WYROK
z dnia 9 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz

Protokolant:Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 10 czerwca 2020 roku przez wykonawcę GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie

przy udziale wykonawcy FujiFilm Europe GmBH z siedzibą w Duesseldorfie, FujiFilm Europe GmBH (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1286/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Zakup sprzętów diagnostycznych dla SPZOZ w Łukowie* w zakresie pakietu nr 2 *Zakup cyfrowego aparatu mammograficznego wraz z oprzyrządowaniem i montażem* dokonanej w dniu 1 czerwca 2020 roku.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Zakup sprzętów diagnostycznych dla SPZOZ w Łukowie* w zakresie pakietu nr 2 *Zakup cyfrowego aparatu mammograficznego wraz z oprzyrządowaniem i montażem.*

   Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Zakup sprzętów diagnostycznych dla SPZOZ w Łukowie* w zakresie pakietu nr 2 *Zakup cyfrowego aparatu mammograficznego wraz z oprzyrządowaniem i montażem,* w tym, w odniesieniu do oferty wykonawcy FujiFilm Europe GmBH z siedzibą w Duesseldorfie, FujiFilm Europe GmBH (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, nakazuje Zamawiającemu obniżenie oceny punktowej w kryterium „parametry techniczne (jakość)" w ten sposób, że w ramach przyznanych punktów w pozycji 32 Załącznika nr 2b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przyzna 0 punktów.

   W pozostałym zakresie zarzut odwołania uznaje za niezasadny.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od Zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Łukowie na rzecz wykonawcy GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 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 Lublinie.

Przewodniczący:

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup sprzętów diagnostycznych dla SPZOZ w Łukowie: 1. Zakup 64rzędowego tomografu komputerowego wraz z oprzyrządowaniem i montażem, 2. Zakup cyfrowego aparatu mammograficznego wraz z oprzyrządowaniem i montażem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2020 roku pod numerem 2020/S 052-123037.

W dniu 10 czerwca 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na :

1) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez FujiFilm Europe GmBH z siedzibą w Duesseldorfie, FujiFilm Europe GmBH (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (zwanej w dalszej części niniejszego odwołania „FUJIFILM") jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 2;
2) dokonaniu wadliwej oceny oferty FUJIFILM, polegającej na przyznaniu temu wykonawcy błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „parametry techniczne (jakość)", a w konsekwencji błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, od czego zależał wybór oferty najkorzystniejszej, czego efektem jest dokonanie wadliwej oceny oferty Odwołującego, która powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu;
3) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niewłaściwą ocenę oferty FUJIFILM w świetle obowiązujących w Postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania firmie FUJIFILM błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „parametry techniczne (jakość)" w Pakiecie nr 2,
a w konsekwencji przyznanie firmie FUJIFILM błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty w Pakiecie nr 2, co miało wpływ na wynik Postępowania, gdyż to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu w Pakiecie nr 2, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
2) art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty FUJIFILM jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 2, dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert i obniżenie oceny punktowej przyznanej ofercie FUJIFILM w kryterium „parametry techniczne (jakość)" do 6 punktów (zamiast 9 punktów), a w konsekwencji obniżenie oceny oferty FUJIFILM na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 25.03 punktów (zamiast 28.03 punktów), nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Pakiecie nr 2 i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 2.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ uchybienia jakie wskazał na wstępie odwołania doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go

przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, zatem niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego Zamówienia we wniesieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:
Przedmiotem zamówienia jest zakup sprzętów diagnostycznych dla SPZOZ w Łukowie. Postępowanie zostało podzielone na części (pakiety), a odwołanie dotyczy Pakietu nr 2 tj. zakupu cyfrowego aparatu mammograficznego wraz z oprzyrządowaniem i montażem. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 2 zawiera Załącznik nr 2b do SIWZ stanowiący zestawienie parametrów techniczno-użytkowych mammografu cyfrowego. W przedmiotowym Pakiecie swoje oferty złożyło dwóch wykonawców tj. Odwołujący oraz FUJIFILM, którą to ofertę Zamawiający uzna następnie za najkorzystniejszą, a oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.
Odwołujący kwestionuje powyższe rozstrzygnięcie postępowania argumentując, że oferta FUJIFILM została wadliwie oceniona, czym Zamawiający naruszył m.in. przepisy art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Uzasadniając szczegółowo zarzuty odwołania, Odwołujący podniósł, że niezasadnie przyznano firmie FUJIFILM punkty za parametr oceniany, opisany w punkcie nr 32 Załącznika nr 2b do SIWZ, który brzmi:
Automatyczne przejście do kolejnej projekcji i jednoczesne automatyczne dopasowanie wysokości gantry do kolejnej projekcji (np. z I-CC do LMLO) po naciśnięciu jednego przycisku - TAK - 10 pkt NIE -0 pkt
Odwołujący podał, że FUJIFILM potwierdziła posiadanie ww. funkcjonalności co w ocenie Odwołującego nie odpowiada stanowi rzeczywistemu. Zaoferowany przez FUJIFILM mammograf nie posiada funkcjonalności opisanej w punkcie 32 Załącznika nr 2b. Mammograf Fuji Amulet Innovality po naciśnięciu jednego przycisku wykonuje wyłącznie ruch obrotowy ramienia przy przejściu do kolejnej projekcji. Nie wykonuje natomiast równocześnie ruchu pionowego (np. obniżenie pozycji ramienia) w celu dopasowania odpowiedniej wysokości położenia detektora. Oznacza to, że zaoferowany przez FUJIFILM mammograf nie wykonuje obu ruchów jednocześnie jak wymagane jest to ww. punkcie. Dopasowanie pozycji gantry do budowy anatomicznej pacjentki ma kluczowe znaczenie w poprawnym pozycjonowaniu piersi. Wymaga to każdorazowo dopasowania indywidualnego kąta i wysokości gantry niezależnie od konstrukcji (tj. rozwiązania o budowie izocentrycznej, rozwiązania bez izocentryczności czy inne rozwiązania dostępne na rynku).
W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, oferta FUJIFILM powinna dostać 0 punktów cząstkowych zamiast 10 przyznanych przez Zamawiającego za parametr oceniany w punkcie 32 Załącznika nr 2b do SIWZ. Zamawiający powinien zatem obniżyć ocenę punktową oferty FUJIFILM w kryterium „jakość" do 6 punktów (zamiast przyznanych 9 punktów), a w konsekwencji obniżyć ocenę oferty FUJIFILM na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 25,03 punktów (zamiast przyznanych 28,03 punktów).
Firmie FUJIFILM pierwotnie przyznano łączną liczbę 28,03 punktów co obrazuje poniższe:

