

Sygn. akt: KIO 2174/14

WYROK
z dnia 6 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2014 r. przez wykonawcę TMS Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie

przy udziale wykonawcy "Philips Polska" Sp. z o. o. w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża TMS Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez TMS Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawę aparatu RTG do kardioangiografii cyfrowej wraz z pogwarancyjną usługą serwisową”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dzienniki Urzędowym WE w dniu 8 sierpnia 2014 r., nr 2014/S 151-271043.

W dniu 20 października 2014 r. TMS Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3; art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4; art. 26 ust. 1; art.89 ust. 1 pkt 1 i 2; art. 91 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, nieprawidłową ocenę ofert, i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentując zarzuty odwołania, Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, że nie został ani razu wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty, chociaż w związku z postanowieniami art. 25 i art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i postanowieniami punktu VI.A treści SIWZ, a zwłaszcza punktu VI.A.4.1 i 4.2. Zamawiający miał taki obowiązek. W konsekwencji Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego, po zapoznaniu się z informacją wykonawcy Philips Polska o rzekomych niezgodnościach treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Część zarzutów firmy Philips Zamawiający uznał za zasadne i na ich podstawie odrzucił ofertę Odwołującego. Odwołujący nie został poproszony o wyjaśnienie tych zarzutów, mimo iż firma Philips stara się o uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu. Jest to w ocenie Odwołującego dowód na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu.

Odnosząc się do podanych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, podnosił on, że stwierdzenie „Aparat w pomieszczeniu istniejącym” należy rozumieć jako: „cały system na powierzchni całej pracowni angiografii”, tzn. angiograf wraz z jego integralnymi składowymi (szafy systemowe, konsole, monitory z zawieszzeniami) oraz UPS.

W przekazanej przez Zamawiającego wersji podziału pomieszczeń, załączonej do SIWZ są istotne w ocenie Odwołującego - mankamenty:

1. Brak miejsca w maszynowni dla dużego UPSa.

2. Niczym nieuzasadniona powierzchnia sterowni 15,65m², której część należało zagospodarować na inne cele związane z pracownią angiografii.

Oświadczył, że jego rysunek „Koncepcja ustawienia aparatu” załączony do oferty rzeczywiście nie zawierał wymiarów pomieszczeń. Wykonał zabieg, polegający na równoległym przesunięciu dwóch ścian o moduł jednego okna, co nieznacznie zmienia in plus powierzchnię pokoju badań.

Załączył do odwołania swój rysunek z wymiarami. Wyjaśniał, że z porównania jego propozycji z rzutem sytuacyjnym pomieszczenia (ostateczna wersja załącznika nr 8 do SIWZ) wynika, że w wersji oryginalnej pokój badań miał wymiary 675cm x 460cm, a w jego wersji ta sama sala ma wymiary 684cm x 460cm - czyli jest dłuższa nawet o 9cm. Oznacza to w jego ocenie, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest bezzasadne, gdyż

- Pokój badań jest większy od podanego w DTR-ce wymaganego minimum;
- Nie zwiększono pomieszczenia technicznego kosztem pokoju badań tylko kosztem powierzchni sterowni;
- Podany w Uzasadnieniu wymiar pokoju badań 5,1m x 4,6m - jest błędny.

Stanowczo stwierdzał, że z treści SIWZ nie wynika, że propozycja usytuowania angiografu ma zachować istniejący układ ścian, drzwi, czy okien. Jego rozwiązanie technologiczne zainstalowania aparatu (wszystkie jego elementy składowe) nie wykracza poza powierzchnię istniejących pomieszczeń, tym samym zarzut Zamawiającego o niezgodności w tym punkcie treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ jest według Odwołującego nieuzasadniony.

Odnosnie drugiej podstawy faktycznej odrzucenia, Odwołujący wyjaśniał, że urządzenie przez niego oferowane gwarantuje umożliwienie przechowania wyników badań dla maksymalnej liczby pacjentów wynoszącej od 5000 do 10.000, co oznacza, że spełnia warunki Zamawiającego przedstawione w SIWZ (wskazywał, że liczba 100 000 jest prawdopodobnie pomyłką pisarską Zamawiającego). Oznacza to, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie umożliwia przechowywanie danych 1, 50, 100, 200, 300 czy 2500 pacjentów, gdyż taka jest zasada zapisu danych na dysku twardym urządzenia. Nie można zapisać danych pięcioletniego pacjenta, nie zapisawszy danych poprzednich czterech tysięcy dziewięciuset dziewięćdziesięciu dziewięciu pacjentów.

