sygn. akt: KIO 1693/20, KIO 2014/20

WYROK

z dnia 3 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 20 lipca 2020 r., przez wykonawcę FujiFilm Europe GmbH z siedzibą w Duesseldorfie, RFN działająca poprzez swój oddział FujiFilm Europe GmbH Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178; 02-486 Warszawa,

2. w dniu 19 sierpnia 2020 r., przez wykonawcę GE Medical Systems Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9; 02-583 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie, ul. Dr Andrzeja Rogalińskiego 3; 21-400 Łuków,

a) przy udziale wykonawcy GE Medical Systems Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9; 02-583 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (KIO 1693/20),

b) przy udziale wykonawcy FujiFilm Europe GmbH z siedzibą w Duesseldorfie, RFN działająca poprzez swój oddział FujiFilm Europe GmbH Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178; 02-486 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (KIO 2014/20),

orzeka:

1A. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1693/20.

1B. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2014/20 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty FUJIFILM, jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz przyznanie odwołującemu 5 punktów w poz. 45 zał. nr 2b do s.i.w.z., przyznanie odwołującemu 10 punktów w poz. 32 zał. nr 2b do s.i.w.z., a w konsekwencji podwyższenie oceny punktowej przyznanej ofercie odwołującego w kryterium „parametry techniczne (jakość)" do 7,50 punktów (zamiast 3 punktów), a w konsekwencji podwyższenie oceny oferty odwołującego na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 25,50 punktów (zamiast 21 punktów).

2. Kosztami postępowania obciąża FujiFilm Europe GmbH z siedzibą w Duesseldorfie, RFN działająca poprzez swój oddział FujiFilm Europe GmbH Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178; 02-486 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: 1) FujiFilm Europe GmbH z siedzibą w Duesseldorfie, RFN działająca poprzez swój oddział FujiFilm Europe GmbH Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178; 02-486 Warszawa (15 000,00 zł), 2) GE Medical Systems Polska sp. z o.o.,

ul. Wołoska 9; 02-583 Warszawa (15 000,00 zł), tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od FujiFilm Europe GmbH z siedzibą w Duesseldorfie, RFN działająca poprzez swój oddział FujiFilm Europe GmbH Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178; 02-486 Warszawa na rzecz GE Medical Systems Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9; 02-583 Warszawa kwotę 22 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania - 15 000,00 zł (KIO 2014/20) oraz wynagrodzenia pełnomocnika 2 x 3 600,00 zł (KIO 1693/20 oraz KIO 2014/20).

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

sygn. akt: KIO 1693/20, KIO 2014/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki [Zdrowotnej w Łukowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup sprzętów diagnostycznych dla SPZOZ w Łukowie: 1. Zakup 64-rzędowego 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 z dnia 13 marca 2020 r., pod nr 2020/S 052-123037.

KIO 1693/20

Dnia 20 lipca 2020 roku, wykonawca FujiFilm Europe GmbH (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę oferty GE Medical Systems Polska sp. z o.o. (dalej GjE) w zakresie obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania ofercie GE zawyżonej liczby punktów w kryterium „parametry techniczne (jakość)" w pakiecie nr 2, a w konsekwencji przyznanie tejże ofercie zawyżonej łącznej liczby punktów w ramach końcowej oceny ofert w pakiecie nr 2, co ma wpływ na wynik postępowania, gdyż przy prawidłowym przyznaniu liczby punktów to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w powyższym postępowaniu na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, co prowadziło by do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp,

2. ewentualnie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 P, poprzez brak wykluczenia wykonawcy GE w związku z przedstawieniem w ofercie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

zamawiającemu:

1. dokonanie powtórnej oceny ofert,

2. zmianę ilości przyznanych punktów ofercie GE w kryterium „parametry techniczne (jakość)" poprzez przyznanie zamiast 25 punktów - 10 punktów, a tym samym zmianę łącznej punktacji oferty GE z przyznanych pierwotnie 25,50 punktów do prawidłowych 21,00 punktów,

3. ewentualnie wykluczenia wykonawcy GE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp,

4. wyboru oferty FujiFilm, jako oferty najkorzystniejszej na podstawie ustalonych w s.i.w.z. kryteriów oceny ofert.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył obowiązujące przepisy postępowania. Gdyby zamawiający zastosował się do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą według ustalonych kryteriów oceny ofert, a odwołujący mógłby przedmiotowe zamówienie uzyskać.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

Na wezwanie Prezesa Izby, przystępujący wykonawca GE Medical Systems Polska sp. z o.o. oświadczył, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Na posiedzeniu wykonawca FujiFilm, jako odwołujący w sprawie KIO 1693/20 oraz jako przystępujący w sprawie KIO 2014/20 złożył pismo procesowe w sprawie.