- -Minimum 3 różne tryby pełnej automatyki AEC (wpływające na wybór kV, mAs - na podstawie gęstości radiologicznej tkanki, nie na podstawie pomiaru grubości kompresji) - 5 pkt, (Odwołujący - 5 pkt),
- -Automatyczne przejście do kolejnej projekcji i jednoczesne automatyczne dopasowanie wysokości gantry do kolejnej projekcji (np. z LCC do LMLO) po naciśnięciu jednego przycisku - 10 pkt - to odwołujący wskazał, że FUJIFILM powinno dostać 0 pkt (Odwołujący - 10 pkt),
- -Rozmiar piksela - 10 pkt (Odwołujący - 5 pkt),
- -Brak konieczności kalibracji detektora codziennie (lub z innym interwałem) w celu zachowania jakości obrazu — stabilna praca detektora. Detektor kalibrowany automatycznie przy uruchamianiu aparatu i przez serwis podczas przeglądów technicznych lub w przypadku usterek - 5 pkt, (Odwołujący - 5 pkt).

Cena = najtańsza/badanej * MP*60%, Gwarancja = pkt * 10%, Technika = pkt * 30%
GE - cena 659 579,70 (18,00), gwarancja 0 (0,00), technika 25 (7,50) = 25,50 pkt FUJIFILM - cena 740 851,80 (16,03), gwarancja 30 (3,00), technika 30 (9,00) = 28,03 pkt

Zamawiający przyjął następujący wzór do wyliczenia kryterium „parametry techniczne (jakość)": G suma punktów przyznanych (z oferty badanej) x 30%.
FUJIFILM w świetle konieczności obniżenia punktacji powinien dostać 20 punktów cząstkowych, zamiast przyznanych 30 punktów cząstkowych za kryterium parametry techniczne. W konsekwencji liczba punktów w tym kryterium dla oferty

FUJIFILM powinna wynieść: 20 pkt x 30 % 6 punktów w kryterium parametry techniczne.

Z powyższego wynika, że Zamawiający przyznał, aż o 3 punkty za dużo ofercie FUJIFILM w łącznej liczbie punktów. Zamawiający powinien obniżyć ocenę oferty FUJIFILM na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 25,03 punktów (zamiast 28,03 punktów).
Powyższe uchybienia miały wpływ na wynik Postępowania, gdyż to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, a tym samym narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący uzyskał łącznie 25,50 punktów za wszystkie kryteria oceny ofert (na 40 możliwych do uzyskania), natomiast oferta FUJIFILM powinna otrzymać 25,03 punkty (na 40 możliwych do uzyskania), co w konsekwencji powoduje, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w przedmiotowym Postępowaniu w Pakiecie nr 2. Tak niesprawiedliwa ocena punktowa godzi również w naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, gdzie Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem mówić o równym traktowaniu wykonawców, w sytuacji gdy jednemu wykonawcy są niezasadne przyznawane punkty za parametr, którego wyraźnie nie spełnia (FUJIFILM w parametrze nr 32 Załącznika
nr 2b do SIWZ), przy jednoczesnym przyznaniu punktów za ten parametr innym wykonawcom, którzy go spełniają (Odwołujący w parametrze nr 32 Załącznika nr 2b do SIWZ).
Mając na uwadze zaistniały stan faktyczny niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 czerwca 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy- Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W odniesieniu do stanowiska FujiFilm Europe GmBH z siedzibą w Duesseldorfie, FujiFilm Europe GmBH (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (zwanej w dalszej części niniejszego odwołania „FUJIFILM") przedstawionego w piśmie procesowym z dnia 2 lipca 2020 roku, a dotyczącego braku interesu we wniesieniu dowołania przez Odwołującego Izba stanowisko to uznała za niezasadne.
Wymaga wskazania w tym miejscu, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed, w szczególności, nieuzasadnionymi i niezgodnymi z ustawą czynnościami Zamawiającego, zaniechaniami czynności do których
Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z ustawą oraz w granicach regulacji wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), jak również pozbawieniem wykonawcy udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czy też uzyskania takiego zamówienia. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu.

Podniesienie przez uczestnika postępowania odwoławczego, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania wskazuje na brak zrozumienia po jego stronie mechanizmów ustawy Prawo zamówień publicznych. Uczestnik postępowania odwoławczego wskazując, że dokonanie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu nie doprowadzi do zmiany wyniku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego z uwagi na to, że w ocenie uczestnika postępowania odwoławczego (przedstawionej szeroko w piśmie) oferta Odwołującego uzyskała zawyżoną liczbę punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym jakości.

