

Sygn. akt KIO/UZP 1018/09

**WYROK**  
**z dnia 20 sierpnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Ewa Jankowska**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie, ul. Zgrupowania AK „Kampinos” 1, 01-943 Warszawa** protestu z dnia 7 lipca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji siwz przez podanie w treści odpowiedzi nr 11 danych dotyczących stacji diagnostycznych, niezbędnych do osiągnięcia wymaganej przez zamawiającego integracji;**

**2. Kosztami postępowania obciąża Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie, ul. Zgrupowania AK „Kampinos” 1, 01-943 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 **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie, ul. Zgrupowania AK „Kampinos” 1, 01-943 Warszawa** na rzecz **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa wraz z instalacją 40 rzędowego (lub więcej) tomografu komputerowego najnowszej generacji do Międzynarodowego Centrum Słuchu i Mowy Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu w Kajetanach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lutego 2009 r. pod numerem 2009/S 27- 039260

Zamawiający zaprosił wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu do składania ofert przekazując im jednocześnie specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

Pismem z dnia 21 czerwca 2009r. Siemens Sp. z o. o. zwrócił się o wyjaśnienie treści siwz zadając m.in. pytanie 11 w brzmieniu:

„Z naszej wiedzy wynika, że Zamawiający posiada stacje diagnostyczne. Czy stacje te mają dostęp do systemu PACS opisanego w SIWZ przez Zamawiającego, czyli włączone w system RIS/PACS?

- Czy Zamawiający wymaga integracji systemu RIS/PACS z posiadany programowaniem diagnostycznym? Jeśli tak, to czy integracja ma polegać jedynie na udostępnieniu dostępu do archiwum PACS opisanym w siwz w celu przeglądania badań, czy też pełnej integracji tzw. "na poziomie pulpitu" umożliwiającej otwieranie badań pacjenta z poziomu systemu RIS,

które otworzą się na oprogramowaniu diagnostycznym posiadanym przez Zamawiającego, eliminując w ten sposób konieczność podwójnego poszukiwania pacjenta (w systemie RIS i na stacji diagnostycznej)?.”

Pismem z dnia 3 lipca 2009 r.(przekazanym wykonawcom tego dnia) zamawiający udzielił na powołane pytanie odpowiedzi:

"Istniejące stacje diagnostyczne mają być włączone w system PACS/RIS oraz należy zapewnić integrację systemu RIS/PACS z oprogramowaniem diagnostycznym. Zamawiający wymaga pełnej integracji umożliwiającej otwieranie badań z poziomu systemu RIS, które otworzą się na oprogramowaniu diagnostycznym posiadanym przez Zamawiającego”.

Udzielona odpowiedź stała się podstawą odwołania poprzedzonego protestem wniesionego przez TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przez dokonanie modyfikacji siwz i wprowadzenie do niej parametrów granicznych. Podniósł, że czynności zamawiającego uniemożliwiają mu prawidłowe wycenienie i złożenie ważnej, konkurencyjnej, nie podlegającej odrzuceniu oferty, co narusza jego interes prawny.

W proteście wnioskował o wykreślenie omawianego punktu siwz lub jego modyfikację przez nadanie brzmienia: "Istniejące stacje mają być włączone w system PACS/RIS oraz należy zapewnić integrację systemu RIS/PACS z oprogramowaniem diagnostycznym. Zamawiający wymaga integracji umożliwiającej pobieranie, wysyłaniu obrazów z/do systemu PACS"

Odwołujący się podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, a także art. 5 k.c. w zakresie czynienia ze swojego prawa użytku sprzecznego z jego społeczno - gospodarczym przeznaczeniem oraz zasadami współzycia społecznego. Wywodził, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 11 mając do wyboru integrację: standardową (przez standard DICOM 3.0), którą są w stanie spełnić wszyscy wykonawcy i niestandardową, tzn. znaną tylko producentowi stacji diagnostycznych wybrał drugie rozwiązanie,

Odwołujący się ocenił, że brak podania nazwy posiadanych stacji diagnostycznych, poziomu bazy danych na jakim oczekiwana jest integracja, informacji - standardu umożliwiającego wykonanie integracji (nieosiągalnych w ogólnodostępnych źródłach) stawia w uprzywilejowanej sytuacji dostawcę posiadanych przez zamawiającego stacji diagnostycznych. Zdaniem odwołującego się uprzywilejowanie to dotyczy Siemens Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący się podniósł, że producent stacji diagnostycznych winien udostępnić niezbędnym wykonawcom informacje, co winien zagwarantować zamawiający.

Odwołujący się ocenił, że niezbędnych mu informacji nie mógł uzyskać w czasie wizji lokalnej, która miała miejsce w dniu 22 czerwca 2009r., gdyż o wymaganiach zamawiającego uzyskał wiedzę dopiero w dniu 3 lipca 2009 r.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych – protest w dniu 7 lipca 2009 r. (*presentata* zamawiającego), odwołanie za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego w dniu 17 lipca 2009 r. Kopię treści odwołania zamawiający otrzymał w dniu wniesienia odwołania (*presentata* zamawiającego).