Dwie wartości liczbowe podane w ofercie Odwołującego wynikają z faktu, że na tę część bazy danych przeznaczona jest określona pojemność miejsca na dysku HDD urządzenia. Typowe badanie zajmuje różną wartość w przestrzeni dyskowej (np. 15 - 20 MB), stąd producent podaje górną wartość dla badań z mniejszą ilością danych.

Dodatkowo zauważał, że Zamawiający odrzuca ofertę, o ile „(...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, z zastrzeżeniem art. 87

ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Oznacza to, że odrzucenie oferty - biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie, jakie uczynił ustawodawca - nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych, niewpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów, czy wyjaśnienia powstałych na etapie oceniania ofert nieścisłości, jakie zawiera treść oferty. Dlatego Zamawiający mając na uwadze dobrą wolę Odwołującego był zwrócić się z prośbą o wyjaśnienie (które by niezwłocznie uzyskał).

Odnosnie trzeciej podstawy faktycznej odrzucenia oferty, Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że Zamawiający wymagał w w/w punkcie załącznika podania wartości filtra dodatkowego o odpowiedniku min 0,9 mm Cu. Urządzenie zaoferowane przez Odwołującego posiada filtry dodatkowe zabudowane w kolimatorze o wartościach 0,2 mm Cu, 0,3 mm Cu, 0,5 mm Cu oraz 0,9 mm Cu oraz dodatkowe filtry zewnętrzne o wartościach między innymi 13 mm Cu. W ofercie podał największą dostępną wartość, czyli 13 mm Cu, która spełnia wymóg Zamawiającego „dodatkowej filtracji promieniowania (np. filtry miedziowe, tantalowe) przy prześwietleniu i ekspozycjach zdjęciowych/scenach, min. odpowiednik 0, 9 mm Cu, podać wartość”. Na rozprawie całkowicie zmienił argumentację w tym zakresie, i przyznał, że podanie wartości 13 mm Cu było oczywistą omyłką – powinno być 1,3 mm Cu.

Ponadto Odwołujący podnosił argumenty przeciwko ofercie firmy Philips Polska Sp. z o.o. Podnosił, że zawiera ona nieprawdziwe dane i wady, nad którymi Zamawiający przeszedł do porządku dziennego. Dotyczyło to według Odwołującego następujących parametrów:

Parametr oceniany - punkt 1.14 Zał. Nr 7 Formularz Parametrów Wymaganych i Ocenianych, str. 12 oferty, gdzie Firma Philips wpisała „TAK”, nie podając, w którym miejscu znajduje się potwierdzenie parametru. Odwołujący stwierdzał, że Zamawiający zignorował ten fakt, nie wezwał firmy Philips do złożenia wyjaśnień, co było jego obowiązkiem, i przyznał ofercie 2 punkty. Żądanie wyjaśnień było w ocenie Odwołującego potrzebne ze względu na fakt, że podana informacja jest nieprawdziwa. Zaoferowany system stojący może pracować wyłącznie w pozycji za głową pacjenta, nie daje możliwości pracy z boku stołu, nie mówiąc już o pracy pod kątem większym niż 90 stopni. Na stronie 108 oferty, w ulotce Nr 1 zawierającej dane techniczne oferowanego aparatu, znajduje się wyłącznie informacja o zakresie rotacji ramienia L, będącego elementem systemu z zawieszeniem sufitowym. Nawet ten system, który może pracować z boku stołu, ma zakres opisywanej rotacji $\pm 90^\circ$, co oznacza, że nawet ten system nie spełniłby opisanego warunku.

Firma Philips Polska wpisała „TAK”, na potwierdzenie parametru podając stroną 5 Ulotki la (str. 137 oferty). W treści ulotki w miejscu oznaczonym 1.21 znajduje się informacja:

„Przetwarzanie obrazu (auto i manual pixelshift, landmarking, stopień widoczności roadmappingu narzędzi regulacja kontrastu, jasności wyostrażania krawędzi)“.

Podane informacje nie mają, w ocenie Odwołującego, żadnego związku z parametrem opisanym w tym punkcie.