Na posiedzeniu wykonawca GE, jako odwołujący w sprawie KIO 2014/20 oraz jako przystępujący w sprawie KIO 1693/20 złożył pismo procesowe w sprawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, albowiem zamawiający po wniesieniu odwołania przez odwołującego, uwzględniając jednocześnie zarzuty odwołania w całości, unieważnił czynność oceny ofert, obniżył wysokość punktacji przyznanej wykonawcy GE oraz dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

Ww. czynności zamawiającego skonsumowały zatem wszystkie żądania odwołującego, tym samym został wyczerpany substrat zaskarżenia. Nawet przyjmując czysto hipotetycznie, iż jeżeli potwierdziłyby się zarzuty odwołania, to Izba, mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie mogłaby nakazać zamawiającemu wykonanie określonych czynności, albowiem czynności te zostały już wykonane przez zamawiającego samodzielnie.

Słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 13 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 993/19

stwierdzając, iż „(...) Zamawiający, zarówno z własnej inicjatywy jaki w następstwie analizy stawianych zarzutów, może i powinien dokonywać korekty podejmowanych czynności, zmierzając do przeprowadzenia postępowania w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami. Wyrazem takiej korekty może być unieważnienie wadliwych czynności, w tym unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w celu ponowienia oceny ofert i naprawienia wcześniej popełnionych błędów. Nadto, dla uwzględnienia odwołania konieczne jest zaistnienie naruszenia przepisów, które ma, albo może mieć, wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Mając na względzie treść wskazanych powyżej przepisów Pzp należy dojść do następujących wniosków, aby Izba

mogła rozpoznać wniesione odwołanie - musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego. Wobec powyższego na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego z 21.05.2019 r. polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego w cz. I. Rolą przepisu art. 191 ust. 2 Pzp - podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 k.p.c. gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 191 ust. 2 Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 k.p.c. - interpretować, jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn.

akt: V CSK 535/14, wyrok SA ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

W analizowanej sprawie, czynność kwestionowana w odwołaniu, stanowiąca wybór najkorzystniejszej oferty z 25.05.2019 r. w cz. I wraz z przedstawioną tam punktacją zostały unieważnione i zastąpione czynnością z 07.06.2019 r. z nową punktacją. Oznacza to tyle, że nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego wyboru naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim sama czynność kwestionowana w odwołaniu, utraciły swój byt, czyli zaistniał de facto brak substratu zaskarżenia, na co Izba wskazywała powyżej. W tym zakresie Izba przychyliła się do argumentacji przedstawionej przez Przystępującego na rozprawie i przywołanych przez Przystępującego orzeczeń, które zostały uwzględnione przy orzekaniu w niniejszej sprawie (wyrok KIO z 22.02.2011 r., sygn. akt: KIO 290/11, wyroku KIO z 13.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2619/12, wyroku KIO z 13.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1804/13 jak i wyroku KIO z 19.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1225/16 oraz wyroku KIO

