

Sygn. akt: KIO/UZP 1169/09

WYROK
z dnia 15 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 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 **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. A. Dobrskiej 1, 06-500 Mława** protestu z dnia 4 sierpnia 2009 r.

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 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego 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 sześćset złotych zero groszy) przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9,**

02-583 Warszawa na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. A. Dobrskiej 1, 06-500 Mława** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 3 038 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem 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**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Hispeed Dual dla SP ZOZ w Mławie - nr sprawy SP ZOZ ZP 22/2009, zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Dr A. Dobrskiej 1, 06-500 Mława zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 257172-2009 z dnia 28.07.2009 r. W tym dniu została także upubliczniona Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”.

W dniu 04.08.2009 r. (email) na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 i 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” firma: GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest na postanowienia SIWZ i ogłoszenia. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...), zaś w przypadku zawarcia umowy naruszenie art. 93 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust 1 pkt 5 i 6 Pzp, w szczególności poprzez wadliwy opis wykazu dokumentów wymaganych w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający naruszył zasady udzielania zamówień publicznych, a tym samym doznał uszczerbku interesu prawnego Protestującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Protestujący wnosił o modyfikację ogłoszenia (III.2) i SIWZ oraz przesunięcie terminu składania ofert, w zakresie dokumentów

niezbędnych do przeprowadzenia postępowania potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 poprzez:

1. wykreślenie z pkt. 4.4 słowa „lub”.

2. Wpisanie:

- 4.4 Certyfikat wystawiony przez producenta tomografu komputerowego potwierdzający przeszkolenie inżyniera Wykonawcy w zakresie serwisowania tomografów komputerowych Hispeed Dual
- 4.5 certyfikat producenta lampy rtg upoważniający inżyniera Wykonawcy do instalacji lampy w tomografie komputerowym posiadanym przez Zamawiającego - minimum jedna osoba, posiadająca taki certyfikat.
- 4.6 wykaz wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług - minimum jedna usługa w zakresie usług serwisowych tomografów komputerowych wraz z diagnostyką i naprawą zdalną w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie odpowiadającym swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu zamówienia, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie.

Protestujący wskazał, że zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp: *„W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: warunków udziału w postępowaniu (...)*” Zgodnie z art. 26 ust. 2 Pzp Zamawiający może żądać dokumentów potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu również jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zamawiający zarówno w ogłoszeniu (III.2) Warunki udziału), jak i w SIWZ w pkt 4 Wykaz oświadczeń i dokumentów (...) w pkt 4.4 wymaga w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia załączenia do oferty:

- certyfikat wystawiony przez producenta tomografu komputerowego potwierdzający przeszkolenia inżyniera Wykonawcy w zakresie serwisowania tomografów komputerowych lub certyfikat producenta lampy rtg upoważniający inżyniera Wykonawcy do instalacji lampy w tomografie komputerowym posiadanym przez Zamawiającego - minimum jedna osoba posiadająca taki certyfikat;

Protestujący uznał, iż lampa RTG jest tylko częścią składową tomografu komputerowego i nie można zgodzić się w tym miejscu z równoważnością wymaganych dokumentów, iż wystarczy mieć uprawnienia na wymianę jednej części, a tym samym można

serwisować i naprawiać całe urządzenie. Poza tym Protestujący zwrócił uwagę Zamawiającemu, iż przedmiotem zamówienia nie jest wymiana lampy RTG w tomografie komputerowym Hispeed Dual. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Hispeed Dual dla SP ZOZ w Mławie w zakresie: (...) wymienionym w pkt 1 SIWZ

1. Gwarancja sprawności działania lampy RTG
2. Diagnostyka zdalna urządzenia
3. Okresowe przeglądy techniczne urządzenia

Opis warunków udziału w postępowaniu następuje na podstawie art. 22 ust. 1 Pzp. Jednocześnie Zamawiający dokonuje opisu sposobu dokonywania oceny spełniania wskazanych warunków. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków polega na określeniu przez Zamawiającego przejrzystych kryteriów, jakimi będzie się kierował przy podejmowaniu decyzji dotyczących spełniania warunków określonych w SIWZ na podstawie art. 22 ust. 1 Pzp. Stawianie kryteriów podmiotowych ma służyć Zamawiającemu przede wszystkim w wyłonieniu podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu do minimum możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością. Za zasadne jest w tym miejscu posłużyć się jednym z wyroków KIO np. wyrok KIO z dnia 04.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 749/08: *„art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp wskazuje, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający niezbędną wiedzę, doświadczenie oraz potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia (...) Norma ta ma charakter blankietowy i podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do przedmiotu zamówienia, tzn. pozostawały z nim w związku na tyle ścisłym, by spełniający je wykonawca był w stanie wykonać przedmiot zamówienia z należytą starannością. Zabezpiecza to uzasadniony interes Zamawiającego”.*

