe stanowisko mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp oraz czyni przywoływanie przez odwołującego się orzecznictwo nieadekwatnym do okoliczności faktycznych sprawy.

W odniesieniu do szczegółowych zarzutów podniesionych w oparciu o pytania 3,6,7,9, 10 i 13 odwołujący się nie wskazał na rozprawie, na czym polega nie prawdziwość informacji zawarta w udzielonych na nie odpowiedziach, Izba uznaje je zatem również za nieudowodnione. Dowody na twierdzenie przeciwne stanowić mogą złożone na rozprawie przez Philips wyjaśnienia Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej AVI, wyciąg z oferty złożonej przez Philips Regionalnemu Szpitalowi Specjalistycznemu w Grudziądzu wraz z wystawionymi przez szpital referencjami, do których odwołujący się nie ustosunkował się merytorycznie oraz oświadczenie Kierownika ds. Marketingu Terenowego Produktów TK na region EMEA. W konsekwencji stwierdzić należy, że informacje udzielone przez Philips nie mają wpływu na wynik postępowania. Przedstawiona symulacja zmiany oceny punktowej została zakwestionowana przez zamawiającego i przystępującego.

Stwierdzić też należy, że skoro, jak utrzymuje konsekwentnie zamawiający, wyjaśnienia nie są sprzeczne z siwz ani z treścią oferty (nie prowadzą do zmiany treści zaoferowanego świadczenia), to Philips w celu należytego wykonania zamówienia publicznego winien dostarczyć sprzęt posiadający wszystkie wykazane w załączniku nr 3 do siwz funkcjonalności.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Oferta Philips nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przywołany przepis nakazuje odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z treścią siwz, określonymi w niej wymaganiami zamawiającego.

W badanym postępowaniu zamawiający podzielił parametry oferowanego sprzętu na dwie grupy: parametry wymagane (Załącznik Nr 2) oraz parametry podlegające ocenie (Załącznik Nr 3). Izba stwierdza, że tylko brak spełnienia minimalnych parametrów wymienionych w załączniku nr 2 może spowodować odrzucenie oferty. Te jednak nie zostały przez odwołującego się zakwestionowane. Parametry wskazane w załączniku Nr 3 dotyczą

wymagań punktowanych i nie przesądzają o zgodności oferty z treścią siwz. Ponadto sama treść wyjaśnień złożonych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, chyba, że prowadziłyby do zmiany treści oferty (art. 87 ust. 1 zd 2 *in fine* Pzp), czego odwołujący się nie podniósł na etapie protestu, ani też nie udowodnił.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp uznaje Izba za chybiony.

Odnosząc się do alternatywnie podnoszonego żądania dokonania ponownej oceny ofert ze zmianą punktacji za wskazane parametry Izba stwierdza, że postępowanie dowodowe nie dało ku temu wystarczających podstaw. Stwierdzić też należy, że fakt zgłoszenia takiego żądania prowadzi do sprzeczności w stanowisku odwołującego się. Odwołujący się z jednej strony wywodzi i zarzuca, że przez wskazanie w treści odwołania kwestionowanych parametrów, Philips dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, (czego skutkiem winna być czynność wykluczenia tego wykonawcy), z drugiej natomiast wywodził, że z uwagi na brak jednoznaczności użytych sformułowań Philips winien otrzymać mniej punktów. Na rozprawie odwołujący się nie skonkretyzował, które żądanie popiera, podtrzymując oba. W ocenie Izby powyższe prowadzi do przyjęcia, że informacje zawarte w wyjaśnieniach Philips mogą być jednocześnie nieprawdziwe i niejednoznaczne, co przeczy zasadom logiki.

Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 91 ust.1 Pzp nie zostały podniesione. Samo powołanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miałyby naruszyć zamawiający, nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Izba stwierdza, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia przywołanych przepisów.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, ograniczając je do wysokości 3600 zł 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 zm.).

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 ze 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:

.....

.....