Zamawiający oddalił protest pismem z dnia 14 lipca 2009 r. W uzasadnieniu wskazał, że oczekiwanie, że będzie mógł w pełni wykorzystać funkcje posiadanego sprzętu, tak aby w jak największym stopniu ograniczyć możliwość popełnienia błędu jest całkowicie uzasadnione. Zamawiający poinformował, że posiada aktualnie system RIS, który jest zintegrowany z oprogramowaniem diagnostycznym (e-Film, K-PACS). Oceniał również, że brak jest przeszkód, aby wykonawcy uzyskali od jednego z podmiotów specjalizujących się w integracji systemu RIS/PACS stosowne wyceny, umożliwiające przygotowanie kompletnej oferty. Zamawiający wywiódł, że nie narusza zasady uczciwej konkurencji ani zasady równego traktowania wykonawców dążenie do wykorzystania funkcji posiadanego sprzętu łącznie z funkcjami innych urządzeń, mimo, że producenci posiadanego przez zamawiającego sprzętu mogą brać udział w postępowaniu.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba dopuściła dowody z: siwz, pytania o treść siwz z dnia 21 czerwca 2009 r., udzielonej w dniu 3 lipca 2009 r. odpowiedzi oraz rozważyła oświadczenia pełnomocników stron. Izba odmówiła mocy dowodowej protestowi Siemens Sp. z o. o. oraz rozstrzygnięciu protestu przez Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydygiera w Toruniu. Dowód zmierzał do wykazania okoliczności pozbawionej znaczenia dla rozpatrzenia niniejszego sporu, iż inny zamawiający, w innym postępowaniu, wobec zbliżonych zarzutów protestu zajął stanowisko inne, niż zamawiający wobec protestu odwołującego się. Izba pominęła również pisma zamawiającego z dnia 23 lipca 2009 r. oraz odpowiedzi Alteris Sp. z o. o. i UHC Sp. z o. o. z dnia 24 lipca 2009 r. dzielając stanowisko odwołującego się o braku ich adekwatności do okoliczności faktycznych sporu – braku podania nazw stacji diagnostycznych oraz danych umożliwiających osiągnięcie przez zamawiającego wymaganej funkcjonalności.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Podnosząc zarzuty w stosunku do dokonanej przez zamawiającego zmiany wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia odwołujący się zmierza do uzyskania zamówienia.

Nie może za brakiem interesu prawnego przemawiać stanowisko zamawiającego, że żądane informacje odwołujący się uzyskałby, gdyby zwrócił się o nie do zamawiającego w trybie pytania o treść siwz. Art. 38 ust. 1 zd. 2 Pzp nakazuje zamawiającemu niezwłoczne udzielenie wyjaśnień treści siwz. Pojęcie „niezwłocznie” stanowi zwrot niedookreślony, nie wynika z niego uprawnienie wykonawcy do uzyskania wyjaśnień w określonym terminie. Wobec powyższego oraz zawitego charakteru terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej, zaniechanie wniesienia protestu prowadzić może do utraty możliwości kwestionowania czynności zamawiającego, a tym samym powstania uszczerbku w interesie prawnym odwołującego się w uzyskaniu zamówienia.

Okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami. Sporne jest, czy przez udzielenie odpowiedzi nr 11 z dnia 3 lipca 2009 r. zamawiający naruszył art. 29 i art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 k.c.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Bezspornym jest, że zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie 11 wprowadził nowe wymaganie, które winno być uwzględnione przez wykonawców przy sporządzaniu oferty. Obowiązek pełnej integracji systemu RIS/PACS z posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniem diagnostycznym nie był wcześniej przewidziany w siwz. Zatem mimo, że udzielając odpowiedzi na powołane pytanie, zamawiający formalnie nie dokonał modyfikacji siwz, to faktycznie doprecyzował opis przedmiotu zamówienia i zmienił treść siwz. Dokonana zmiana, w razie braku zakwestionowania jej treści przez wniesienie środka ochrony prawnej, wiązałaby uczestników postępowania na równi z wymaganiami wynikającymi z pierwotnej treści siwz.

Zamawiający ma prawo wymagać, aby dostarczony w wyniku postępowania tomograf współpracował z posiadanym przez niego sprzętem w taki sposób, by możliwość popełniania błędów została w maksymalny sposób ograniczona przez osiągnięcie funkcjonalności

umożliwiającej otwieranie badań pacjenta z poziomu systemu RIS (które otworzą się na oprogramowaniu diagnostycznym posiadanym przez zamawiającego) i eliminację konieczności podwójnego poszukiwania pacjenta (w systemie RIS i na stacji diagnostycznej). Uprawnienie zamawiającego do realizacji swoich potrzeb i idące w ślad za tym stawianie adekwatnie wysokich oczekiwań, co do treści oferowanego przez wykonawców świadczenia, nie może jednak pozbawiać wykonawców informacji niezbędnych do przygotowania oferty, ani tym bardziej do uprzywilejowania jednego z potencjalnych wykonawców.

