Sygn. akt: KIO 2275/18

WYROK
z dnia 19 listopada 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 listopada 2018 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 listopada 2018 roku** przez **Odwołującego - TIMKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza w Tarnowie SP ZOZ z siedzibą w Tarnowie**
przy udziale wykonawcy **Fujifilm Europe GmbH Dusseldorf; z siedzibą w Niemczech, działającego przez Oddział w Polsce Fujifilm Europe Sp. z o.o.**
z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazuje powtórzenie czynności badania**
   i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego z powodu niespełnienia wymagań granicznych aparatu określonych w punkcie 38 załącznika nr 3;
2. **w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za nieudowodnione;**
3. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza w Tarnowie SP ZOZ z siedzibą w Tarnowie,** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego TIMKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Zamawiającego Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Łukasza w Tarnowie SP ZOZ z siedzibą w Tarnowie** na rzecz **Odwołującego TIMKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Tarnowie.**

Przewodniczący:
……..

Sygn. akt KIO 2275/18

UZASADNIENIE

Dnia 5 listopada 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp" odwołanie złożył wykonawca **TIMKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, dalej jako „Odwołujący".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia przekraczającej równowartość kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Zakup*
i dostawa mammografu cyfrowego wraz z przebudową i dostosowaniem pomieszczeń budynku B w Szpitalu Wojewódzkim im. św. Łukasza SPZOZ w Tarnowie na potrzeby pracowni mammograficznej w ramach projektu: „Poprawa jakości i efektywności leczenia chorób nowotworowych w Szpitalu Wojewódzkim im. Św. Łukasza SP ZOZ w Tarnowie poprzez inwestycje w infrastrukturę Oddziału Onkologii Klinicznej z Pododdziałem Chemioterapii, Działu Diagnostyki Laboratoryjnej i Działu Diagnostyki Obrazowej oraz zakup mammografu cyfrowego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na fata 2014-2020: Oś Priorytetowa 12. Infrastruktura Społeczna, działanie 12.1. Infrastruktura Ochrony Zdrowia, z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego prowadzi ZAMAWIAJĄCY: **Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza w Tarnowie**
SP ZOZ z siedzibą w Tarnowie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 07.08.2018 r. nr 2018/S 150-343932.

Odwołanie wniesiono od czynności i zaniechań Zamawiającego skutkujących nieprawidłowym dokonaniem w dniu 26.10.2018 r. wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez **Fujifilm Europe GmbH, Dusseldorf; z siedzibą w Niemczech, działający przez Oddział w Polsce Fujifilm Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**(zwanej dalej „Fujifilm").

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:
1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, względnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w wyniku bezzasadnego i niezgodnego zaniechania odrzucenia oferty Fujifilm z postępowania, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ oraz pomimo, że istniały co najmniej uzasadnione wątpliwości, które nie zostały przez Zamawiającego wyjaśnione;
2. naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez poinformowanie o dokonaniu wyboru Fujifilm jako oferty najkorzystniej w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania
i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty - FujiFilm, jako oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności oceny ofert;
3. odrzucenie oferty Fujifilm oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaznaczył, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego

przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Uwzględnienie chociażby jednego z zarzutów będzie skutkować wyborem oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, Tym samym, naruszenie wskazanych przepisów ma istotny wpływ na wynik postępowania. Uchybienia dokonane przez Zamawiającego mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Informację o wyborze oferty Fujifilm, będącą podstawą zarzutów z odwołania, Zamawiający opublikował 26.10.2018 r. Odwołanie wniesiono z dochowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, względnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego zaniechania odrzucenia oferty Fujifilm z postępowania, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ oraz pomimo, że istniały co najmniej uzasadnione wątpliwości, które nie zostały przez Zamawiającego wyjaśnione.

Zgodnie z zapisami zawartymi w Załączniku nr 3 do SIWZ, CYFROWY APARAT MAMMOGRAFICZNY- op parametrów techniczno — użytkowych urządzenia punkt 38: „Zestaw do zdjęć powiększonych o współczynniku powiększenia min 1.5x", Zamawiający oczekiwał dostarczenia zestawu do zdjęć powiększonych, co najmniej o współczynniku 1.5x, a dodatkowo oceniał system, który oprócz zestawu 1.5x dostarczy zestaw 1.8x. Powyższe wymagania zgodnie z treścią SIWZ stanowią szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (parametry techniczno-użytkowe urządzenia). Zamawiający ustalił odpowiedni sposób przyznania punktacji „1.5x — O pkt; 1.5x i 1.8x — 10 pkt" — co ewidentnie świadczy
o wymogu dostarczenia zestawu 1.5x.