Również w tym przypadku Zamawiający nie wezwał firmy Philips do złożenia wyjaśnień i przyznał ofercie 2 punkty.

W punktach IV. 11 i IV. 12 Zał. Nr 7 Formularz Parametrów Wymaganych i Ocenianych, str. 15 oferty, Firma Philips Polska wpisała „TAK”, na potwierdzenie parametru podając stroną 6 Ulotki Ia (str. 138 oferty).

W treści ulotki w miejscu oznaczonym IV.11, IV. 12 znajduje się informacja: „System pozwala rejestrację obrazu fluoroskopowego retrospektywnie, po zatrzymaniu fluoroskopii oraz nałożenie ruchomego obrazu pola skolimowanego na obraz zamrożony

Ten fragment ulotki dotyczy lampy rentgenowskiej, zarówno powyżej, jak i poniżej wspomnianej informacji tekst ulotki dotyczy właśnie lampy rtg. Podana informacja nie ma żadnego związku z funkcją lampy i wygląda na dopisaną do oryginalnych danych technicznych na potrzeby tego przetargu. Dodatkowo potwierdza to fakt użycia sformułowań przepisanych z tabeli, zapisanych w jednym zdaniu, mimo iż są to zupełnie różne funkcje.

Również w tym przypadku Zamawiający nie wezwał firmy Philips do złożenia wyjaśnień i przyznał ofercie po 2 punkty za każdą odpowiedź. W ocenie Odwołującego stanowi to o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust 1 w związku z art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i może stanowić podstawę wykluczenia Wykonawcy firmy Philips z niniejszego postępowania na podstawie zapisów art. 24 ust 1 punkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazywał także na rozwiązania technologiczne zainstalowania aparatu w pomieszczeniu istniejącym w ofercie Philips.

Zamawiający w punkcie VI A.4.2 wymagał przedstawienia rozwiązania technologicznego zainstalowania aparatu w pomieszczeniu istniejącym.

Wykonawca Philips Polska na stronie 96 swojej oferty zamieścił rzut rozwiązania, które zostało m. in. ocenione w „Uwagach odnośnie ofert do ewentualnego wykorzystania” autorstwa specjalisty do spraw inwestycji.

Pomimo takich wątpliwości Zamawiający ich nie wyjaśnił, podobnie, jak innych wątpliwości wynikających z tej notatki i ofertę Odwołującego odrzucił, a ofertę Wykonawcy firmy Philips uznał za najkorzystniejszą.

Jest to zdaniem Odwołującego przykład rażąco nierównego potraktowania Odwołującego w relacji do Wykonawcy-firmy Philips.

Niezależnie od wcześniejszych zarzutów, Odwołujący wskazywał także na niezgodność dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert z treścią SIWZ. Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, przyznał ilości punktów, wynikające z kryteriów ocen w sposób niezgodny z treścią punktu XII i XIII SIWZ. Nieprawidłowości według Odwołującego polegały na:

- przyznawaniu punktów w oparciu o ustalone kryteria „cena” i „ocena parametrów techniczno-użytkowych” z uwzględnieniem odrzuconej oferty Odwołującego, a należało pominąć tę ofertę w czynności wyłaniania najkorzystniejszej oferty (vide ocena punktowa oferty Philips w punkcie 11.4 Załącznika nr 7 do SIWZ, gdzie Zamawiający przyznał Wykonawcy Philips Polska 0,4 małego punkta, natomiast winien był przyznać 2 punkty, bądź 0 punktów);
- przyznawaniu punktów za funkcjonalności, których zaoferowany przez Wykonawcę Philips Polska aparat nie posiada, bądź nie zostały te funkcjonalności potwierdzone folderem/katalogiem zawierającym opis i specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wyrażonymi w zapisie punktu VI A. 4.1 SIWZ. Dotyczy to parametrów ocenianych punktu IV. 11 i 12 Załącznika nr 7 do SIWZ;
- obliczaniu przez Zamawiającego poszczególnych liczb punktów w oparciu ustalone w punkcie XIII SIWZ kryteria w sposób niezgodny z wzorami przedstawionymi w punkcie XIII. 3 SIWZ („Kryteria oceny ofert”), co dotyczyło:
 - ilorazu ceny oferty najniższej do ceny oferty badanej w kryterium „cena”, który to iloraz należało pomnożyć przez 80%, a nie przez 1,8;
 - ilorazu ilości punktów za parametry techniczno - użytkowe oferty badanej do ilości punktów za parametry techniczno - użytkowe oferty z najwyższą liczbą punktów, który to iloraz należało pomnożyć przez 20%, a nie przez 1,2 (vide streszczenie i porównanie ofert).