Izba stwierdza, że ocenie w zakresie postępowania odwoławczego podlegają czynności i zaniechania Zamawiającego podniesione przez Odwołującego w zarzutach odwołania, bowiem zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Jednocześnie należy wskazać, że Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Zakup sprzętów diagnostycznych dla SPZOZ w Łukowiew* zakresie pakietu nr 2 *Zakup cyfrowego aparatu mammograficznego wraz z oprzyrządowaniem i montażem* i pismem z dnia 1 czerwca 2020 roku poinformował wykonawców o przyznanych wykonawcom punktach w postępowaniu. Tym samym argumentacja Odwołującego nie jest w żadnej mierze powiązana z dokonanymi czynnościami Zamawiającego. Izba podkreśla, że ocenie w postępowaniu odwoławczym podlegają czynności i zaniechania Zamawiającego, którym dał on wyraz w podjętych działaniach. Izba dokonuje oceny poprawności dokonanych przez Zamawiającego czynności w zakresie podnoszonych przez Odwołującego zarzutów - Izba nie dokonuje oceny „za Zamawiającego".
Ocena interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania w przedmiotowej sprawie dokonywana jest, i tak musi być dokonana, w kontekście podjętych przez Zamawiającego czynności (zaniechań), które podlegają ocenie w postepowaniu odwoławczym, a które zostały przez Zamawiającego podane do wiadomości wykonawców.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*
Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania

0udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert

1wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku*w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postepowania odwoławczego - wykonawcy FujiFilm Europe GmBH z siedzibą w Duesseldorfie, FujiFilm Europe GmBH (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (dalej: FUIJFILM lub uczestnik postępowania odwoławczego) zawarte w piśmie procesowym z dnia 2 lipca 2020 roku *Stanowisko wstępne w zakresie braku interesu odwołującego.*

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 6 lipca 2020 roku złożone do akt sprawy na posiedzeniu z udziałem stron. Izba dopuściła dowody z dokumentów przedstawionych przy ww. piśmie tj. artykuł „Pozycjonowanie w mammografii" autor: Elżbieta Łuczyńska (załącznik nr 1 do pisma) oraz wyciąg z instrukcji obsługi urządzenia Amulet Innovality w zakresie objętym tłumaczeniem złożonym wraz z wersją w języku angielskim (załącznik nr 2 do pisma).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego:

- *dowód nr 1 - wyciąg (strony od 499-508) z Obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2015 rokuw sprawie ogłoszenia wykazu wzorcowych procedur radiologicznych z zakresu radiologii - diagnostyki obrazowej i radiologii zabiegowej,*
- dowód nr 2 - zdjęcia (klatki z filmu) oraz 3 rysunki techniczne stanowiące opracowanie własne.

Izba nie dopuściła dowodu z filmu wnioskowanego przez uczestnika postepowania odwoławczego w trakcie rozprawy z uwagi na to, że dowód ten zgodnie z oświadczeniem uczestnika postępowania odwoławczego zawiera te same treści co dowód nr 2.

VI.

Izba ustaliła:

Izba ustaliła, że odwołanie złożone wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu *0udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Zakup sprzętów diagnostycznych dla SPZOZ w Łukowiezłożone zostało w zakresie pakietu nr 2 Zakup cyfrowego aparatu mammograficznego wraz z oprzyrządowaniem i montażem.*

W Załączniku nr 2b do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Opis przedmiotu zamówienia „Cyfrowy aparat mammograficzny wraz z oprzyrządowaniem

1montażem" zawierającym zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego *Zestawienie parametrów techniczno - użytkowych mammografu cyfrowego* Zamawiający wskazał w wierszu 32 w kolumnie *Parametry:*
Automatyczne przejście do kolejnej projekcji i jednoczesne automatyczne dopasowanie wysokości gantry do kolejnej projekcji (np. z LCC do LMLO) po naciśnięciu jednego przycisku.
W kolumnie *Parametr graniczny* Zamawiający podał: *TAK/NIE.*
W kolumnie Punktacja Zamawiający podał: TAK - 10 pkt, NIE - 0 pkt.
W kolumnie *Parametr oferowany* wykonawca obowiązany był do wypełnienia kolumny.
(•••)
Uwaga:

Zaoferowane powyżej parametry wymagane muszą być potwierdzone w dołączonych do oferty materiałach producenta (w języku polskim). Dla pojedynczych parametrów, nieujętych w materiałach producenta, Zamawiający dopuszcza oświadczenie producenta. Zamawiający zastrzega sobie również możliwość zwrócenia się do Wykonawców, w celu potwierdzenia oferowanych funkcjonalności, o prezentację oferowanego serwera aplikacyjnego wraz z konsolą lekarską w siedzibie Zamawiającego lub innej placówce stosującej tą konsolę lekarską.

Oferty które nie spełniają wymagań Zamawiającego zostaną odrzucone jako niezgodne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Rozdziale XVI z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania udzielone przez Zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2020 roku Zamawiający wskazał:

Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:
-Cena -„C" waga 60% (...)
-parametry techniczne (jakość) - „J" waga 30% sposób oceny: ocena na podstawie parametrów przyjętych do oceny jakości określonych w załączniku nr 2. Punkty zostaną przyznane zgodnie z zasadą określoną w załączniku nr 2 do SIWZ (...)
-długość okresu gwarancji - „G", waga 10% (...).

(...)

W zakresie każdego kryterium, oferta może uzyskać maksymalną ilość punktów

(...)