z 26.02.2019 r., sygn. akt: KIO 226/19). (...). W rezultacie wskazana wyżej nowa czynność Zamawiającego z 07.06.2019 r. podjęta po wniesieniu odwołania, uczyniła więc co najmniej, przedwczesnymi zarzuty podniesione przez Odwołującego, tudzież uczyniły je de facto bezprzedmiotowymi z uwagi na wyeliminowanie z obrotu czynności, w konsekwencji zaskarżona czynność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w przepisie art. 192 ust. 2 Pzp. Okoliczność następcza, po złożeniu odwołania, unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty dla cz. I, nie może być pominięta przy ocenie złożonego odwołania. Złożenie odwołania nie czyni ewentualnych ponowionych czynności nieskutecznymi. Izba bierze natomiast za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy. W ocenie Izby pojęcie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odnosi się do kwestii zawisłości sporu przed Izbą. Z chwilą wniesienia odwołania stan rzeczy odnosi się do czynności lub zaniechania Zamawiającego, które jest podstawą odwołania, zatem ocenie Izby podlega właśnie ta czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Jednakże stan rzeczy nie jest niezmienny w toku procedowania przed Izbą może on ulec zmianie w skutek czynności procesowych lub faktycznych stron powodujących zmianę zakresu zawisłości sporu. Do czynności procesowych można zaliczyć cofnięcie odwołania, cofnięcie zarzutu, uznanie zarzutów odwołania, wniesienie sprzeciwu, natomiast do okoliczności faktycznych takie zdarzenia, które zachodzą w toku postępowania odwoławczego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a które mają wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami. Do takich okoliczności faktycznych, które mogą mieć wpływ na zakres zawisłości sporu w postępowaniu odwoławczym. Tym samym Izba z urzędu musi brać pod uwagę okoliczności, które następują w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które mogą mieć wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Ustawodawca nie zdecydował się na zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę czy sąd okręgowy, stąd czynności dokonane w toku postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz podlegają ocenie Izby przy wyrokowaniu z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 2 Pzp. Z tego powodu Izba ma legitymację prawną do oceny czynności Zamawiającego dokonanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego, przy czym ta ocena powinna być ograniczona jedynie do tego, czy w skutek sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spór pomiędzy stronami nadal istnieje, czy też nie i czy w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaskarżoną czynność lub zaniechanie ma ono w aktualnym na datę wyrokowania stanie faktycznym wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust.

1 pkt 2, §3, §5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez przystępującego wykonawcę GE - zgłaszającego sprzeciw, co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości, związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (3 600,00 zł).

KIO 2014/20

Dnia 19 sierpnia 2020 roku wykonawca GE Medical Systems Polska sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez FUJIFILM Europe GmbH, jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 2,

2) dokonaniu wadliwej oceny oferty odwołującego, polegającej na przyznaniu odwołującemu błędnej (zaniżonej) liczby punktów w kryterium „parametry techniczne (jakość)", a w konsekwencji błędnej (zaniżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, od czego zależał wybór oferty najkorzystniejszej, gdyż oferta odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w pakiecie nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę oferty odwołującego w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania firmie odwołującego błędnej (zaniżonej) liczby punktów w kryterium „parametry techniczne (jakość)" w Pakiecie nr 2, a w konsekwencji przyznanie firmie odwołującego błędnej (zaniżonej) 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 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe uznanie, iż to oferta FUJIFILM w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą, podczas gdy to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle wszystkich kryteriów oceny ofert,

3. art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez brak uzasadnienia faktycznego dla przyznanej ofercie odwołującego punktacji w kryterium parametry techniczne,

4. z ostrożności art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia stosownych dokumentów potwierdzających właściwości zaoferowanego urządzenia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty FUJIFILM, jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 2,

2) dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz:

a) przyznania odwołującemu 5 punktów w poz. 45 zał. nr 2b do s.i.w.z.,

b) przyznania odwołującemu 10 punktów w poz. 32 zał. nr 2b do s.i.w.z.,

a w konsekwencji podwyższenie oceny punktowej przyznanej ofercie odwołującego w kryterium „parametry techniczne (jakość)" do 7,50 punktów (zamiast 3 punktów), a w konsekwencji podwyższenie oceny oferty odwołującego na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 25,50 punktów (zamiast 21 punktów).

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że uchybienia zamawiającego 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 wskazał, iż nie wiadomo, dlaczego zamawiający obniżył odwołującemu punktację w ramach kryterium pozacenowego parametry techniczne z 25,50 punktów na 21

punktów. Wydaje się, iż zamawiający dokonał przedmiotowego obniżenia punktacji w wyniku wniesienia przez FUJIFILM w dniu 20 lipca 2020 r. odwołania na czynność oceny oferty odwołującego, nie podał jednak uzasadnienia takiego obniżenia, co jest sprzeczne z art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Odwołujący założył, że motywów wspomnianej czynności zamawiającego należy szukać w treści odwołania firmy FUJIFILM (1693/20).

Zarzut nr 1 dotyczy parametru w poz. 45 załącznika nr 2b „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.” Kalibracja automatyczna TAK - 5 punktów, NIE - 0 punktów.