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty firmy TMS Sp. z o. o.,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
- 5) rozważenie możliwości wykluczenia wykonawcy Philips Polska na podstawie art. 24 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba z urzędu bada, czy Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, tj. czy ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Zasadniczo z odwołania powinno wynikać, czy po uwzględnieniu zarzutów odwołania Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Argumentacja odwołania powinna wskazywać, przynajmniej pośrednio, na spodziewaną przez składającego odwołanie sytuację, w której, jeżeli podniesione przez Odwołującego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, i jego oferta nie zostałaby odrzucona, a równocześnie zostałaby odrzucona oferta Przystępującego bądź ta oferta nie zostałaby odrzucona, ale niżej oceniona w rankingu ofert – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący złożył ofertę z ceną 2 725 005,00 zł, Przystępujący – z ceną 2 710 890,00 zł; cena nie była jedynym kryterium oceny ofert. Zamawiający nie ocenił oferty Odwołującego w kryterium pozacenowym, ani nie przeprowadził żadnej symulacji w tym zakresie (zgodnie z jego oświadczeniem na rozprawie), Odwołujący również nie powoływał się na żadne obliczenia, wskazujące na ilość punktów, jakie powinny przysługiwać mu w kryterium pozacenowym. Odwołujący kwestionuje punkty przyznane ofercie Przystępującego, ale nie wskazuje ostatecznej ilości punktów, jaka, jego zdaniem, powinna być przyznana ofercie konkurencyjnej (postuluje nawet przyznanie jej większej ilości punktów, za niektóre parametry, niż uczynił to Zamawiający). Co więcej, żądania Odwołującego odnośnie statusu Przystępującego w postępowaniu nie są skorelowane z zarzutami odnoszącymi się do nieprawidłowej oceny (przyznania punktów) oferty Przystępującego w kryterium pozacenowym – Odwołujący bowiem wnosi o „rozważenie możliwości wykluczenia wykonawcy Philips Polska na podstawie art. 24 Ustawy”. Wskazuje to na okoliczność, że Odwołujący nie tyle zmierza, za pomocą zarzutów odnoszących się do wadliwego punktowania parametrów, do obniżenia oceny oferty Przystępującego w kryterium pozacenowym (nie zgłasza żadnych żądań w tym zakresie), co w konsekwencji mogłoby prowadzić do obniżenia punktacji oferty konkurencyjnej w ostatecznym rankingu ofert (Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie

wskazuje, jak po przeliczeniu punktów, w klasyfikacji plasowałaby się jego oferta), ale zmierza raczej do wykluczenia Przystępującego z postępowania. Powstaje jednak pytanie, czy dość mało stanowczy postulat odwołania o „rozważenie możliwości wykluczenia” można w ogóle uznać za żądanie odwołania. Gdyby Zamawiający zdecydował się uwzględnić odwołanie, to trudno byłoby później oceniać, czy wykonał czynności zgodnie z żądaniem odwołania.

Mimo powyższych wątpliwości co do legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania, Izba zdecydowała się odnieść merytorycznie do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Biorąc pod uwagę ogólny charakter zarzutów, można założyć, że wynik ewentualnej powtórnej oceny i badania ofert przez Zamawiającego jest na tyle niepewny, że Odwołujący może hipotetycznie uzyskać zamówienie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Zarzuty odwołania można podzielić na trzy grupy: 1) odnoszące się do bezpodstawnego, zdaniem Odwołującego, odrzucenia jego oferty, 2) zarzuty odnośnie nieprawidłowego, według Odwołującego, przyznawania punktów w kryterium pozacenowym, 3) zarzuty dotyczące nierównego traktowania wykonawców, w tym zarzuty odnoszące się do wzięcia przez Zamawiającego uwag Przystępującego co do oferty Odwołującego i wadliwości oceny oferty Przystępującego (w odwołaniu zasadniczo nie wskazano, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ, i nie zgłaszano w związku z tym żadnych żądań).