Fujifilm, w kolumnie „Parametr oferowany" wpisał „TAK, 1,8x", co również potwierdził na stronie 19 dołączonej do oferty dokumentacji technicznej aparatu FUJIFILM Amulet Innovality. Powyższe świadczy, że przedstawiona przez Fujifilm oferta nie spełnia wymogu postawionego w punkcie 38 Załącznika nr 3 do SIWZ.

Niewątpliwym dowodem na odmienność zaoferowanego parametru dla oferowanego zestawu do powiększeń 1.8x zamiast wymaganego w SIWZ 1.5x oraz dowodem na zasadność postawionego rozróżnienia powiększeń 1.5x i 1.8x są orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wydane w analogicznych jak niniejsza sprawach. W rozstrzyganych dotychczas sprawach firma Fujifilm niejednokrotnie i bezskutecznie próbowała udowodnić przed KIO, jakoby zestaw do powiększeń 1.8x był tożsamy z 1.5x, czy też spełniał wymóg dostarczenia zestawu do powiększeń o wartości 1.5x. Przykładem jest orzeczenie KIO
w sprawie o sygn. akt KIO 675/18, gdzie odwołującym było: FUJIFILM Europę GmbH
(Sp. z o.o.) Oddział w Polsce - Warszawa, a Zamawiającym Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu ul. H Kamieńskiego 73a 51-124 Wrocław. W powyższym wyroku Izba uznała, że *„Zamawiający wykazał, iż postawiony wymóg jest uzasadniony, gdyż służy to prowadzeniu lepszej i prawidłowej diagnostyki różnych stadiów chorobowych. Ponadto wykazywał, iż stosowanym w 80% powiększeniem jest powiększenie 1,5 x, które umożliwia objęcie zdjęciem większej powierzchni piersi i to od decyzji konkretnego lekarza zależy jakiego rodzaju powiększenie zastosowane zostanie w konkretnym przypadku."* Tożsame wnioski, wynikają również z orzeczenia KIO o sygn.. akt KIO 246/18, gdzie odwołującym było FUJIFILM Europę GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce — Warszawa,
a Zamawiającym Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej w Oleśnicy. Izba stwierdziła jednoznacznie, że: *„Skoro współczynnik 1,8 powoduje, że badana powierzchnia jest mniejsza niż w przypadku współczynnika 1,5, to również nie sposób się zgodzić, że jest to rozwiązanie korzystniejsze. Izba miała w tym przypadku również na uwadze, że przedmiotem postępowania jest dostawa mammografu służącego do badań przesiewowych w zakresie profilaktyki raka piersi, zatem logicznym jest, że większy współczynnik zdjęć będzie parametrem bardziej pożądanym przy diagnostyce pogłębionej."* Podobne wnioski należy wyciągnąć również z ostatniego orzeczenia w tego rodzaju sprawie - orzeczenie KIO 1958/18, gdzie odwołującym również było FUJIFILM Europę GmbH
(Sp. z o.o.) Oddział w Polsce - Warszawa, a Zamawiającym Centrum Onkologii-Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie Oddział w Gliwicach -Gliwice.

Powyższe ustalenia zarówno wynikające z treści SIWZ - w zakresie punktacji za parametr 1.5x - 0 pkt. oraz za 1.5x i 1.8x — 10 pkt jednoznacznie wskazuje, że niewątpliwie podstawowym i wymaganym parametrem było powiększenie 1.5x. Odmienne interpretacje zmierzające do pomniejszenia znaczenia parametru 1.5x dla powiększeń byłyby niezgodne
z SIWZ oraz przywołanymi wnioskami z wymienionych orzeczeń KIO.
W konsekwencji, FUJIFILM oferując jedynie powiększenie o wartości 1.8x nie spełniło wymogów Zamawiającego zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, które ustalono w treści Załącznika nr 3 do SIWZ. Z tego powodu oferta FUJIFILM winna podlegać odrzuceniu.

Ponadto, zgodnie z zapisami zawartymi w Załączniku nr 3 do SIWZ, CYFROWY APARAT MAMMOGRAFICZN opis parametrów techniczno — użytkowych urządzenia punkt 63: *„Rozdzielczość obrazów tomosyntezy taka sama dla wszystkich jej trybów w celu późniejszego jednoznacznego porównania obrazów w procesie diagnostyki (dotyczy mammografów z więcej niż jednym trybem tomosyntezy). Jeśli nie dotyczy wpisać „NIE DOTYCZY".*

Jako parametr wymagany firma Fujifilm potwierdziła parametr wpisując „TAK", jednakże nie potwierdziła tego parametru w załączonej do oferty specyfikacji technicznej aparatu FUJIFILM Amulet Innovality.