W dniu 06.08.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 06.08.2009 r. faxem do postępowania protestacyjnego w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego przystąpiła firma: MVS Sp. z o. o., ul. Wyzwolenia 27, 43-190 Mikołów zwana dalej: „MVS Sp. z o. o.” albo „Przystępującym”. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu. Jednakże, z uwagi na niedochowanie terminu wynikającego z art. 181 ust.4 pkt 2 Pzp, Izba nie uznała przystąpienie za nieskuteczne i nie przedstawiła podniesionej argumentacji.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 06.08.2009 r. emailem oraz faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający zauważył, iż protest Protestującego wpłynął po terminie

przewidzianym w Pzp, gdyż Zamawiający zapoznał się z protestem w dniu 5.08.2009 r. Pzp precyzuje, iż na Wykonawcy ciąży obowiązek wniesienia protestu w taki sposób aby był on skuteczny tzn. Zamawiający miał sposobność zapoznania się z zarzutami i możliwość potwierdzenia Protestującemu odebranie niniejszego protestu (Wyrok Sądu Najwyższego z 29.01.2003r. sygn. akt: I CZ 192/02, OSNC 2004/4/64, jak i wyrok Sądu Rejonowego z dnia 10.10. 2005 r., sygn. akt: II Ca 809/05). Wykonawca nie zdążyłby przygotować protestu tak, aby Zamawiający mógł się z nim zapoznać można zawsze użyć innych metod komunikacji niż faks lub mail. Wykonawca mógł chociażby powiadomić telefonicznie o zamiarze złożenia protestu w godzinach wieczornych bądź innych niż godziny pracy Zamawiającego czego niestety Protestujący nie wykonał co może wskazywać na celowe praktyki Protestującego. Zamawiający jednakże aby nie ograniczać przyszłym Wykonawcom możliwości środków ochrony prawnej przyjął protest jako wniesiony w terminie i postanowił go rozpatrzyć. Podstawowymi trybami udzielania zamówienia zgodnie z art. 10 Pzp są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający zastosował tryb przetargowy zgodny z Pzp, gdyż na Zamawiającym spoczywa obowiązek wybrania takiego trybu przetargowego aby był on zasadny i nie budził podejrzeń. Zgodnie z art. 10 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w innym trybie, ale tylko w sytuacjach wymienionych w w/w ustawie. Nie można mówić o naruszeniu przepisów co do wyboru trybu przetargowego w sytuacji gdy Zamawiający wybrał tryb wymieniony w Pzp jako tryb podstawowy dla postępowań przetargowych. Protestujący zarzuca także, iż Zamawiający narusza Pzp poprzez żądanie certyfikatu wystawionego przez producenta tomografu komputerowego potwierdzający przeszkolenie inżyniera Wykonawcy w zakresie serwisowania tomografów komputerowych Hispeed Dual lub certyfikatu producenta lampy rtg upoważniającego inżyniera Wykonawcy do instalacji lampy w tomografie komputerowym posiadanym przez Zamawiającego - minimum jedna osoba, posiadająca taki certyfikat i wnosi o wykreślenie słowa „lub” co w konsekwencji doprowadzi do żądania dwóch dokumentów. Zamawiający nie może zgodzić się na takie rozwiązanie gdyż w sposób ewidentny naruszyłby Pzp w zakresie uczciwej konkurencji. Wykonawca ma świadomość, iż po spełnieniu w/w punktu Zamawiający ograniczyłby możliwość złożenia oferty innym Wykonawcom którzy także są w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Zamawiający może w świetle prawa tak sformułować przedmiot zamówienia aby ograniczyć ewentualne ryzyko złożenia oferty przez podmiot nieuprawniony bądź niezdolny do wykonania zamówienia jednakże nie w sposób taki jak proponuje Protestujący. W sytuacji przyjęcia protestu wymagania postawione w SIWZ spełniłby tylko jeden Wykonawca, tj. Protestujący. Zamawiający nie może zgodzić się na próbę narzucenia praktyki monopolistycznej przez Protestującego gdyż byłoby to naruszeniem Pzp, jak i np. samej przesłanki jaką jest organizowanie przetargów. Wykonawca żąda od Zamawiającego sformułowania zapisów