Pakiet nr 2 - 30 pkt

Brak potwierdzenia w folderach parametrów ocenianych spowoduje przyznanie 0 pkt.

Zamawiający, pismem z dnia 26 maja 2020 roku na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy zwrócił się do uczestnika postępowania odwoławczego z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. W szczególności prosimy o wyjaśnienie czy oferowany mammograf posiada funkcjonalność opisaną w pkt 32 Załącznik nr 2b do SIWZ tj: Automatyczne przejście do kolejnej projekcji i jednoczesne automatyczne dopasowanie wysokości gantry do kolejnej projekcji (np. z LCC do LMLO) po naciśnięciu jednego przycisku.
Z załączonego folderu na stronie nr 2 wynika, iż „obrót ramienia do zaprogramowanych projekcji kątowych po naciśnięciu jednego przycisku". Załączone do oferty oświadczenie potwierdza spełnianie przez wykonawcę wszystkich wymaganych przez Zamawiającego parametrów. Mimo powyższego, w związku ze złożoną notatką prosimy o potwierdzenie, iż oferowany mammograf spełnia pkt 32 Załącznik nr 2b do SIWZ.

Wykonawca udzielił wyjaśnień za pismem z dnia 28 maja 2020 roku wskazując, że potwierdzamy, że zaoferowane urządzenie spełnia wymaganie określone w pkt 32 Załącznika 2b do SIWZ, tj.: "Automatyczne przejście do kolejnej projekcji i jednoczesne automatyczne dopasowanie wysokości gantry do kolejnej projekcji (np. z I-CC do LMLO) po naciśnięciu jednego przycisku". Funkcjonalność ta została potwierdzona dwiema informacjami zawartymi w złożonym

folderze mammografu Amulet Innovality. Na stronie nr 2 folderu znajdują się następujące informacje: "Automatyczny obrót ramienia do zaprogramowanych projekcji kątowych po naciśnięciu jednego przycisku" oraz: "Głowica o izocentrycznym ruchu obrotowym". Przejście gantry do kolejnej projekcji (np. z LCC do LMLO) odbywa się po naciśnięciu jednego przycisku. Ruch ten w naszym systemie odbywa się izocentrycznie, co oznacza, że kąt położenia gantry zmienia się określonej stałej wartości, zarówno wysokości lampy i detektora jak i ich kąt dopasowuje się do kolejnej projekcji, przy czym wysokość gantry wynika z samego ruchu obrotowego głowicy. Nie jest konieczna żadna dodatkowa zmiana ustawienia głowicy aparatu, wykonywana przez technika, aby dopasować jej pozycję do kolejnego badania, ze względu na właściwe zlokalizowanie środka obrotu (izocentryczność). Podsumowując, naciśnięcie jednego przycisku powoduje zmianę położenia głowicy aparatu oraz automatyczne ustawienie jej do kolejnej projekcji. Należy wskazać, iż w innych niż Amulet Innovality systemach, które nie posiadają ruchu izocentrycznego (oś obrotu głowicy jest inna niż związana z pozycją badanej piersi), potrzebny jest dodatkowy ruch pionowy który musi spowodować zmianę wysokości gantry aby jego położenie było odpowiednie do kolejnej projekcji W tych urządzeniach sam ruch obrotowy nie spowoduje prawidłowego ustawienia aparatu do projekcji skośnej.

FUJIFILM - uczestnik postępowania odwoławczego zaoferował urządzenie *Amulet Innovality /FUJIFILM Corporation* w wierszu 32 podał: TAK.

Vii

W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niewłaściwą ocenę oferty FUJIFILM w świetle obowiązujących w Postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania firmie FUJIFILM błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „parametry techniczne (jakość)" w Pakiecie nr 2, a w konsekwencji przyznanie firmie FUJIFILM błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty w Pakiecie nr 2, co miało wpływ na wynik Postępowania, gdyż to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu w Pakiecie nr 2, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - Izba uznała zarzut za zasadny.

W rozpoznawanej sprawie, w ocenie Izby, osią sporu jest rozumienie określonego przez Zamawiającego w pkt 32 Załącznika nr 2b do SIWZ wymagania jakie podał w opisie parametrów i poddał ocenie w kryteriach Zamawiający, jednocześnie nie określając go jako parametru niezbędnego dla aparatu mammograficznego w celu dopuszczenia aparatu do zaoferowania Zamawiającemu. Wymaga w ocenie Izby również wskazania, że ani Zamawiający ani uczestnik postępowania odwoławczego nie odnieśli się w swojej argumentacji w zasadzie do wskazanego w wierszu 32 wymagania, natomiast dokonywali argumentacji odnoszącej się do charakterystyki technicznej aparatów opartej na izocentrycznym lub nieizocentrycznym ruchu i tym tłumacząc zasadność dokonanej oceny punktowej - przyznane 10 pkt - oferty uczestnika postępowania odwoławczego w wierszu 32.

Zgodnie z wierszem 32 ww. załącznika Zamawiający wymagał: *Automatyczne przejście do kolejnej projekcji i jednoczesne automatyczne dopasowanie wysokości gantry do kolejnej projekcji (np. z LCC do LMLO) po naciśnięciu jednego przycisku.* W określeniu tego parametru, który podlegał ocenie w kryterium oceny ofert, w przypadku jego spełnienia, Zamawiający posłużył się koniunkcją („i"), co oznacza, że punkty za spełnienie tego parametru wykonawca otrzyma, gdy aparat będzie po naciśnięciu jednego przycisku automatycznie przechodził do kolejnej projekcji i jednocześnie dopasowywał wysokość gantry do kolejnej projekcji. Tym samym, aby możliwym było przyznanie punktów za określony przez Zamawiającego parametr techniczny oba elementy techniczne wskazane przez Zmawiającego muszą zostać spełnione.