Firma Fujifilm w punkcie 57 Załącznika nr 3 do SIWZ potwierdziła dostarczenie systemu z dwoma trybami tomosyntezy ±7,5° i ±20° oraz w dokumentacji technicznej dołączonej do oferty na stronie nr 20. Aparat FUJIFILM Amulet Innovality posiada dwa tryby tomosyntezy:
- Tryb standardowy (ST - standard) - tryb o mniejszym kącie i standardowej rozdzielczość
- Tryb wysokiej rozdzielczości (HR — high resolution) - tryb o większym kącie i większej rozdzielczość;
co świadczy, że nie spełnia wymogu postawionego w punkcie 63 Załącznika nr 3 do SIWZ. Potencjalna możliwość obrony przez Fujifilm tego parametru, poprzez możliwość ustawienia serwisowego i zmiany trybu rozdzielczości w jednym z nich nie byłaby zgodna
z zaoferowanym przedmiotem wskazanym w ofercie. Fujifilm nie zaoferowało takiego rozwiązania w obecnym postępowaniu podając, że dostarcza system w trybach ST i HR (strona 20 oferty). Z broszury oferowanego przez Fujifilm mammografu w języku polskim, którą można pobrać ze strony internetowej:
https ://www.fujifilm.eu/pl/produkty/systemy-medyczne/mamografia-cyfrowa/p/amulet- innovality#funkcje opisane są dwa tryby tomosyntezy i wyraźnie napisane jest, że HR to tryb wysokiej rozdzielczości.

Wobec powyższego należy uznać, że oferta Fujifilm nie spełnia wymagań SIWZ, a zatem winna być odrzucona.

Należy zwrócić uwagę, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia (co ma, zdaniem Odwołującego, miejsce w przedmiotowej sytuacji), co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (wyrok KIO z dnia 05-05-2016, sygn. akt KIO 585/16).

Powyższe zaniechanie Zamawiającego, może być w świetle postanowień art. 87 ust. 1 ustawy Pzp również odbierane jako zaniechanie ustalenia właściwego znaczenia i zakresu treści złożonej przez Fujifilm oferty. Zgodnie bowiem z orzeczeniem KIO 2006/16 - wyrok KIO z dnia 03-11-2016 *„zamawiający, w celu ustalenia zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami opisanymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma wręcz obowiązek do ustalenia faktycznej treści oferty w oparciu o wszelkie dostępne mu informacje i źródła."* Takiego ustalenia w zakresie rozdzielczości obrazów tomosyntezy Zamawiający w przedmiotowej sprawie zaniechał.

W konsekwencji powyższych wywodów, również informacja o dokonaniu wyboru Fujifilm jako oferty najkorzystniej w postępowaniu, była nieprawidłowa i powinna być zmieniona. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił jak w petitum.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonym materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i uznanie jej za najkorzystniejszą, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego (który zajmuje kolejne miejsce w rankingu) możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Fujifilm Europe GmbH, Dusseldorf; z siedzibą w Niemczech, działający przez Oddział w Polsce Fujifilm Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości, wskazując, że zarzuty opisane przez Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w treści oferty Przystępującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. W zakresie argumentacji faktycznej i prawnej Zamawiający powtórzył stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku postępowania.

Izba ustaliła, że zgodnie z zapisami Rozdziału XIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ") wraz z ofertą należało złożyćwypełniony i podpisany przez osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy formularz oferowanych parametrów techniczno – użytkowych urządzenia stanowiący odpowiednio załącznik nr 3 do specyfikacji oraz materiały firmowe w języku polskim – np. katalogi techniczne, foldery, specyfikacje handlowe, ulotki w oryginale lub ksero kopii poświadczone za zgodność z oryginałem – dotyczy parametrów ocenianych (zgodnie z wyznaczonymi Kryteriami oceny ofert). Powyższe dokumenty składane były w celu potwierdzenia funkcjonalności/parametrów oferowanych urządzeń, a podlegających ocenie w kryterium „Jakość". Zamawiający zaznaczył, że złożenie w niewłaściwej formie lub nie złożenie powyższych dokumentów będzie skutkowało brakiem przyznania punktów w kryterium „Jakość". Wprowadzono także zapis, że materiały źródłowe potwierdzające wartość danego parametru stanowią integralną część oferty i w związku z tym nie podlegają uzupełnieniu.

W punkcie 38 Załącznika nr 3 do SIWZ Zamawiający wymagał, by oferowane urządzenie spełniało cechę;*„Zestaw do zdjęć powiększonych o współczynniku powiększenia min 1.5x",* przy czym Wykonawca miał określić wartość parametru i wpisać ją do tabeli oraz w przypadku parametrów ocenianych dołączyć dokumenty źródłowe potwierdzające tę wartość. Zamawiający określił następujący sposób przyznania punktów za dany parametr:

1,5x – 0 pkt.

1,5x i 1,8x- 10 pkt.

Z oferty Przystępującego wynika, że zaoferował on urządzenie o parametrze 1,8x, co potwierdza dołączona ulotka. Zdaniem Zamawiającego dopuścił on w postępowaniu możliwość zaoferowania mammografu posiadającego zestaw do wykonywania zdjęć z powiększeniem 1,5x, jak również z powiększeniem większym, czyli 1,8x oraz wersję podsiadającą możliwość wykonywania zdjęć w obu powiększeniach łącznie, co było punktowane ilością 10 punktów.

W zakresie zgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ w pkt 38 Załącznika nr 3 Izba nie podziela argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego i Przystępującego, tym samym uznaje zarzut odwołania za zasadny.

Izba, podobnie jak Odwołujący, uważa, że wprowadzony sposób punktowania spornego parametru wskazuje, że oferowany aparat musiał spełniać wymóg graniczny, jakim było posiadanie powiększenia o współczynniku 1,5x. Jeżeli Zamawiający przewidział przyznanie punktów za zaoferowanie aparatu o współczynnikach 1,5x i 1,8x łącznie, a za zaproponowanie aparatu jedynie o współczynniku powiększenia 1,5x nie przyznawał punktów, to oznacza, że proponowany aparat musiał posiadać możliwość powiększenia obrazu o współczynnik 1,5x jako minimalny wymóg. Użycie sformułowania „minimalny" należy rozumieć jako obowiązkowy, konieczny, nie zaś jako „co najmniej", „lub więcej". Przyjęcie odmiennej argumentacji całkowicie wypaczałoby zapisy SIWZ i czyniło je nielogicznymi. Gdyby, jak twierdzi Zamawiający, dopuścił on możliwość zaoferowania zestawu z powiększeniem 1,5x lub większe (czyli na przykład tylko 1,8x) i za takie nie przyznawał punktów, to punktowanie rozwiązania z dwoma trybami, gdzie podstawowym trybem jest konieczność zaoferowania powiększenia 1,5x nie znajduje żadnego uzasadnienia, ani z punktu medycznych wskazań, ani potrzeb Zamawiającego.

Nie można zgodzić się z tezą zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie, że taki sposób rozumienia wymogu wynika z

Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 listopada 2013 roku w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu programów zdrowotnych, które przewiduje, by w ramach realizacji pogłębionej diagnostyki mammograficznej aparaty posiadały możliwość wykonywania zdjęć z powiększeniem co najmniej 1,5x. Sformułowań „co najmniej" oraz „minimum" nie należy ze sobą utożsamiać i uważać za zamienne. Jeżeli Zamawiający napisałby w Załączniku nr 3, że aparat ma dawać możliwość powiększenia „co najmniej" 1,5x (jak stanowi Rozporządzenie), wówczas byłoby możliwe zaoferowanie aparatu o parametrze wyższym. Jeżeli natomiast sam Zamawiający określił, że aparat ma dawać możliwość powiększenia „minimum" 1,5x, to oferowane urządzenie takie minimum musi spełniać, natomiast jeśli posiada cechy dodatkowe niż minimalne, wykonawcy przyznane zostaną punkty w kryterium „jakość".
Bez znaczenia dla przedmiotu sporu pozostawały wszelkie dokumenty stanowiące zgromadzony materiał dowodowy, złożone przez Strony i Uczestników postępowania odwoławczego, odnoszące się do powyższej kwestii. Dokumenty te koncentrowały się na aspektach naukowych i medycznych związanych z bezpieczeństwem pacjenta w trakcie prowadzenia badań, podczas gdy istotą sporu jest wykładnia zapisów SIWZ stanowiących podstawę do złożenia oferty. Izba nie wzięła także pod uwagę wyciągów z ofert złożonych w innych postępowaniach, ponieważ dokumenty te w sposób niepełny prezentowały wymogi zamawiających i określony sposób przyznawania punktów. Poza tym, w każdym postępowaniu zamawiający ma możliwość tak ukształtować zapisy SIWZ, by w najlepszy sposób odpowiadały one jego uzasadnionym potrzebom.
Reasumując, Izba uznała zarzut odwołania, iż treść oferty Przystępującego w punkcie 38 Załącznika nr 3 do SIWZ nie odpowiada zapisom i wymogom SIWZ ustalonym przez Zamawiającego. Powyższe skutkować musiało nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazaniem powtórzenia procesu badania i oceny ofert, w ramach którego nastąpić powinno odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnośnie do wymagań określonych w punktach 57 i 63 Załącznika nr 3 Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, by zakres kątowy skanu tomosyntezy wynosił min. ±7.5° oraz max. ±25°. Wymagano, by rozdzielczość obrazów tomosyntezy była taka sama dla wszystkich jej trybów w celu późniejszego jednoznacznego porównania obrazów w procesie diagnostyki (dotyczy mammografów z więcej niż jednym trybem tomosyntezy). Były to parametry, za które nie przyznawano dodatkowych punktów. Przystępujący zaoferował aparat z dwoma trybami pracy ST i HR. Wymagania te potwierdzać miały dokumenty złożone na wezwanie Zamawiającego, ponieważ w postępowaniu przewidziano zastosowanie procedury odwróconej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie napisał, że rozdzielczość obrazów tomosyntezy jest taka sama dla obu trybów, ponieważ w trybie standardowym (ST) aparat może pracować w rozdzielczości 100x100 i 150x150, natomiast w trybie wysokiej rozdzielczości (HR) – 100x100 i 50x50. Rozdzielczość 100x100 jest zatem wspólna dla obu trybów.

Izba rozpoznając powyższy zarzut przychyla się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego.

Wraz z ofertą Przystępujący złożył oświadczenie, w którym potwierdził, że oferowany przez niego aparat posiada dwa tryby pracy. Złożono także dokumenty potwierdzające spełnianie wymogów dla zakresu kątowego skanu tomosyntezy. Na wezwanie Zamawiającego Przystępujący w procedurze odwróconej złożył materiały – ulotki opisujące sposób działania aparatu wraz z opisem pracy aparatu w dwóch trybach. W ulotce tej podano także rozmiar pikseli dla każdego z trybów. Nie ma wątpliwości, że w obu trybach możliwa jest praca urządzenia w rozdzielczości 100x100.
Skład orzekający Izby uważa, że opisany w SIWZ wymóg został przez oferowane urządzenie Przystępującego spełniony. Co ciekawe, wymóg ten potwierdza ulotka złożona przez samego Odwołującego na rozprawie. Zamawiający wymagał, by rozdzielczość obrazów tomosyntezy była taka sama dla wszystkich jej trybów. Taką samą, wspólną rozdzielczość oferowany przez Przystępującego aparat zapewnia, mianowicie jest to rozdzielczość 100x100 pikseli. Okoliczność tę potwierdził także złożony na rozprawie przez Przystępującego wyciąg z dokumentacji technicznej, który obrazuje w jaki sposób możliwe jest ustawienie urządzenia podczas wykonywania czynności medycznych, by wymóg porównywalności osiągnąć.
Wszelkie dywagacje Odwołującego o czasie skanowania czy innych parametrach lub braku ustawień urządzenia, powiązanych z zapewnieniem określonej rozdzielczości, podnoszone na rozprawie, stanowią nowe elementy, nie zaznaczone w odwołaniu i kwalifikować je należy jako nowe zarzuty, o których Izba na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać. Izba nie dopatrzyła się w żadnym zakresie zmiany treści oferty, do której, zdaniem Odwołującego, miałoby prowadzić złożenie dokumentów w procedurze odwróconej. Z oferty podstawowej wynikają dwa tryby pracy tomosyntezy, dokumenty przedstawione na wezwanie opisują w jaki sposób w każdym z tych trybów urządzenie pracuje, potwierdzając jednocześnie możliwość wykorzystania takiej samej rozdzielczości 100x100 w każdym trybie.
Podsumowując, Izba nie uznała zasadności powyższego zarzutu odwołania, co jednak nie miało wpływu na ostateczny wynik postępowania odwoławczego i uwzględnienie odwołania, ponieważ potwierdził drugi z zarzutów odwołania, co skutkować musiało jego uwzględnieniem.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 2 pkt 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego, koszty zastępstwa procesowego na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:

……