A. Zarzuty odnoszące się do bezpodstawnego odrzucenia oferty Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w punkcie VI.A 4.2 SIWZ (kopia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy), w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom, żądał dokumentu zawierającego technologię zagospodarowania pomieszczeń z wszelkimi wytycznymi do projektowania, w celu zapewnienia jakości w działaniu oferowanego urządzenia. Do SIWZ załączono rzuty pomieszczeń. W odpowiedzi na pytanie 30, zadane do SIWZ, czy Zamawiający wykona wszystkie prace adaptacyjne, przygotowujące pomieszczenie do instalacji angiografu zgodnie z wytycznymi instalacyjnymi producenta dostarczanego sprzętu, Zamawiający wskazał, że należy przedstawić rozwiązania technologiczne zainstalowania aparatu w pomieszczeniu istniejącym. Odwołujący załączył do oferty rysunek, zmieniający układ przestrzenny pomieszczeń – co potwierdzał

w odwołaniu. Odwołujący podnosił jednak, że z treści SIWZ nie wynika, że propozycja usytuowania angiografu ma zachować istniejący układ ścian, drzwi, czy okien.

2. W pkt. VII.2 załącznika nr 7 do SIWZ (formularz parametrów wymaganych i ocenianych) Zamawiający wymagał „Bazy danych umożliwiającej przechowywanie wyników badań: danych demograficznych pacjentów wraz z zarejestrowanymi przynależnymi przebiegami EKG, ciśnień / innymi mierzonymi parametrami oraz z wyliczonymi wskaźnikami dla min. 100 pacjentów z rejestracją krzywych i protokołów”. Odwołujący zaoferował bazę dla ilości pacjentów oznaczonej w sposób następujący: $> 5000 < 100$.

3. Zamawiający w pkt. IV.8 załącznika nr 7 do SIWZ (formularz parametrów wymaganych i ocenianych) wymagał „dodatkowej filtracji promieniowania (np. filtry miedziowe, tantalowe) przy prześwietleniu i ekspozycjach zdjęciowych/scenach, min. odpowiednik 0,9 mm Cu, podać wartość”. Wykonawca w swojej ofercie zaoferował system z filtracją 13 mm Cu (str. 29 oferty), co dodatkowo potwierdził w folderze/katalogu na str. 39 oferty. W odwołaniu Odwołujący twierdził, że jest to właściwy parametr, bowiem większy niż wymagany minimalny, na rozprawie z kolei twierdził, że popełnił oczywistą omyłkę, i parametr powinien zostać podany jako „1,3”.

4. W dniu 10 października 2014 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, w związku z zaistnieniem następujących podstaw faktycznych:

- zmiana układu pomieszczeń pracowni hemodynamiki i angiografii w szkicu technologii zagospodarowania pomieszczeń,
- niespełnienie przez oferowane urządzenie wymogu posiadania bazy danych dla wyników badań co najmniej 100 pacjentów,
- niespełnienie przez oferowane urządzenie wymogu dodatkowej filtracji promieniowania.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego było prawidłowe. O ile można byłoby rozważać ewentualnie procedurę wyjaśniającą treść oferty odnośnie podania w ofercie przez Przystępującego ilości pacjentów obsługiwanych przez bazę danych oraz parametr „13 mm Cu” (choć odnośnie tego parametru stanowisko Odwołującego nie było konsekwentne), to odrzucenie oferty Odwołującego było uzasadnione faktem, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie dokumentu mającego obrazować technologię zagospodarowania pomieszczenia istniejącego, w którym zostanie zainstalowane urządzenie. W ocenie Izby z SIWZ nie wynikało, że można dowolnie zmieniać układ budowlany, przestawiać ściany, okna, zmieniać wymiary. Odpowiedź na pytanie 30 wskazuje, że należy przedstawić rozwiązania technologiczne zainstalowania aparatu w pomieszczeniu istniejącym. W kontekście postanowień SIWZ, treści zadanego pytania, i udzielonej odpowiedzi brak podstaw, aby

sądzić, że dopuszczalna jest ingerencja w istniejące pomieszczenie tak głęboka, że Zamawiający będzie wykonywał dodatkowe prace budowlane polegające na wyburzeniach/przesunięciach ścian, okien, itd., a nie wyłącznie prace instalacyjne. Odwołujący błędnie bezpodstawnie przyjął, że pojęcie „pomieszczenie istniejące” należy rozumieć przez „cały system na powierzchni całej pracowni angiografii”. Skoro Odwołujący dostrzegł „mankamenty” w rysunku załączonym do SIWZ, to powinien raczej zadać w tym zakresie pytanie do SIWZ, a nie samodzielnie, w składanej ofercie, dokonywać daleko idących ingerencji w pomieszczeniu istniejącym. W konsekwencji Izba uznała, że oferta Odwołującego została słusznie odrzucona, a zatem zarzut naruszenia art. 89 ust/ 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych został oddalony.