Izba dostrzegła w argumentacji Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego odniesienie do „funkcjonalności" jakie spełnił oferowany przez FUJIFILM aparat mammograficzny. Izba jednoznacznie w tym miejscu wskazuje, że ocenie Izby podlega czynność (zaniechanie) Zamawiającego dokonana z uwzględnieniem wymagań opisanych w SIWZ i z zachowaniem regulacji obowiązującego prawa, i tylko jedynie w tym zakresie. Izba nie ocenia elementów wykraczających poza procedurę o udzielenie zamówienia publicznego i zarzuty jakie zostały podniesione. Zamawiający, co wynika z akt sprawy postępowania odwoławczego, jednoznacznie wskazał parametry techniczne

(jakość) jakie podlegają ocenie Zamawiającego w kryteriach oceny ofert. Zgodnie z obowiązującym art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Zamawiający ocenia w kryteriach pozacenowych jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne. Z rozpoznawanej sprawie Zamawiający sam zdefiniował w SIWZ, że w zakresie oceny jakości dokonuje oceny parametrów technicznych. Takie wskazanie przez Zamawiającego, że *parametry techniczne (jakość) - „J" waga 30% sposób oceny: ocena na podstawie parametrów przyjętych do oceny jakości określonych w załączniku nr 2. Punkty zostaną przyznane zgodnie z zasadą określoną w załączniku nr 2 do SIWZ (...)* nie wymaga żadnej wykładani, jest jednoznaczne i zrozumiałe. Izba podkreśla również, że w trakcie procedury o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający pismem z dnia 23 kwietnia 2020 zmodyfikował postanowienia SIWZ w zakresie sposobu liczenia punktacji w poszczególnych kryteriach, jednakże nie dokonał jakiejkolwiek zmiany w określeniu kryterium, jak również zmiany w tym zakresie nie były wnioskowane. Izba podkreśla, że uczestnik postepowania odwoławczego w niezasadny sposób argumentował, że *na art. 30 ust 1 pkt 1 wyjaśnia, że wszyscy wiedzą, że przedmiot opisuje się funkcjonalnościami, a nie sposobem realizacji tej funkcjonalności.* Na tym etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, tj. po terminie składania ofert, oceny złożonej oferty dokonuje się w oparciu o dokumentację postępowania, która nie ulega zmianie na tym etapie. Do tego powołana podstawa prawna odnosi się do sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, natomiast będąc precyzyjnym Izba wskazuje, że ustawodawca dopuścił w zasadzie cztery sposoby opisu przedmiotu zamówienia tj. przedmiot zamówienia opisać można przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności (art. 30 ust. 1 ustawy), przez odniesienie się w kolejności do preferencji wskazanych w normach, specyfikacjach innych systemach referencji technicznych (art. 30 ust. 2 ustawy), a także dwa mieszane sposoby (art. 30 ust. 3 i 4 ustawy). Przy czym Izba dostrzegła również, że zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne. Istotą opisania kryteriów pozacenowych jest ich jednoznaczność dająca podstawę do dokonania ich oceny, czyli tak jak w tym przypadku dokonał tego w SIWZ Zamawiający podając, że w kryteriach będzie dokonywał oceny *na podstawie parametrów przyjętych do oceny jakości.* Zamawiający nie odnosił się w SIWZ do oceny funkcjonalności w ramach kryteriów oceny ofert o jakich traktował uczestnik postępowania odwoławczego czy też Zamawiający. Tym samym zupełnie za niezasadną i stojącą w opozycji do czynności wykonanych w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego była argumentacja Zamawiającego podniesiona na rozprawie a mianowicie, że *Zamawiający nie ma specjalistów od wszystkiego. Trudno jest wymagać od szpitala, aby w OPZ uwzględniał wszystkie elementy mogące tam znaleźć się, a istniejące na świecie. Dla Zamawiającego istotny był komfort prac technika i pacjentki. Skoro jednym ruchem, jednym przyciskiem uruchamia się sprzęt, to dla Zamawiającego jest to wystarczające. Nie ma znaczenia czy pierś na detektorze ulegnie jakiemuś przesunięciu. Pełnomocnik wskazała, że ma wrażenie, że mimo że aparaty dopuszczone są do użytku, to strony chciałyby udowodnić, że któryś z tych aparatów działa źle. Oba aparaty spełniają przez Zamawiającego postawiony wymóg w pkt 32 zał. nr 2b do SIWZ. Mają tę funkcjonalność, aby pacjentki były bezpieczne, a technik miał je w obrazie i nie zajmował się ustawianiem.* Izba wskazuje, że Zamawiający w swoim stanowisku zupełnie pominął samodzielnie ukształtowane kryterium oceny ofert poprzestając w zasadzie na stwierdzeniu odnoszącej się do funkcjonalności aparatu. Izba nie podziela argumentacji, że strony chcą udowodnić, że któryś z aparatów działa źle, bowiem nikt w postępowaniu nie kwestionował dopuszczalności oferowanych urządzeń do użytku przez Zamawiającego, a jedyne co było kwestionowane w zakresie zarzutu to dokonanie nieprawidłowej oceny w ukształtowanych kryteriach oceny ofert. Tym samym dokonywanie oceny w kryteriach oceny ofert z uwzględnieniem stanowiska uczestnika postępowania odwoławczego dotyczącego spełnienia funkcjonalności (pismo z dnia 28 maja 2020 roku) stanowiłoby naruszenie przyjętych zasad oceny opisanych przez Zamawiającego w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Dlatego też Izba uznała czynność oceny oferty uczestnika postępowania odwoławczego i przyznania ofercie 10 punktów w pozy 32 przez Zamawiającego za nieprawidłową.