Odwołujący podniósł, iż oferowany przez niego aparat posiada automatyczną kalibrację i powinien uzyskać punkty za przedmiotowy parametr. Pomimo braku uzasadnienia do nieprzyznania w tym zakresie punktów odwołującemu, odwołujący ustosunkował się do podnoszonych przez FUJI, w jego odwołaniu, kwestii dotyczących ww. funkcjonalności. Między innymi w nawiązaniu do twierdzenia firmy FUJI, iż w danych produktowych odwołującego znajduje się informacja: „Detektor gotowy do użytku bezpośrednio po uruchomieniu aparatu (brak konieczności oczekiwania na „rozgrzanie” lub stabilizację parametrów)”, podnieść trzeba, iż w przedmiotowym fragmencie nigdzie nie jest napisane, że aparat podczas uruchamiania nie wykonuje autokalibracji. Jest to w aparacie odwołującego niezauważalny i krótki proces, dziejący się podczas uruchamiania. Dlatego też informacja ta nie jest uwzględniana w danych produktowych. Najważniejszym jednak jest to, że detektor jest gotowy do działania bezpośrednio po zbootowaniu systemu, co ma kluczowe znaczenie ze względu na ilość badanych pacjentów. Natomiast w aparacie FUJI po uruchomieniu systemu włączana jest autokalibracja, która trwa 12 minut (tak wynika wprost z instrukcji aparatu FUJIFILM), co znacznie opóźnia cały proces badań, W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z dwiema różnymi technologiami detektorów, co jednak nie oznacza, iż technologia zaoferowana przez odwołującego nie spełnia ww. parametru. W urządzeniu oferowanym przez odwołującego niezbędne kalibracje zachodzą w trakcie bootowania komputera stacji akwizycyjnej, natomiast w aparacie firmy FUJI - dopiero po zbootowaniu komputera stacji akwizycyjnej następuje autokalibracja. Są to zatem dwie różne technologie detektorów - w aparacie odwołującego jest to konwersja pośrednia promieniowania, a w aparacie FUJI - konwersja bezpośrednia.

Firma FUJI w swojej argumentacji przywoływała również postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez SPZOZ im. Marszałka Józefa Piłsudskiego w Płońsku, odwołując się do potwierdzonych przez firmę GE punktów: 45 -„Brak konieczności kalibracji detektora codziennie (lub z innym interwałem) w celu zachowania jakości obrazu - stabilna praca detektora. Detektor kalibrowany wyłącznie przez serwis podczas przeglądów technicznych lub w przypadku usterek” oraz w poz. 56 - „Szybkie uruchamianie aparatu i natychmiastowa gotowość do wykonania badania od momentu włączenia przyciskiem ON/OFF bez konieczności oczekiwania na stabilizację/kalibrację detektora.”

Zdaniem odwołującego, oba potwierdzone powyżej punkty nie stoją w sprzeczności z postępowaniem prowadzonym przez SPZOZ w Łukowie. W przytoczonym postępowaniu w Płońsku, zamawiający sformułował dwa warunki - punkty 45 oraz 56 - w celu uzyskania następującej funkcjonalności dla swojego personelu: brak dodatkowego zadania dla swojego personelu (techników) polegającego na konieczności wykonywania przez nich kalibracji detektora oraz wymagał zaawansowanej technologii, która zapewni mu oszczędność czasu, czyli gotowość do pracy od razu po zbootowaniu systemu. Oba te punkty są jak najbardziej spełnione przez system odwołującego. Zamawiający w Płońsku przez taki opis przedmiotu zamówienia chciał uniknąć opóźnień, które są elementem technologii detektorów niektórych producentów (np. FUJI), polegających na 12-30 minutowym oczekiwaniu na gotowość do pracy detektora po uruchomieniu mammografu (o czym wspomniano już powyżej). Zamawiający w Płońsku nie pisał o sposobie realizacji natychmiastowej gotowości do pracy, tj. czy podczas włączania ma się dokonać autokalibracja, automatyczna synchronizacja plików kalibracyjnych, czy też automatyczna stabilizacja napięć i prądów etc. Odwołujący potwierdził fakt, że system będzie gotowy do pracy zaraz po uruchomieniu oraz że użytkownik nie będzie musiał wykonywać żadnych kalibracji detektora lub oczekiwać na żadne kalibracje detektora opóźniające pracę. Identycznie sprawa się ma w przytoczonym przez FUJIFILM postępowaniu w Wielkopolskim Centrum Onkologii. Tym samym argumentacja FUJIFILM w omawianym zakresie jest całkowicie bezprzedmiotowa i nie może mieć przełożenia na stan faktyczny niniejszej sprawy.