Odwołujący na pierwszej stronie odwołania wskazuje również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, czego jednak w żaden sposób nie uzasadniał. Izba zatem ten zarzut również oddaliła.

B. Zarzuty odnośnie nieprawidłowego przyznawania punktów w kryterium pozacenowym.

Odwołujący podnosił, że oferta Philips Polska Sp. z o.o. zawiera nieprawdziwe dane i wady, nad którymi Zamawiający przeszedł do porządku dziennego. Dotyczyło to według Odwołującego następujących parametrów:

Parametr oceniany - punkt 1.14 Zał. Nr 7 Formularz Parametrów Wymaganych i Ocenianych, str. 12 oferty, gdzie Firma Philips wpisała „TAK”, nie podając, w którym miejscu znajduje się potwierdzenie parametru. Odwołujący stwierdzał, że Zamawiający zignorował ten fakt, nie wezwał firmy Philips do złożenia wyjaśnień, co było jego obowiązkiem, i przyznał ofercie 2 punkty. Żądanie wyjaśnień było w ocenie Odwołującego potrzebne ze względu na fakt, że podana informacja jest nieprawdziwa. Zaoferowany system stojący może pracować wyłącznie w pozycji za głową pacjenta, nie daje możliwości pracy z boku stołu, nie mówiąc już o pracy pod kątem większym niż 90 stopni. Na stronie 108 oferty, w ulotce Nr 1 zawierającej dane techniczne oferowanego aparatu, znajduje się wyłącznie informacja o zakresie rotacji ramienia L, będącego elementem systemu z zawieszeniem sufitowym. Nawet ten system, który może pracować z boku stołu, ma zakres opisywanej rotacji $\pm 90^\circ$, co oznacza, że nawet ten system nie spełniłby opisanego warunku.

Firma Philips Polska wpisała „TAK”, na potwierdzenie parametru podając stroną 5 Ulotki Ia (str. 137 oferty). W treści ulotki w miejscu oznaczonym 1.21 znajduje się informacja: „Przetwarzanie obrazu (auto i manual pixelshift, landmarking, stopień widoczności roadmappingu narzędzi regulacja kontrastu, jasności wyostrażania krawędzi)”

Podane informacje nie mają, w ocenie Odwołującego, żadnego związku z parametrem opisanym w tym punkcie.

Również w tym przypadku Zamawiający nie wezwał firmy Philips do złożenia wyjaśnień i przyznał ofercie 2 punkty.

W punktach IV. 11 i IV. 12 Zał. Nr 7 Formularz Parametrów Wymaganych i Ocenianych, str. 15 oferty, Firma Philips Polska wpisała „TAK”, na potwierdzenie parametru podając stronę 6 Ulotki Ia (str. 138 oferty).

W treści ulotki w miejscu oznaczonym IV.11, IV. 12 znajduje się informacja: „System pozwala rejestrację obrazu fluoroskopowego retrospektywnie, po zatrzymaniu fluoroskopii oraz nałożenie ruchomego obrazu pola skolimowanego na obraz zamrożony.

Ten fragment ulotki dotyczy lampy rentgenowskiej, zarówno powyżej, jak i poniżej wspomnianej informacji tekst ulotki dotyczy właśnie lampy rtg. Podana informacja nie ma żadnego związku z funkcją lampy i wygląda na dopisaną do oryginalnych danych technicznych na potrzeby tego przetargu. Dodatkowo potwierdza to fakt użycia sformułowań przepisanych z tabeli, zapisanych w jednym zdaniu, mimo iż są to zupełnie różne funkcje.

Również w tym przypadku Zamawiający nie wezwał firmy Philips do złożenia wyjaśnień i przyznał ofercie po 2 punkty za każdą odpowiedź. W ocenie Odwołującego stanowi to o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust 1 w związku z art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i może stanowić podstawę wykluczenia Wykonawcy firmy Philips z niniejszego postępowania na podstawie zapisów art. 24 ust 1 punkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

W odniesieniu do tak sformułowanych zarzutów, Odwołujący wnosil o „rozważenie możliwości wykluczenia wykonawcy Philips Polska na podstawie art. 24 Prawa zamówień publicznych”. W ocenie Izby, nie doszło do naruszenia wskazywanego powyżej art. 26 ust 1 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ przepis art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych adresowany jest do Zamawiającego na etapie sporządzania wymogów ogłoszenia/SIWZ – opracowania zamkniętego katalogu dokumentów, które Zamawiający żąda w postępowaniu. Zarzut naruszenia art. 26 ust 1 w związku z art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest więc spóźniony, ponieważ termin na kwestionowanie dokumentów, jakich żąda Zamawiający w postępowaniu, biegł od dnia opublikowania ogłoszenia/SIWZ. Jeżeli chodzi o zarzut podania nieprawdziwych informacji, to za nieprawdziwe informacje uważa się informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy – jeżeli urządzenie nie posiada wybranych parametrów, to powinny być ocenione niżej, względnie – jeżeli były to parametry wymagane jako graniczne – oferta mogłaby być odrzucona, jako niezgodna z SIWZ. Odwołujący ani nie wskazywał, że oferta Przystępującego powinna być odrzucona, ani nie dokonywał wyliczenia, prowadzącego do umiejscowienia jej na określonej pozycji w rankingu ofert. Samo przyznanie bądź nie punktów w danym kryterium nie wpływa na sytuację podmiotu w postępowaniu, bowiem ma ono znaczenie tylko w kontekście pozostałych ofert, tzn. jakie

pozycje w rankingu ofert zajmują inni wykonawcy w postępowaniu. Należy zauważyć, że gdyby nawet uznać, że nie wszystkie parametry zostały przez Przystępującego potwierdzone zgodnie z wskazówkami SIWZ (wówczas nie powinny podlegać ocenie), i nawet gdyby (po ewentualnych wyjaśnieniach) ostatecznie dla niektórych parametrów Zamawiający nie przyznał punktów, to i tak odwołanie trzeba byłoby oddalić, ponieważ uwzględnienie zarzutów w tym zakresie nie miałyby wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych).

Odwołujący wskazywał także na niezgodność dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert z treścią SIWZ. Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, przyznał ilości punktów, wynikające z kryteriów ocen w sposób niezgodny z treścią punktu XII i XIII SIWZ. Nieprawidłowości według Odwołującego polegały na:

- przyznawaniu punktów w oparciu o ustalone kryteria „cena” i „ocena parametrów techniczno-użytkowych” z uwzględnieniem odrzuconej oferty Odwołującego, a należało pominąć tę ofertę w czynności wyłaniania najkorzystniejszej oferty (vide ocena punktowa oferty Philips w punkcie 11.4 Załącznika nr 7 do SIWZ, gdzie Zamawiający przyznał Wykonawcy Philips Polska 0,4 małego punkta, natomiast winien był przyznać 2 punkty, bądź 0 punktów);
- przyznawaniu punktów za funkcjonalności, których zaoferowany przez Wykonawcę Philips Polska aparat nie posiada, bądź nie zostały te funkcjonalności potwierdzone folderem/katalogiem zawierającym opis i specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wyrażonymi w zapisie punktu VI A. 4.1 SIWZ. Dotyczy to parametrów ocenianych punktu IV. 11 i 12 Załącznika nr 7 do SIWZ;
- obliczaniu przez Zamawiającego poszczególnych liczb punktów w oparciu ustalone w punkcie XIII SIWZ kryteria w sposób niezgodny z wzorami przedstawionymi w punkcie XIII. 3 SIWZ („Kryteria oceny ofert”), co miało dotyczyć:
 - ilorazu ceny oferty najniższej do ceny oferty badanej w kryterium „cena”, który to iloraz należało pomnożyć przez 80%, a nie przez 1,8;
 - ilorazu ilości punktów za parametry techniczno - użytkowe oferty badanej do ilości punktów za parametry techniczno - użytkowe oferty z najwyższą liczbą punktów, który to iloraz należało pomnożyć przez 20%, a nie przez 1,2 (vide streszczenie i porównanie ofert).

Odnosnie tej grupy zarzutów, Izba stwierdziła, że Odwołujący jednoznacznie wskazuje na „niezgodność dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert z treścią SIWZ”. A zatem kolejny raz Odwołujący nie powoływał się na ewentualną niezgodność treści oferty

Przystępującego z treścią SIWZ, tylko na wadliwą ocenę (przyznanie punktów) ofercie Przystępującego w kryterium pozacenowym. Niektóre z zastrzeżeń Odwołującego są niezrozumiałe – o ile jeszcze można uznać uwzględnienie w przyznawanej punktacji oferty Odwołującego, podczas gdy podczas oceny jego oferta była odrzucona za obiektywny błąd – to trudno zrozumieć, jaki powód upatruje Odwołujący w tak sformułowanym zarzucie. Skoro Odwołujący w drodze środków ochrony prawnej kwestionuje >>przyznawaniu punktów w oparciu o ustalone kryteria „cena” i „ocena parametrów techniczno-użytkowych” z uwzględnieniem odrzuconej oferty Odwołującego, a należało pominąć tę ofertę w czynności wyłaniania najkorzystniejszej oferty (vide ocena punktowa oferty Philips w punkcie 11.4 Załącznika nr 7 do SIWZ, gdzie Zamawiający przyznał Wykonawcy Philips Polska 0,4 małego punkta, natomiast winien był przyznać 2 punkty, bądź 0 punktów), to w zasadzie postuluje on wyłączenie własnej oferty spod punktacji, czego skutkiem może być przyznanie ofercie konkurencyjnej większej ilości punktów. Należy podkreślić, że środki ochrony prawnej wnosi się nie w abstrakcyjnym celu doprowadzenia czynności Zamawiającego do zgodności z prawem, ale w celu opisanym w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Tymczasem trudno się dopatrzeć szkody po stronie Odwołującego jeżeli Zamawiający błędnie uwzględnił jego ofertę w punktacji, chociaż była ofertą odrzuconą.

Aktualna również pozostaje argumentacja, że nawet gdyby, po weryfikacji obliczeń, okazało się, że ofercie Przystępującego przyznano zbyt dużo punktów, to nie wpłynęłoby to na jej pozycję w rankingu ofert. Zatem nawet gdyby potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, to należałoby go oddalić na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

C. Zarzuty dotyczące nierównego traktowania wykonawców.

1. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający, w trakcie czynności badania i oceny ofert, wziął pod uwagę informacje pochodzące od Przystępującego, z których wynikało, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Tak sformułowany zarzut nie spełnia wymogów, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych; Odwołujący w związku tak opisanym zarzutem nie formułował żadnych wniosków dotyczących swojego statusu w postępowaniu.

W ocenie Izby, działania Zamawiającego nie można uznać za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Nie ma obowiązku wyjaśniania z wykonawcą, którego uzyskana od podmiotu trzeciego (niezależnie od tego, czy podmiot ten złożył ofertę w postępowaniu, czy też nie) informacja dotyczy, podstaw odrzucenia oferty, skoro Zamawiający doszedł do wniosku, że oferta podlega odrzuceniu, a nie podlega

wyjaśnieniom. Niezależnie od powyższego należy też zauważyć, że Odwołujący nie podnosił naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

2. Zarzuty odnoszące się do wadliwości oceny oferty Przystępującego.

Odwołujący nie podnosił, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, ale wskazywał, że Zamawiający niejednako traktował dokumenty składane przez wykonawców w postępowaniu, ponieważ w dokumentacji postępowania znalazła się notatka zawierająca uwagi do rysunku, załączonego do oferty Przystępującego, przedstawiającego technologię zagospodarowania pomieszczenia istniejącego. W związku z tak postawionym zarzutem nie formułował żadnych żądań. Zamawiający wyjaśnił, że notatka z uwagami została sporządzona w trybie roboczym, i ostatecznie nie znalazła odzwierciedlenia w decyzji skutkującej odrzuceniem oferty. W ocenie Izby trudno upatrywać naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w okoliczności, że pracownik Zamawiającego sporządził notatkę odnoszącą się do oferty Przystępującego, a nie sporządził takiej notatki, w trybie roboczym, odnośnie oferty Odwołującego.

W konsekwencji Izba uznała zarzuty dotyczące nierównego traktowania wykonawców za nieuzasadnione.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do wskazywanych w odwołaniu naruszeń, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....