Izba stwierdziła również w tym miejscu, że niezbędne jest wskazanie dla jednoznaczności rozstrzygnięcia, że „gantry" to zespół lampy, ramienia oraz detektora (stolik) - wynika to jednoznacznie ze stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Zmiana ustawienia detektora przy ruchu gantry nie może być utożsamiana z „dopasowaniem wysokości gantry" o których

mowa w zakresie opisu podlegającego ocenie technicznej w ramach oceny kryteriów oceny ofert. Skoro w ramach kryteriów oceniane było to, że po naciśnięciu jednego przycisku aparat automatycznie przechodził do kolejnej projekcji i jednocześnie dopasowywał wysokość gantry do kolejnej projekcji to oczywistym jest, że przejście do kolejnej projekcji stanowi inny element techniczny niż dopasowanie wysokości gantry. Tak to bowiem określił Zamawiający i w takim zakresie podlega ocenie w kryteriach oceny ofert. Dla każdego z wykonawców będących profesjonalistami powinno być to oczywistym. Pismo uczestnika postępowania odwoławczego z dnia 28 maja 2020 roku zawiera informację, że „wysokość gantry wynika z samego ruchu obrotowego głowicy" i jednocześnie sam uczestnik wyjaśnia, że „naciśnięcie jednego przycisku powoduję zmianę położenia głowicy aparatu oraz automatyczne ustawienie jej do kolejnej projekcji." Oznacza to jedynie tyle, że uczestnik postępowania odwoławczego potwierdził, że użycie jednego przycisku powoduje zmianę położenia głowicy ale ta zmian położenia głowicy wynika z ruchu wynikającego z ustawienia jej do kolejnej projekcji, czyli ruchu o określony kąt a nie stanowi jednoczesnego i automatycznego dopasowania wysokości gantry. Natomiast opisane i dowodzone w trakcie rozprawy stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego oparte jest na izocentrycznym ruchu głowicy, właściwości zlokalizowania środka obrotu.

Zasadność stanowiska Izby potwierdził w zasadzie również sam Zamawiający podając, że *porównał aparaty obu firm i wykazały one tą samą funkcjonalność. Wskazuje, że różnice polegały na trochę innym ruchu, to znaczy, ruchu gantry, przy GE było tak, że gantry obracając się o określony kąt, jednocześnie obniżało się i był to jeden ruch. Natomiast aparat Fujifilm tylko się gantry obracało, ustawiało pod zadanym kątem*. Z twierdzenia tego jednoznacznie wynika, że dopasowanie wysokości gantry - czyli jeden z dwóch niezbędnych do wykazania parametrów w celu uzyskania punktacji w wierszu 32 - posiada tylko jeden z aparatów zaoferowanych w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Fakt ukształtowania tego wymagania przez Zamawiającego podlegał jedynie ocenie punktowej w kryterium oceny ofert nie eliminując z postępowania żadnego z aparatów. Jednocześnie stanowisko wskazane przez Zamawiającego również dowodzi tego, że „dopasowanie wysokości gantry" stanowi inny element, drugi podany w tym opisie parametrów. W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia - mając na uwadze powyższe jak i całą treść uzasadnienia wyroku w zakresie rozpoznania zarzutu odwołania przez Izbę - stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego, że *w parametrach mowa jest o automatycznym dopasowaniu wysokości gantry a nie ruchu pionowym*. Jednocześnie nie sposób uznać w obliczu opisu parametru, że automatyczne przejście do kolejnej projekcji ma być utożsamione z „i jednoczesnym automatycznym dopasowaniem wysokości gantry". Zamawiający jednoznacznie rozdzielił te parametry, tym samym w ramach tego kryterium oceniał istnienie w danym aparacie parametrów technicznych, które dotyczyły automatycznego przejścia do kolejnej projekcji i jednoczesnego automatycznego dopasowania wysokości gantry. Izba wskazuje, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego elementem konicznym aby uzyskać punkty w kryterium było automatyczne dopasowywanie wysokości ganty, co oznacza, że wysokość gantry ulega zmianie. Skoro natomiast wysokość gantry ulega zmianie, to mając na uwadze budowę aparatu mammograficznego, którą między innymi przedstawił uczestnik postępowania odwoławczego, oraz mając na uwadze, że gantry to zespół lampy, ramienia oraz detektora, to zmiana wysokości nie może być utożsamiana ze zmianą położenia wysokości poszczególnych elementów gantry z uwagi na dokonane automatyczne przejście do kolejnej projekcji. Jak wskazał Zamawiający, w aparacie zaoferowanym przez FUJIFILM to automatyczne przejście do kolejnej zobrazować można jako ruch kierownicy samochodowej, a co najważniejsze Zamawiający wskazał, że *przy obrocie stolik pozostaje na tym samym poziomie, tylko się obraca (jak kierownica w samochodzie)*. To dowodzi tego, że gantry pozostaje na tym samym poziomie czyli na tej samej wysokości, tylko zwyczajnie się obraca, a co za tym idzie elementy wchodzące w skład gantry np. detektor zmieniają swoją wysokość - ale nie gantry. Potwierdził to również uczestnik postępowania odwoławczego na rozprawie podając, że *Odwołujący nie wykazał żadnym dowodem, że urządzenie Fujifilm po dokonaniu ruchu obrotowego ma niewłaściwą wysokość detektora.*