W badanym postępowaniu zamawiający wymagał „pełnej integracji” wskazując jednocześnie funkcjonalność, której osiągnięcia oczekuje - umożliwienia otwierania badań z poziomu systemu RIS, które otworzą się na posiadanym oprogramowaniu diagnostycznym.

Izba ocenia, że nie czyni to zadość wymaganiom wynikającym z art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający winien podać dane oraz dokonać opisu stacji diagnostycznych w sposób umożliwiający wykonawcom zaoferowanie wymaganej funkcjonalności. Należy przyznać rację odwołującemu się, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni być obciążeni koniecznością poszukiwania informacji niezbędnych do przygotowania oferty u podmiotów zewnętrznych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest, co do zasady, z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust.1 Pzp) a podanie danych umożliwiających wykonawcom złożenie oferty zgodnej z wymaganiami określonymi w siwz jest obowiązkiem zamawiającego ustalonym w art. 29 ust. 1 Pzp.

Zaniechanie podania niezbędnych danych, którego dopuścił się zamawiający utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu. Brak opisu stacji diagnostycznych, sposobu ich integracji z użytkowanym przez zamawiającego sprzętem, daje nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną producentowi lub dostawcy stacji. Dane niezbędne do sporządzenia oferty, które staną się dla zamawiającego punktem odniesienia przy badaniu zgodności treści oferty wykonawcy z treścią siwz powinny być dostępne wykonawcom na równych prawach (art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 Pzp).

Brak podania danych co do stacji, z którymi zintegrowany ma zostać dostarczony tomograf, powoduje stan niepewności po stronie wykonawców, czy złożona przez nich oferta nie będzie podlegać odrzuceniu. Prowadzić może również do arbitralności zamawiającego w czasie badania i oceny ofert. Niedopuszczalna i naruszająca przepisy prawa jest sytuacja, że na etapie badania i oceny ofert zamawiający odnosiłby się do informacji, które nie były wcześniej podane w siwz.

Zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp znalazły potwierdzenie. Zarzut naruszenia art. 5 k.c. nie został podtrzymany na rozprawie i Izba uznała go za niepotwierdzony. Izba uznała, że naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych, których dopuścił się zamawiający mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, zatem na podstawie art. 191 ust. 1a uwzględniła odwołanie.

Odnosząc się do żądań odwołującego się Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu czynności zgodnie z żądaniami wyrażonymi na rozprawie. Izba uznała, że żądanie uchylenia odpowiedzi na pytanie 11 udzielonej w dniu 3 lipca 2009 r. spowodowałoby, iż zamawiający nie zrealizuje celu założonego w postępowaniu w postaci osiągnięcia funkcjonalność - umożliwienia otwierania badań z poziomu systemu RIS, które otworzą się na posiadanym oprogramowaniu diagnostycznym i nie zaspokoiłby wskutek tego swoich uzasadnionych potrzeb. Analogiczny rezultat przyniosłoby zastąpienie udzielonej odpowiedzi przez żądane w proteście sformułowanie "Istniejące stacje mają być włączone w system PACS/RIS oraz należy zapewnić integrację systemu RIS/PACS z oprogramowaniem diagnostycznym. Zamawiający wymaga integracji umożliwiającej pobieranie, wysyłanie obrazów z/do systemu PACS". Odnosząc się do trzeciego z alternatywnie sformułowanych żądań publikacji standardów HL7 Conformance Statement lub Dicom Conformance Statement, Izba oceniła, że nie zostało wywiedzione i udowodnione, że spełnienie tego żądania umożliwi odwołującemu się złożenie oferty odpowiadającej wymaganiu zamawiającego określone w odpowiedzi na pytanie nr 11. Zamawiający ocenił, że dane wynikające ze standardów mają zbyt ogólny charakter. Odwołujący się w proteście podnosił m.in. brak podania producenta stacji diagnostycznych a podczas rozprawy modyfikował zgłaszane żądania. W tym stanie rzeczy Izba, zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp związana zarzutami, a nie żądaniami protestu (*arg. a contrario* z powołanego przepisu, *vide* też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZ/961/08), postanowiła nakazać zamawiającemu modyfikację siwz przez podanie w treści odpowiedzi nr 11 danych dotyczących stacji diagnostycznych, niezbędnych do osiągnięcia wymaganej przez zamawiającego integracji, nie konkretyzując zakresu udostępnianych informacji. Skoro bezspornie (co potwierdzają oświadczenia stron złożone na rozprawie) istnieje kilka możliwych sposobów integracji oprogramowania, Izba uznała, że powyższe zadośćuczyni wymaganiom wynikającym z art. 29 ust. 1 Pzp, zabezpieczy prawa stron w postępowaniu oraz zgodne będzie z zasadami udzielania zamówień publicznych.

Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała zamawiającemu modyfikację siwz przez podanie w treści odpowiedzi nr 11 danych dotyczących stacji diagnostycznych, niezbędnych do osiągnięcia wymaganej przez zamawiającego integracji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości kwoty 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....



---

\* *niepotrzebne skreślić*