Na marginesie odwołujący podniósł, choć nie wpływa to na ocenę oferty GE, iż sposób opisania przedmiotowego parametru jest niejednoznaczny. Z jednej strony zamawiający wymaga braku konieczności kalibracji detektora codziennie lub z innym interwałem, co jest zrozumiałe, gdyż celem jest pozyskanie technologii, która zapewni oszczędność czasu i nie będzie wymagała podejmowania dodatkowych czynności. Z drugiej strony, detektor ma być

kalibrowany automatycznie przy uruchamianiu aparatu i przez serwis podczas przeglądów technicznych lub w przypadku usterek, co jednak wprowadza opóźnienie w pracy (w przypadku urządzenia Fuji 12 min). Kalibrowanie przez serwis to z kolei odrębna rzecz, która dzieje się podczas napraw/przeglądów. Patrząc na sposób oceny punkty przyznawane są wyłącznie kalibracji automatycznej i tak właśnie to wpisał odwołujący. Firma FUJI wpisała natomiast: „TAK, detektor kalibrowany automatycznie przy uruchamianiu aparatu i przez serwis podczas przeglądów technicznych lub w przypadku usterek", czyli niezgodnie z kryterium oceny, za które zamawiający przyznawał punkty. Serwis odwołującego również wykonuje kalibracje po usterkach detektora, ale ze względu na kryterium oceny odwołujący wpisał tylko kalibrację automatyczną, bo tylko kalibracja automatyczna była punktowana i nie było potrzeby wpisywania kalibracji także podczas przeglądów technicznych lub usterek.

Podsumowując, brak przyznania 5 punktów w poz. 45 zał. nr 2b do s.i.w.z. jest bezpodstawny z uwagi na spełnienie przez zaoferowany przez odwołującego sprzęt parametru opisanego w poz. 45 zał. nr 2b do s.i.w.z.

Zarzut nr 2 dotyczy parametru 32 załącznika nr 2b do s.i.w.z. - „Automatyczne przejście do kolejnej projekcji i jednoczesne automatyczne dopasowanie wysokości gantry do kolejnej projekcji (np. z LCC do LMLO) po naciśnięciu jednego przycisku". TAK - 10 punktów, NIE - 0 punktów.

Odwołujący, odnosząc się do parametru nr 32 Załącznika nr 2b do s.i.w.z., w zakresie automatycznego przejścia do kolejnej projekcji i automatycznego dopasowania wysokości, w swoich danych produktowych wyraźnie ma wskazane: „Automatyczny obrót i regulacja wysokości gantry dla następnej projekcji za pomocą jednego przycisku".

Tym samym, ww. parametr jest literalnie spełniony przez urządzenie oferowane przez odwołującego. Przystępujący FUJI próbuje w tym miejscu wprowadzić wyliczenia geometryczne i nowy wymóg, tj. aby pacjentka nie musiała wykonywać kroku w bok o 15 cm, kiedy i tak przez każdą następną projekcją pacjentka musi odsunąć się od mammografu, ponieważ ten zmienia położenie. Co istotne, spełnienie kwestionowanego parametru przez urządzenie GE dotychczas nie budziło wątpliwości ani zamawiającego, ani FUJI, których przedstawiciele w toku postępowania odwoławczego w sprawie dotyczącej przedmiotowego postępowania (odwołanie wówczas zostało wniesione przez firmę GE Medical Systems Polska sp. z o.o. na zawyżoną ocenę oferty FUJIFILM) o sygn. KIO 1286/20 zgodnie przyznali, że aparat odwołującego posiada przedmiotową funkcjonalność.

Podsumowując, brak przyznania 10 punktów w poz. 32 zał. nr 2b do s.i.w.z. jest bezpodstawny z uwagi na spełnienie przez sprzęt odwołującego parametru opisanego w poz. 32 zał. nr 2b do s.i.w.z., potwierdzone opisem danych produktowych zaoferowanego sprzętu.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający powinien podwyższyć ocenę punktową przyznaną ofercie odwołującego w kryterium „Jakość" do 7,50 punktów (zamiast przyznanych 3 punktów), a w konsekwencji podwyższyć ocenę oferty odwołującego na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert, do łącznej liczby 25,50 punktów (zamiast przyznanych 21 punktów).

Powyższe uchybienia miały wpływ na wynik postępowania. Odwołujący z punktacją 25,50 złożył ofertę najkorzystniejszą, w sytuacji, gdy oferta Fuji została oceniana na 25,03 pkt.

Na posiedzeniu wykonawca FujiFilm, jako odwołujący w sprawie KIO 1693/20 oraz jako przystępujący w sprawie KIO 2014/20 złożył pismo procesowe w sprawie.

Na posiedzeniu wykonawca GE, jako odwołujący w sprawie KIO 2014/20 oraz jako przystępujący w sprawie KIO 1693/20 złożył pismo procesowe w sprawie.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający na posiedzeniu oświadczył, iż po zapoznaniu się z pisemnym stanowiskiem odwołującego złożonym przy piśmie procesowym z dnia 2 września 2020 r., złożonym na posiedzeniu oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący FujiFilm oświadczył na posiedzeniu, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego, a ponadto Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający, w poz. 45 załącznika nr 2b określił następujący parametr „Brak konieczności kalibracji detektora codziennie (lub z 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”, który był parametrem punktowanym przez zamawiającego w ten sposób, że jeżeli wykonawca wykaże, że oferowane urządzenie posiada funkcję kalibracji automatycznej przy uruchamianiu aparatu, wykonawca otrzyma 5 punktów, brak takiej funkcjonalności skutkować będzie nieprzyznaniem punktów.

Na potwierdzenie spełniania przez oferowane urządzenie rzeczonej funkcjonalności, zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą, co najmniej jednego z poniżej wskazanych dokumentów:

a) foldery/broszury producenta/dystrybutora, zaświadczenia producenta,

b) informacje o produkcie ze strony internetowej producenta/dystrybutora,

c) kartę charakterystyki produktu przygotowaną przez producenta/dystrybutora,

d) instrukcję obsługi/opis techniczny przygotowaną przez producenta/dystrybutora, potwierdzające parametry oferowanego sprzętu wymagane przez Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia w parametrach technicznych

Odwołujący, do oferty załączył stosowne katalogi produktowe, deklarację zgodności oraz oświadczenie p. V.S., upoważnionej osoby do reprezentowania producenta w zakresie potwierdzania parametrów oferowanych urządzeń firmy GE.

Ze złożonych dokumentów (ocenianych łącznie) wynika, iż oferowane przez odwołującego urządzenie spełnia wymóg automatycznej kalibracji przy uruchamianiu aparatu. Okoliczność ta wynika, w szczególności z treści oświadczenia p. V.S., która stwierdziła, m.in. że „3. Wszystkie niezbędne kalibracje detektora są wykonywane automatycznie podczas uruchamiania systemu. Detektor jest gotowy do pracy zaraz po uruchomieniu mammografu.”.

W tym miejscu wskazać należy, iż zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie sprecyzował, co rozumie pod pojęciem kalibracji, a w szczególności nie dookreślił jaki zakres kalibracji jest przez niego wymagany. Skoro zamawiający nie doprecyzował powyższych kwestii, to przyjąć należało, kierując się utrwaloną już linią orzeczniczą, iż wszystkie nieścisłości wywołane treścią opracowanej przez zamawiającego s.i.w.z. należy traktować na korzyść wykonawców, iż oświadczenie, które jest kwestionowane przez przystępującego FujiFilm - zgłaszającego sprzeciw, jest wiarygodne i potwierdza spełnienie tego parametru przez odwołującego. Specyfika budowy urządzenia odwołującego, jego odmienność konstrukcyjna od urządzenia przystępującego, może bowiem skutkować tym, iż aparat, w trakcie jego uruchamiania, automatycznie dokonuje niezbędnych kalibracji, które umożliwiają prawidłową pracę urządzenia. Niezbędne kalibracje wchodzą bowiem w zakres kalibracji opisanych przez zamawiającego. Istotna w tym zakresie jest zatem funkcjonalność urządzenia, która w tym przypadku zostaje osiągnięta w pełni.

Stwierdzenie (z oświadczenia) nie wyklucza również możliwości pełnej kalibracji urządzenia w tzw. trybie serwisowym, dokonywanym przez serwis podczas przeglądów technicznych lub w przypadku usterek.

Za całkowicie niezasadne Izba uznała powoływane przez przystępującego dowody z dokumentacji postępowań prowadzonych przez innych zamawiających, tj. SPZOZ w Płońsku oraz Wielkopolskie Centrum Onkologii w Poznaniu, albowiem w postępowaniach tych zamawiający w odmienny sposób określili parametry, jakimi mieli wykazać się wykonawcy, innego rodzaju funkcjonalności były wymagane w tych postępowaniach, a co za tym idzie w inny sposób wykonawcy potwierdzali spełnienie tych parametrów. Dowody bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że odwołujący w sposób dopuszczony i opisany przez zamawiającego w s.i.w.z., potwierdził spełnienie omawianego parametru, zatem konieczne i wymagane jest przyznanie temu wykonawcy 5 punktów w tym kryterium.

Zamawiający, w poz. 32 załącznika nr 2b określił następujący parametr „Automatyczne

przejście do kolejnej projekcji i jednoczesne automatyczne dopasowanie wysokości gantry do kolejnej projekcji (np. z LCC do LMLO) po naciśnięciu jednego przycisku", który był parametrem punktowanym przez zamawiającego w ten sposób, że jeżeli wykonawca wykaże, że oferowane urządzenie posiada tę funkcję, wykonawca otrzyma 10 punktów, brak takiej funkcjonalności skutkować będzie nieprzyznaniem punktów.

Odwołujący w swoich danych produktowych wyraźnie wskazał „Automatyczny obrót

i regulacja wysokości gantry dla następnej projekcji za pomocą jednego przycisku".

W ocenie Izby, ww. parametr jest literalnie spełniony przez urządzenie oferowane przez odwołującego oraz potwierdzony materiałami załączonymi do oferty (opis produktowy). Przystępujący próbuje w tym miejscu wprowadzić wyliczenia geometryczne i nowy wymóg, tj. aby pacjentka nie musiała wykonywać kroku w bok o 15 cm, kiedy i tak przed każdą następną projekcją pacjentka musi odsunąć się od mammografu, ponieważ ten zmienia położenie. Takie działanie przystępującego należy ocenić negatywnie, jako próbę rozszerzenia wymogu opisanego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na uwagę zasługuje fakt, iż w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 1286/20, spełnienie kwestionowanego parametru przez urządzenie GE nie budziło wątpliwości ani zamawiającego, ani przystępującego, których przedstawiciele w toku postępowania odwoławczego zgodnie przyznali, że aparat odwołującego posiada przedmiotową funkcjonalność (strona 20 uzasadnienia wyroku w powołanej sprawie). Ponadto Izba uwzględniając odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1286/20 stwierdziła, że wymóg nie jest zachowany w urządzeniu zaoferowanym przez ww. wykonawcę (przystępującego FujiFilm), bo nie następuje regulacja wysokości gantry i automatyczny jej obrót za pomocą jednego przycisku. W toku postępowania odwoławczego pełnomocnik zamawiającego oświadczył, że udał się m.in. do jednostki posiadającej mammograf zaoferowany przez odwołującego (GE) celem sprawdzenia w jaki sposób jest realizowany omawiany wymóg pkt. 32. Tą drogą ustalił, że:

„(...) przy GE było tak, że gantry obracając się o określony kąt, jednocześnie obniżało się i był to jeden ruch".

„(...) GE obraca się i obniża, a FujiFilm tylko obraca i nie robi ruchu pionowego". (por.

strona 5 protokołu rozprawy).

W związku z powyższym potwierdzenie parametru nr 32 z załącznika 2b nastąpiło nie tylko poprzez przedłożenie stosownych materiałów informacyjnych, ale także w drodze bezpośredniej prezentacji omawianej funkcjonalności.

Reasumując stwierdzić należało, iż aparat oferowany przez odwołującego spełnia parametr opisany przez zamawiającego, dlatego też w ramach oceny punktowej, ofercie odwołującego należało przyznać 10 punktów w tym kryterium.

Rekapitulując Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył następujące przepisy: art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę oferty odwołującego, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe uznanie, iż to oferta przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą, art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez brak uzasadnienia faktycznego dla przyznanej odwołującemu punktacji w kryterium parametry techniczne.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, którego to zarzut był postawiony jedynie z ostrożności procesowej, albowiem w ocenie Izby, treść oferty odwołującego wraz z załączoną do oferty dokumentacją nie pozostawiał wątpliwości, co do spełnienia parametrów z poz. 45 i 32 zał. nr 2b do s.i.w.z., tym samym nie było, w ocenie Izby, podstaw do zastosowania tego przepisu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, §3, §5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: .....