Izba zaznacza, że Zamawiający nie zdefiniował w opisie przedmiotu zamówienia, w parametrach technicznych czy oferowany aparat ma być aparatem o izocentrycznym czy nieizocentrycznym ruchu gantry. Oznacza to, że Zamawiający dopuścił aparaty charakteryzujące się każdym z rozwiązań. Tym samym w każdym z rozwiązań technicznych niezależnie od tego czy ruch gantry jest izocentryczny czy nieizocentryczny Zamawiający w kryteriach technicznych oceny ofert promował rozwiązanie, które charakteryzuje się automatycznym przejściem do kolejnej projekcji i jednoczesne automatycznym dopasowaniem wysokości gantry do kolejnej projekcji. Należy w tym miejscu

jednoznacznie wskazać, że takie jednoczesne, za pomocą jednego przycisku wykonanie automatycznego przejścia do kolejnej projekcji i jednoczesnego automatycznego dopasowania wysokości gantry do kolejnej projekcji znane jest w obu rodzajach aparatów, tj.: w tych z ruchem izocentrycznym i nieizocentrycznym gantry. Wyjaśnił w trakcie rozprawy to Odwołujący wskazując na rozwiązania producenta Giotto z gantry o ruchu izocentrycznym realizujące funkcję jednoczesnego automatycznego ustawienia wysokości gantry oraz rozwiązanie oferowane przez Odwołującego z gantry o ruchu nieizocentrycznym z jednoczesnym automatycznym ustawieniem wysokości gantry. Jednocześnie argumentacji tej nie kwestionował uczestnik postępowania odwoławczego, który zaoferował urządzenie o ruchu izocentrycznym gantry, ani także Zamawiający. W zasadzie stanowisko Odwołującego dowodzi tego, że Zamawiający kształtując takie parametry w kryterium oceny ofert promował zarówno rozwiązania o ruchu izocentrycznym i nieizocentrycznym gantry przy czym realizujące funkcję jednoczesnego automatycznego ustawienia wysokości gantry.

Tym samym w ocenie Izby wskazywanie na przyjęte rozwiązania izocentryczne przez uczestnika postępowania odwoławczego w ruchu gantry nie mogą zastąpić wymagania określonego przez Zamawiającego w pkt 32 Załącznika nr 2b do SWIZ, a określającego kryterium oceny ofert, które było jednoznaczne, oczywiste i do tego wydaje się zrozumiałe także do uczestnika postępowania odwoławczego, który zarówno w piśmie z 28 maja 2020 roku jak i argumentacji przedstawianej na rozprawie zmierzał do wykazania funkcjonalności aparatu, a nie jego faktycznych elementów technicznych podlagających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.
Słusznie podnosił Odwołujący, że wykonawca mógł kwestionować ten opis parametrów technicznych w wierszu 32 Załącznika nr 2b do SIWZ na etapie przed składaniem ofert. Natomiast na tym etapie czyli po wyborze oferty najkorzystniejszej zmiany w parametrach nie mogą być dokonywane przez prowadzenie wykładni zmierzającej do wykazania funkcjonalności urządzenia oferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego. Izba podkreśla, że Zamawiający podał, że *przy obydwu rodzajach aparatów badania wykonuje się tak samo, z podobnym rezultatem* co ponownie potwierdza, że Zamawiający świadomie wprowadził parametry w pkt 32, które pozwalają na dokonanie oceny aparatów w parametrach, które widać były istotne dla Zamawiającego przynajmniej na etapie sporządzania SIWZ. Wymaga podkreślenia, że nie były one skarżone na etapie prowadzenia postępowania przed terminem składania ofert jak również nie były składane pytania do Zamawiającego mimo tak wielu innych pytań. Izba uznała, że były dla wykonawców zrozumiałe i czytelne. Należy mieć na uwadze, że SIWZ należy odczytywać tak jak ona jest napisana, natomiast indywidualna wykładnia postanowień SIWZ nie może znaleźć uzasadnienia z uwagi na intencjonalne jej odczytywanie.

W zakresie dowodów złożonych do akt sprawy Izba uznał, że dowód w postaci Obwieszczenia Ministra Zdrowia nie ma żadnego znaczenia dla rozpoznania tej sprawy, nie odnosi się w żadnej mierze do parametrów technicznych określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w wierszu 32 Załącznika nr 2b do SIWZ. W odniesieniu do dowodu nr 2 zawierającego zdjęcia i plansze z rysunkami technicznymi Izba uznała, że dowód ten potwierdza również, że w zakresie funkcjonowania aparatu z izocentrycznym i nieizocentrycznym ruchem gantry. Nie było sporne między stronami na czym polega izocentryczny i nieizocentryczny ruch gantry, natomiast w zakresie elementu spornego tzn. braku jednoczesnego automatycznego dopasowania wysokości gantry do kolejnej projekcji dowód ten potwierdził, że w ramach urządzenia oferowanego dochodzi jedynie zmiany wysokości poszczególnych składowych gantry w wyniku przejścia do kolejnej projekcji (obrotu) natomiast nie dochodzi do jednoczesnego automatycznego dopasowania wysokości gantry do kolejnej projekcji. Izba podkreśla w tym miejscu, że sam uczestnik postępowania odwoławczego omawiając dowód nr 2 wskazał, że: *Pierwsze cztery zdjęcia potwierdzają zaoferowanie funkcjonalności której dot. rozprawa; na zdjęciu 1 uwidocznione są przyciski, którego wciśniecie powoduje uruchomienie funkcjonalności i przejście do poz. skośnej; na zdjęciu 3 pokazany aparat w ustawieniu skośnym; na 4 aparat w pozycji skośnej; od zdjęcia 5 do zdjęcia 8 pokazana jest praca aparatu od pozycji pionowej do pozycji skośnej - to pokazuje, że nie jest wymagana zmiana wysokości gantry, a aparat znajduje się we właściwej pozycji do projekcji skośnej.* Sam uczestnik postępowania odwoławczego potwierdził, że w zaoferowanym urządzeniu nie dochodzi do zmiany wysokości gantry. Skoro sam uczestnik postępowania odwoławczego do protokołu rozprawy podał, że nie dochodzi do zmiany wysokości gantry to potwierdza to zasadność argumentacji Izby poczynioną powyżej. Potwierdza to również dowód przedstawiony przez Odwołującego - załącznik nr 2 do pisma wyciąg z instrukcji obsługi, który