SIWZ w taki sposób aby tylko Protestujący mógł spełnić zapisy SIWZ, co tym bardziej dziwi i zastanawia nad zasadnością złożenia protestu w sytuacji gdy istnieją Wykonawcy którzy są w stanie wykonać przedmiot niniejszego postępowania, a jednocześnie spełnić wymagania postawione przez Zamawiającego. Dlatego Zamawiający określił warunki tak aby zabezpieczyć się na wypadek złożenia oferty przez podmioty nieuprawnione, a jednocześnie nie ograniczając uczciwej konkurencji.

W dniu 11.08.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Dodatkowo wnosząc o ewentualne unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Treść protestu wraz z załącznikami Odwołujący próbował przefaksować do Zamawiającego, co okazało się próbą nadaremną, gdyż faks nie był nastawiony na automat. W związku z powyższym działając na podstawie Rozdz. 8 SIWZ zgodnie z wyborem Zamawiającego Odwołujący przekazał treść protestu wraz z załącznikami na wskazany adres email. Z równoczesnym nadaniem dokumentów w placówce operatora pocztowego. Zamawiający określił w SIWZ godziny przesyłania dokumentów tj. 8.00 - 14.30. W dniu 06.08.2009 r. Odwołujący otrzymał email. Rozstrzygnięcie protestu o godz. 15.38. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż protest wpłynął po godzinach pracy, co z punktu prawa jest ważne (korespondencja emailowa), natomiast sam dokonuje czynności poza godzinami wskazanymi w SIWZ.

Odwołujący podkreślił, iż zachował ustawowy termin wynikający z art. 180 ust. 3 pkt 1 Pzp na wniesienie protestu, a także w powiązaniu z art. 61 § 1 i art. 111 § 1 KC. Zgodnie z linią orzecznictwa utrwaloną przez KIO termin na wniesienie protestu upływa o północy ostatniego dnia przewidzianego na jego wniesienie. Wskazaną zasadę potwierdza np. wyrok KIO z dnia 19.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 427/08, w którym skład orzekający opierając się na art. 111 § 1 KC w uzasadnieniu wydał, iż zgodnie z powyższym przepisem (tj. art. 111 § 1 KC) termin oznaczony w dniach kończy się o północy z upływem ostatniego dnia. Tak więc nie jest możliwe jego ograniczenie przez wskazanie godziny upływu terminu wcześniej niż 24.00. Również takie stanowisko podziela wyrok KIO z dnia 08.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 259/08, jak także wyrok KIO z dnia 27.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 838/08, w którym Izba posłużyła się wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 lutego 2004 r. w sprawie sygn. Akt C-327/00 Santex, w którym stwierdzono, iż ograniczenia czasowe do skorzystania ze środków zaskarżenia naruszają zasadę efektywności dyrektywy odwoławczej. Reprezentatywnie dla wskazanego stanowiska pozostaje orzeczenie SO w Warszawie z 21.09.2005 r., sygn. akt: V Ca 1768/05: okoliczność, czy Zamawiający faktycznie zapoznał się z treścią protestu, pozostaje bez wpływu na ocenę zachowania

terminu do jego wniesienia. Zamawiający nie może skutecznie skrócić tego terminu, poprzez wskazanie ograniczonych godzin pracy.

Odnosząc się dalej do Rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający:

1. w uzasadnieniu uznaje wniesienie protestu drogą emailową w dniu 04.08.2009 r. dokonując oddalenia protestu
2. w dalszej części rozstrzygnięcia (ustosunkowanie do poszczególnych zarzutów) pisze: „*ż protest wpłynął po terminie przewidzianym w ustawie pzp gdyż Zamawiający zapoznał się z protestem w dniu 05.08.2009 r.*” dodatkowo w piśmie z dnia 05.08.2009 r. w informacji o wpłynięciu protestu używa określenia: „*ż w dniu 05.08.2009 r. wpłynął do Zamawiającego oficjalny protest dot. SIWZ*”. Zastanawiające jest dla Odwołującego określenie oficjalny. W tym miejscu Odwołujący podkreśla, iż w dniu 04.08.2009 r. drogą emailową przesłał do Zamawiającego skan protestu, którego oryginał został przesłany pocztą. W związku z powyższym nie było pism oficjalnego i nieoficjalnego. Dodatkowo podnosimy, iż art. 180 ust. 2 Pzp stanowi (...) protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do Zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Nie ma tutaj zastrzeżenia, że w godzinach urzędowania jak również, że się zapoznał. Skoro Zamawiający dokonuje przesyłania rozstrzygnięcia protestu po godzinach urzędowania Odwołujący insynuuje, iż również Zamawiający mógł zapoznać się z treścią protestu. Dodatkowo należy podkreślić, iż skoro Zamawiający stoi na stanowisku, iż protest wpłynął po terminie to zgodnie z art. 180 ust. 7 Pzp podlega bezwzględnie odrzuceniu.
3. zarzuca, iż Odwołujący nie powiadomił Zamawiającego telefonicznie o fakcie złożenia protestu co zostało zakwalifikowane przez Zamawiającego do kategorii: „*celowych praktyk Protestującego*” jednakże nie wyjaśnienia o jakie praktyki Zamawiający posądza Odwołującego. Odwołujący zna przepisy prawa zamówień publicznych odnoszących się m.in. do terminów korzystania z środków ochrony prawnej i nie widzi prawnej możliwości informowania Zamawiającego o fakcie z korzystania bądź nie z możliwości złożenia protestu.
4. z przyczyn nieznanych - z pewnością nie dotyczących treści złożonego protestu, Zamawiający ustosunkowuje się do wyboru trybu: „*nie można mówić o naruszeniu przepisów co do wyboru trybu przetargowego w sytuacji gdy Zamawiający wybrał tryb wymieniony w pzp jako tryb podstawowy dla postępowań przetargowych*” Odwołujący podkreśla, iż nie było to zarzutem podniesionym w proteście;
5. zarzucił, iż Odwołujący poprzez swoje żądania chce przyczynić się do łamania zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący w żaden sposób nie ma na celu i nie uprawia takiej polityki, która wymuszałaby na Zamawiającym łamanie przepisów, tym bardziej, iż Odwołującemu zależy na podpisaniu ważnej umowy, a nie na wyłudzeniu w sposób nieuczciwy możliwości realizacji zamówień.

6. nie ustosunkował się do wszystkich żądań podniesionych w proteście tj. 4.6 wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług - minimum jedna usługa w zakresie usług serwisowych tomografów komputerowych wraz z diagnostyką i naprawą zdalną w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadającym swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu zamówienia, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie. Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (faxem).

W dniu 13.08.2009 r. Zamawiający przekazał firmie MVS Sp. z o. o. (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 14.09.2009 r. (email do Prezesa UZP) MVS Sp. z o. o. po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Z uwagi na nieskuteczne przystąpienie na etapie postępowania protestacyjnego, Izba uznała tym samym za nieskuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (art. 198 ust. 4 Pzp) i nie przedstawiła podniesionej argumentacji.

W dniu 28.08.2009 r. do Prezesa UZP wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w którym stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, winno natomiast zostać odrzucone. W treści odwołania bowiem wskazano jako podstawę działania w art. 184 ust. 1a pkt 2 Pzp, czyli odwołano się do opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Treść SIWZ sporządzona przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i zdecydowany oddziela wymogi określone w pkt 3 jako „*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków*” od określonego w pkt 4 „*Wykazu oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*” W istocie rzeczy Odwołujący kwestionuje zgodność z literą prawa postanowień zawartych w wykazie oświadczeń i dokumentów, nie natomiast opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ocena dokonywana przez Zamawiającego jest czynnikiem subiektywnym (ocennym). Z tego właśnie względu opis sposobu jej dokonania podlega kontroli Izby. Certyfikaty natomiast (których uwzględnienia w SIWZ domaga się Odwołujący) nie należą do kategorii związanych z oceną spełnienia warunków stawianych przez Wykonawcami. Ich istnienie warunkowane jest ogólnymi normami, na które Zamawiający nie ma żadnego wpływu. Odnosząc się do merytorycznych zarzutów stwierdził, iż są one bezzasadne.

Podczas procesu przygotowania SIWZ Zamawiający oparł się o dokumentację rozstrzygniętego postępowania którego przedmiot zamówienia był niemalże identyczny z potrzebami Zamawiającego - podkreślił iż na poczet tego postępowania wpłynęły dwie oferty, jedna z nich złożona przez Odwołującego. Podobnie Zamawiający zobowiązał wykonawców biorących udział w przetargu, do udokumentowania swoich kompetencji przez: *„Certyfikat wystawiony przez producenta tomografu komputerowego potwierdzający przeszkolenie inżyniera Wykonawcy w zakresie serwisowania tomografów komputerowych lub certyfikat producenta lampy rtg upoważniającego inżyniera Wykonawcy do instalacji lampy w tomografie komputerowym posiadanym przez Zamawiającego - minimum jedna osoba, posiadająca taki certyfikat. Zamawiający dopuszcza więcej osób z certyfikatem jednakże nie jest to niezbędne. Wymagane jest aby taki certyfikat posiadała minimum 1 osoba.”* Uznanie żądania Odwołującego, spowoduje, iż liczba potencjalnych wykonawców zostanie ograniczona wyłącznie do jednego podmiotu, co spowoduje złamanie zasady równouprawnienia stron (art. 7 Pzp). Warunek posiadania certyfikatu wydanego przez producenta tomografu komputerowego Hispeed Dual, tj. przedsiębiorstwo GE Healthcare w sposób oczywisty wyeliminuje z postępowania jakąkolwiek konkurencję. Stosowny certyfikat będzie mógł przedłożyć jedynie Odwołujący, jako podmiot będący przedstawicielem producenta na terytorium RP. Potwierdzenie faktu, iż tomograf jest produkowany przez podmiot bezpośrednio powiązany z Odwołującym stanowi załącznik nr 3 do niniejszego pisma. Natomiast zgodnie z informacją zawartą na stronie internetowej pod adresem <http://www.ge.com/pl/pl/ourBusiness/healthcare/index.html>, GE Healthcare rozpoczął działalność w 1997 r. jako przedstawicielstwo francuskiej firmy - matki. W 2002 r. firma zmieniła nazwę na GE Medical Systems Polska Spółka z o. o. Potwierdzeniem powyższego jest załączony do niniejszego pisma wydruk elektroniczny ze strony internetowej GE Healthcare. Żaden inny wykonawca, poza Odwołującym, nie jest w aktualnym stanie faktycznym zostać uznany za autoryzowany serwis firmy GE Healthcare. Przyczyna takiego stanu jest jednoznaczna - producent tomografu będącego przedmiotem zamówienia publicznego realizowanego w przedmiotowym postępowaniu, z racjonalnych względów jakimi kierują się podmioty prawa handlowego, musi być zainteresowany wyborem oferty jaką złoży Odwołujący. Oznacza to, że producent tomografu komputerowego nie ma interesu w wydawaniu jakichkolwiek certyfikatów umożliwiających firmom niezależnym serwisowanie ich produktów. Podkreślił, że poprzez konstrukcję wykazu dokumentów wymaganych w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w żaden sposób nie uniemożliwił Odwołującemu złożenia oferty. Potwierdzeniem tego faktu jest akceptacja przez Odwołującego kwestionowanych zapisów w postępowaniu o udzielenie zamówienia *„Świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Lite 16 dla SP ZOZ w Bochni Szpital Powiatowy”* znak sprawy DZ-271-31/2009 gdzie Odwołujący złożył

ofertę. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Tymczasem dopiero zmiana opisu SIWZ w zakresie, w jakim proponuje to Odwołujący się spowoduje, iż Zamawiający przeprowadzi postępowanie niezgodnie z wymogami prawa. Tymczasem zaostrenie wysokich wymogów stawianych przez Zamawiającego w SIWZ jest całkowicie nieuzasadnione. Główną częścią przedmiotu zamówienia jest gwarancja sprawności działania lampy rtg. Dokument potwierdzający zdolność serwisowania i instalacji lampy w tomografie komputerowym zamawiającego automatycznie oznacza, iż osoba taka jest w pełni zdolna serwisować tomograf. Zbyt daleko idące, nieuzasadnione obostrzenia postawią jednego z Wykonawców na pozycji monopolisty. Zamawiający przygotował wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób ściśle korespondujący z jego oczekiwaniami, co do przedmiotu zamówienia. Zaostrenie wymogów w celu ograniczenia liczby potencjalnych wykonawców do jednego podmiotu przekracza uprawnienia Zamawiającego. Ewidentne wskazanie na produkty oferowane przez Odwołującego stanowi poważne złamanie zasad uczciwej konkurencji. Faktyczne wykluczenie z przetargu ofert składanych przez pozostałych wykonawców oznacza, iż organizator przetargu, dokona wyboru jedynej oferty spełniającej wymagania postawione przed uczestnikami przetargu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami ogłoszenia i SIWZ, treścią oferty MVS Sp. z o. o., jak również po zapoznaniu się z protestem, jego rozstrzygnięciem, odwołaniem oraz odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, jak również dowodami przedłożonymi na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

W wypadku potwierdzenia się zarzutów rażącego naruszenia przepisów Pzp albo takiego naruszenia przepisu, które miało wpływ na wynik postępowania, nawet złożenie ważnej i najkorzystniejszej oferty przez Odwołującego nie powodowałoby *de facto* uzyskania zamówienia, gdyż przywołane naruszenia skutkowałyby nieważnością zawartej umowy w trybie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.

W odniesieniu do wniosku o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w zw. z art. 184 ust. 1a Pzp Izba uznała niniejszy wniosek za niezasadny. W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym zaistniała przesłanka wynikająca z przepisu art. 184 ust. 1a pkt 2 Pzp, co skutkowało skierowaniem odwołania do rozpoznania na rozprawę. Izba uznaje, że zaskarżony zapis ogłoszenia i SIWZ dotyczył *de facto* opisu czynności Zamawiającego w przypadku niezłożeniażądanego przez niego dokumentu, tj. certyfikatu. W tym zakresie Izba jako przesadzający wskazuje zapis pkt 3.2.1 SIWZ, który odnosił się do dokumentów i oświadczeń wyszczególnionych w pkt 4 SIWZ, czyli także certyfikatu z pkt 4.4. Ponadto, także tytuł pkt 4 SIWZ określający cel ich żądania, tj.: *„w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”*. Izba w niniejszej sprawie uznała również za adekwatne do stanu faktycznego postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.04.2009 r., sygn. akt: XIX Ga 207/09.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...), zaś w przypadku zawarcia umowy naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust 1 pkt 5 i 6 Pzp, w szczególności poprzez wadliwy opis wykazu dokumentów wymaganych w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba uznaje za niezasadne. Z uwagi na charakter niniejszych zarzutów Izba odniesie się do nich łącznie.

Odnosnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Po pierwsze Zamawiający w pkt 3 SIWZ: *„WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIENIA TYCH WARUNKÓW”* stwierdził, że: *„3.1 Zgodnie z art. 22 Ustawy Prawa zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia, określonego w niniejszej specyfikacji mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:*

3.1.1 - Posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeśli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień

3.1.2 - Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

3.1.3 - Znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

3.1.4 - Nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 Ustawy”.

Po drugie w pkt 4 SIWZ: „WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTDPOWANIU” określił, że Wykonawcy powinni załączyć następujące dokumenty i oświadczenia: „(...) 4.4 Certyfikat wystawiony przez producenta tomografu komputerowego potwierdzający przeszkolenie inżyniera Wykonawcy w zakresie serwisowania tomografów komputerowych lub certyfikat producenta lampy rtg upoważniającego inżyniera Wykonawcy do instalacji lampy w tomografie komputerowym posiadanym przez Zamawiającego - minimum jedna osoba, posiadająca taki certyfikat. Zamawiający dopuszcza więcej osób z certyfikatem jednakże nie jest to niezbędne. Wymagane jest aby taki certyfikat posiadała minimum 1 osoba”.

Powyższe zapisy SIWZ były identyczne z treścią ogłoszenia w Sekcji III.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznała, że żądania Odwołującego w konsekwencji prowadziłyby do zaostżenia wymogu postawionego przez Zamawiającego, albowiem uczestnicy przedmiotowego postępowania musieliby wykazać się nie jednym z dwóch certyfikatów z pkt 4.4 SIWZ, ale obligatoryjnie obydwoma. W rezultacie brzmienie pkt 4.4 nie narusza art. 7 Pzp, a ewentualne uznanie żądania Odwołującego takie naruszenie mogłoby spowodować. Dowód, tj. wygenerowany dokument przedstawiony przez Odwołującego na okoliczność, że Wykonawca MVS Sp. z o.o. odbył przeszkolenia w zakresie wykonywania usług serwisowych tomografu komputerowego potwierdza tylko i wyłącznie fakt dysponowania stosownymi umiejętnościami przez MVS Sp. z o.o., nie odnosi się natomiast do kwestii certyfikatów. Izba wskazuje także, że Odwołujący nie zaprzeczył, że po 2005 r. nie wydaje się certyfikatów wystawionych przez producenta tomografu komputerowego potwierdzających przeszkolenie inżyniera Wykonawcy w zakresie serwisowania tomografów komputerowych. Potwierdził także, że przed tą datą wydawanie takiego certyfikatu było fakultatywne.

Po drugie, bezsprzecznie kwestionowany wymóg w swej treści nie uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Niniejsze wynika m.in. z faktu, że w postępowaniu, w którym zapis SIWZ był analogiczny Odwołujący złożył ofertę, co potwierdził na rozprawie. W tym zakresie złożona przez Zamawiającego SIWZ na: „Świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Lite 16 dla SP ZOZ w Bochni Szpital Powiatowy” Izba uznała za dowód potwierdzający analogiczny charakter zapisów SIWZ.

Po trzecie, Izba podziela obawy Odwołującego odnośnie adekwatności wymogów postawionych przez Zamawiającego do przedmiotu zamówienia, w kontekście realizacji zamówienia w sposób należyty przez Wykonawcę mającego odpowiednie doświadczenie niezbędne do jego wykonywania. Jednakże w ocenie Izby, kwestionowane zapisy ogłoszenia i SIWZ nie stwarzały takiego niebezpieczeństwa. Należy także stwierdzić, że Zamawiający po to przygotowuje projekt umowy, aby odpowiednio zabezpieczyć wykonywanie przedmiotu umowy w sposób zgodny ze swoim najlepiej rozumianym interesem. Na nim także spoczywa odpowiednie egzekwowanie od Wykonawcy, z którym podpisał umowę zapisów w niej zawartych w tym także w zakresie odstąpienia od umowy w razie zaistnienia stosownych okoliczności. Zapisy § 6 ust. 1 i 2 projektu umowy, tj. prawo dochodzenia roszczeń na zasadach ogólnych oraz rekompensata w wysokości 2% ceny umowy stanowią element restrykcyjny, który w powiązaniu z § 1 i 2 projektu umowy dają odpowiednie podstawy do należytego wykonywania umowy. Izba wskazuje także, że każdy z uczestników postępowania musi liczyć się także z konsekwencjami wynikającymi z przepisu art. 24 ust.1 pkt 1 oraz art. 24 a Pzp. Izba wskazuje także, że w toku rozprawy bezspornie ustalono, że Wykonawca MVS Sp. z o.o., wybrany przez Zamawiającego, mimo nie dysponowania certyfikatem wystawionym przez producenta tomografu komputerowego, potwierdzającym przeszkolenie inżyniera Wykonawcy w zakresie serwisowania tomografów komputerowych, dysponuje umiejętnościami koniecznymi do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Po czwarte, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 26 ust. 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, Zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a zatem Zamawiający mógł, ale nie musiał żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli więc uznał, że wykaz wykonanych zamówień nie jest niezbędnym dokumentem do przeprowadzenia postępowania, Odwołujący nie może pozbawić Zamawiającego - organizatora postępowania o udzielnie zamówienia publicznego – prawa do takiego, a nie innego ocenienia swoich potrzeb w tym zakresie. Niniejsze jest także adekwatne do kwestii certyfikatu. Izba uznała także za wiarygodne w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, który wskazywał na przeważający charakter kosztu wymiany lampy RTG w przedmiotowym zamówieniu, rzędu 60% i rozłożenie w ramach usługi serwisowej kosztu ewentualnej wymiany na raty.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

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 **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....