potwierdza, że po naciśnięciu jednego przycisku - co było wymaganiem określonym w kryterium oceny ofert w wierszu 32 Załącznika nr 2b do SIWZ - uruchamia się automatyczną rotację oraz zatrzymanie ramienia do ustawionego kąta. Ponownie nie ma mowy o jednoczesnym automatycznym dopasowaniu wysokości gantry do kolejnej projekcji, co potwierdza ponownie, że takiego parametru urządzenie nie realizuje. Dopiero kolejny przycisk umożliwia podwyższenie albo opuszczenie ramienia (gantry). W ocenie Izby przedstawiony artykuł - dowód załączony do pisma Odwołującego załącznik nr 1 - potwierdza natomiast istotność ukształtowanego przez Zamawiającego parametru podlegającego ocenie w kryteriach oceny oferty w ramach kryterium parametr techniczny (jakość). Potwierdza bowiem, że wysokość gantry, a nie tylko kąt projekcji, również ma znaczenie dla prawidłowości przeprowadzenia badania mammograficznego. Uznać należy zatem, że opis w parametrach zawartych w wierszu 32 Załącznika nr 2 do SIWZ nie jest przypadkowy i nie sprowadza się jedynie do funkcjonalności polegającej na wykonaniu badania w warunkach komfortowych dla kobiety i technika, jak twierdził Zamawiający w trakcie rozprawy, ale ma swoje naukowe podłoże i co najważniejsze jest oczywiście prawdziwy (faktycznie istniejący).

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań w SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która oceniona została w kryteriach oceny ofert w sposób niezgodny z ustaleniami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający jednoznacznie wskazał, odwołując się do punktu 32 Załącznika 2b do SIWZ, że *w obu aparatach jest tak samo, przy czym GE obraca się i obniża, a Fujifilm tylko obraca i nie robi ruchu pionowego* przy czym sam zmodyfikował określony przez siebie w kryteriach pozacenowych ocny ofert sposób dokonania tej oceny.

Zamawiający w dokonanej ocenie skupił się na funkcjonalności, a nie na parametrach technicznych jakie sam określił czym w ocenie Izby w sposób nieuprawniony zmodyfikował zakres oceny określonego parametru w sposób nieuprawniony. Izba wskazuje również, odnosząc się do podniesionych zarzutów odwołania (art. 7 ust. 1 ustawy), że na kanwie zamówień publicznych granicą stosowania i naruszenia zasad w stosunku jednego wykonawcy jest naruszenie tej zasady w stosunku do innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców będzie miało miejsce, gdy działania podejmowane w stosunku do wykonawcy będą powodowały inną, nierówną w postępowaniu sytuację pozostałych wykonawców lub wykonawcy. Granicą dopuszczalności działań Zamawiającego odnośnie danego wykonawcy zawsze będzie naruszenie zasady / zasad w odniesieniu do innego wykonawcy. Zasady Prawa zamówień publicznych - w tym wypadku równego traktowania wykonawców - nie są dane tylko jednemu wykonawcy, a ich ocena dokonywana w danym postępowaniu oraz podejmowane przez Zamawiającego czynności bądź zaniechania czynności oceniane w kontekście zasad muszą być dokonywane z uwzględnieniem interesów wszystkich wykonawców. Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu
0udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji
1równego traktowania wykonawców przez dokonanie oceny oferty FUJIFILM w sposób niezgodny z określonymi w ocenie pozacenowych kryteriów oceny ofert parametrami w wierszu 32 Załącznika nr 2 b do SIWZ przyznając punkty za parametr, którego technicznie nie spełnia oferowane urządzenie oraz Zamawiający naruszył regulację art. 91 ust. 1 ustawy i w konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu obniżenie oceny punktowej w kryterium „parametry techniczne (jakość)" w ten sposób, że w ramach przyznanych punktów w pozycji 32 Załącznika nr 2b do SIWZ Zamawiający wykonawcy FUJIFILM w wyniku powtórzonej oceny i badania ofert przyzna 0 punktów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty

Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby konstrukcja zarzutu podniesionego przez Odwołującego w kontekście uzasadnienia stanowiska Odwołującego nie pozwala na jego uwzględnienie z uwagi na to, że Izba w wyniku rozpoznania pierwszego z zarzutów unieważniła czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Oznacza to, że fakt dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi zdarzenie przyszłe, takie którego Zamawiający dopiero dokona. Izba nie może nakazać wyboru oferty gdyż wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jest wynikiem dokonywanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego wszystkich czynności.

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 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący: