

WYROK
z dnia 25 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 października 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 października 2017 r.** przez wykonawcę „**M.**” **Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Zdrowia Kobiety i Noworodka Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego Sp. z o.o. w W., (...)**

przy udziale wykonawcy **E. M. S. Sp. z o. o., Sp. k., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie częściowo w zakresie:

- a) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych zwanego dalej: Pzp , jak i
- b) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10.10.2017 r., jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje wezwanie Przystępującego: **E. M. S. Sp. z o. o., Sp. k., (...)** oraz **A. Sp. z o.o., (...)** do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o materiały pochodzące od producenta zaoferowanego aparatu, zawierające jednoznaczne potwierdzenie spełniania warunków techniczno – użytkowych, czyli potwierdzenia spełniania przez oferowane urządzenie w ramach dostawy wymagań

określonych przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp), w zakresie możliwości uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego (dotyczy obu Wykonawców), jak i w zakresie poz. 65 i 76 tabeli załącznika nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: SIWZ (w tym wypadku z uwagi na zakres zaskarżenia dotyczy jedynie firmy **A. Sp. z o.o.**). W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersyteckie Centrum Zdrowia Kobiety i Noworodka Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego Sp. z o.o. w W., (...)** i:

- 7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „**M.**” **Sp. z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
- 7.2. zasądza od **Uniwersyteckiego Centrum Zdrowia Kobiety i Noworodka Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego Sp. z o.o. w W., (...)** na rzecz „**M.**” **Sp. z o.o., (...)** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2159/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup i dostawa dwóch kompletnych aparatów USG dla Uniwersyteckiego Centrum Zdrowia Kobiety i Noworodka Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego Sp. z o.o. w W.”, numer sprawy: UCZKIN/ZP – 04/09/PN/2017 zostało wszczęte ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 588249 - N- 2017, data zamieszczenia 14.09.2017 r., przez Uniwersyteckie Centrum Zdrowia Kobiety i Noworodka Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego Sp. z o.o. w W., (...) zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 10.10.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k., (...)zwany dalej: „E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k.” albo „Przystępującym”. „M.” Sp. z o.o., (...) zwany dalej: „M.” Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” uplasował się na trzeciej pozycji. Ponadto, na drugiej pozycji uplasowała się firma A. Sp. z o.o., (...) zwana dalej: „A. Sp. z o.o.”.

W dniu 16.10.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) „M.” Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 16.10.2017 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez:

- 1) dokonanie wyboru oferty, która nie spełniała warunków określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”,
- 2) brak dokonania wyboru oferty Odwołującego, która jako jedyna spełniała wymogi wynikające z SIWZ.

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie podczas gdy w niniejszym postępowaniu winien on być zastosowany, co skutkowało brakiem odrzucenia ofert tak E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k., jak i A. Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil o:

1. Nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty przy jednoczesnym nakazaniu ofert tak E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k., jak i A. Sp. z o.o.,
2. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3

3. Obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od niego na rzecz Odwołującego zwrotu opłaty od niniejszego odwołania.

W postępowaniu tym oferenci złożyli szereg pytań odnośnie parametrów wymaganych przez Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, na które Zamawiający odpowiedział pismami z 22.09.2017 r. (zmienił odpowiedź na jedno z pytań w dniu 25.09.2017 r.) oraz 26.09.2017 r. (w którym jednocześnie zmienił termin składania ofert). Zamawiający w odpowiedziach na pytania z 22.09.2017 r., wprowadził wymóg posiadania przez oferowane aparaty możliwości uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego: „Pytanie nr 13, dotyczy SIWZ

Ze względu na to, że Zamawiający zamierza zakupić aparat kliniczny wysokiej klasy, prosimy o wyjaśnienie czy Doppler Spektralny ma mieć możliwość uruchomienia tylko dwóch bramek aktywnego Dopplera Pulsacyjnego czy też posiadać opcję pozwalającą na uruchomienie jednocześnie dwóch bramek dopplerowskich z czego jedna jest aktywnym Dopplerem Pulsacyjnym a druga aktywny Dopplerem Tkankowym?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że urządzenie ma mieć możliwość uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego”.

W związku z tym Odwołujący przyjął, iż powyższa odpowiedź wprowadza wymóg, „że urządzenie ma mieć możliwość uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego”, pomimo tego, iż Zamawiający nie zmodyfikował treści tabeli zawartej w zał. nr 1 do SIWZ. Ponadto w tym samym piśmie, stanowiącym wiążące Zamawiającego odpowiedzi na zadane

pytania w toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający zawarł sformułowanie *powyższe odpowiedzi stają się integralną częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz winny być uwzględnione przez Wykonawców w trakcie przygotowania dokumentów do złożenia ofert w postępowaniu*, co jednoznacznie potwierdza wprowadzenie w/w wymogu tj. „*że urządzenie mam mieć możliwość uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego*”.

Po szczegółowej analizie oferty A. Sp. z o.o., jak i E. M. S. Sp. z o.o. Sp. k. Odwołujący wskazuje, że żaden z tych oferentów nie potwierdził w tabeli, że oferowane aparaty marki S. model (...) posiadają taką funkcjonalność, co powinno skutkować odrzuceniem obu ofert przez Zamawiającego jako nie spełniających wymogów zawartych w SIWZ. Brak jest takich informacji (potwierdzenia spełniania w/w parametru) w specyfikacjach technicznych oferowanych urządzeń załączonych do ofert. Stan wiedzy Odwołującego jednoznacznie stwierdzić, iż obydwa zaoferowane urządzenia S. (...) nie posiadają takiej funkcjonalności, zatem są niegodne z parametrami jakie wymagał Zamawiający w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

4

W dalszej części odwołania przedstawił wyciąg z tabel obydwo oferentów, które nie zawierają potwierdzonej informacji o posiadaniu możliwości uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego. Dla porównania przedstawił także wyciąg z tabeli Odwołującego, który taki zapis potwierdzający posiadał. (TAK, Doppler Pulsacyjny z funkcją Dual Gate Doppler, która umożliwia otrzymanie obrazu spektrum w czasie rzeczywistym z dwóch niezależnych bramek dopplerawskich. Możliwe kombinacje PW/PW, TDI/TDI, PW/TDI. Zgodnie z wprowadzonym wymaganiem Zamawiającego zawartym w odpowiedziach na pytania z 22.09.2017 r.)

Zwrócił także uwagę na fakt, że obydwaj oferenci, tj. tak A. Sp. z o.o., jak i E. M. S. Sp. z o.o. Sp. k. zaoferowały w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia to samo urządzenie (S. (...)), ale specyfikacje techniczne tych urządzeń oraz zawarte w nich parametry znacznie się różnią. Ponadto rzekoma specyfikacja, a w zasadzie sądząc po nazwie „folder” dołączony do oferty E. M. S. Sp. z o.o. Sp. k. w żadnym stopniu nie przypomina specyfikacji technicznej urządzenia, ani folderu - jest tylko opisem zawierającym wyłącznie parametry wymagane przez Zamawiającego, dlatego też Odwołujący kategorycznie jest w stanie stwierdzić, iż „folder” ten powstał wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. Dla porównania warto zwrócić uwagę na specyfikację techniczną aparatu S. (...) zawartą w ofercie firmy A. Sp. z o.o., która taką specyfikację już przypomina, chociaż zawiera bardzo skromne informacje - typu: nazwa funkcji, ale już bez jej szerszego opisu, tym samym uniemożliwia potwierdzenie wielu parametrów. W dalszej części odwołania przedstawił przykłady parametrów, których nie da się potwierdzić na podstawie specyfikacji technicznych załączonych przez ww. oferentów:

1. Zamawiający w pkt (poz.) 65 wymaga możliwości rozbudowy o opcję „Oprogramowanie elastograficzne do badania tarczycy; elastografia bez uciskowa z wykorzystaniem pulsacji tętnicy szyjnej oraz indeksem elastyczności ECF”. A. Sp. z o.o. zaoferowała opcję E-Thyroid. W dołączonej specyfikacji można znaleźć opcję E-Thyroid ale bez absolutnie żadnego opisu do czego dana funkcja służy. Daje to podstawy do podejrzeń, iż nie spełnia ona żądanych parametrów.

2. Zamawiający w pkt(poz.) 76 wymaga rozbudowy aparatu o funkcję oceny morfologicznej i funkcjonalnej tętnic i żył. A. Sp. z o.o. podał funkcję Arterial Analysis jednakże w dołączonej specyfikacji podana opcja widnieje tylko z nazwy, ale bez absolutnie żadnego opisu do czego dana funkcja służy. Daje to podstawy do podejrzeń, iż nie spełnia ona żądanych parametrów.

W specyfikacji obu w/w oferentów dotyczących tego samego - identycznego urządzenia, tj. S. (...) znajdują się znaczne różnice w opisach dotyczących tych samych parametrów:

a) Kanały procesowe:

5

A. Sp. z o.o.: 1.548.288

E. M. S. Sp. z o.o. Sp. k.: 1.500.000, a „folderze” 1.548.288

b) Pojemność dysku SSD:

A. Sp. z o.o.: 512 GB

E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k.: 500 GB a „folderze” 532 GB

c) Maksymalna osiągnięta dynamika systemu:

A. Sp. z o.o.: 255 dB,

E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k.: powyżej 250 dB, a w „folderze”. 256 dB.

d) Maksymalna prędkość obrazowania (frame rate):

A. Sp. z o.o.: 2189 fps (Action),

E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k.: 2100 fps a „folderze” powyżej 2100 fps.

Ponadto zauważył, że cena oferowanych urządzeń w sposób istotny się różni. Cena zaofertowanych 2 szt. aparatu S. (...) przez A. Sp. z o.o. i to „bez obrazowania B+CW oraz „B+E” wynosi 379 620 zł brutto. Podczas gdy dokładnie takie same aparaty i to z obrazowaniem B+CW oraz B+E (w więc w bogatszej wersji) firma E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k. zaofertowała w cenie 298 600 zł brutto, tj. aż o 81 029 zł mniej, w związku z tym zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny, co jednakże w świetle braku spełniania parametrów SIWZ przez obie w/w oferty nie ma praktycznego znaczenia, albowiem winny one zostać odrzucone przez Zamawiającego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podsumowując, wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada SIWZ. Ponadto art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszym postępowaniu zostały złożone trzy oferty w tym dwie (poza ofertą Odwołującego) winny zostać odrzucone jako niespełniające wymogów postawionych przez Zamawiającego w SIWZ i odpowiedziach na poszczególne pytania. W tym kontakcie wymagania z SIWZ - parametry urządzeń, których zakupu chciał dokonać Zamawiający spełnia jedynie oferta Odwołującego i to zasadniczo ona winna zostać wybrana. Z tej racji koniecznym stało się nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, przy jednoczesnym nakazaniu odrzuceniu ofert tak E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k., jak i A. Sp. z o.o., przy nakazaniu Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tak by wybrana została oferta Odwołującego.

Zamawiający w dniu 16.10.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19.10.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) zwana dalej: E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

6

Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził, iż Odwołujący słusznie podnosił, iż mimo, że Zamawiający w odpowiedzi udzielonej w dniu 22.09.2017 r. na pytanie nr 13 wskazał iż "urządzenie ma mieć możliwość uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego", to nie zmodyfikował treści tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ. (str. 4. odwołania, akapit ostatni, str. 5. odwołania, akapit pierwszy). Stąd też Przystępujący wypełnił rubrykę nr 42 Załącznika nr 1 do SIWZ w sposób tożsamy z innymi rubrykami tego załącznika - wymagającymi od oferenta jedynie potwierdzenia spełnienia danego wymogu - uznając za wystarczającą odpowiedź TAK wskazaną w kolumnie "Wartość lub zakres wartości wymaganych" (jak np. najbliższa rubryka 42 rubryka tożsamo sformułowana, tj. rubryka 39). Podobnie zresztą uczynił drugi z oferentów. Przystępujący wskazał, iż Zamawiający dysponował w toku postępowania przetargowego narzędziem pozwalającym rozwiązać ewentualne jego wątpliwości co do złożonej przez Przystępującego oferty, to jest wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty — na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Z narzędzia tego Zamawiający skorzystał, zwracając się do Przystępującego w dniu 06.10.2017r. o udzielenie wyjaśnień odnośnie treści oferty, w tym również spełnienia wymogu możliwości uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego. W udzielonych w dniu 06.10.2017 r.. wyjaśnieniach do złożonej przez siebie oferty Przystępujący potwierdził fakt spełnienia wymogu możliwości uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego podniesionych przezeń w odwołaniu, a dotyczących rzekomych rozbieżności pomiędzy parametrami zadeklarowanymi przez Przystępującego w zał. nr 1 do SIWZ a parametrami wskazanymi w folderze oraz, braku potwierdzenia niektórych parametrów podniósł co następuje. Przyjęta przez Zamawiającego

metodyka wypełniania załącznika nr 1 do SIWZ w niniejszym postępowaniu pozwalała co do zasady na potwierdzenie spełnienia wymogów minimalnych, oczekiwanych przez Zamawiającego, a tylko w niektórych wypadkach, tych mianowicie, w których spełnienie wymogów wyższych niż minimalne premiowane były dodatkowymi punktami, wymagała wskazania maksymalnych wartości oferowanego urządzenia, to jest w przypadku pkt. 6, 7, 15, 17, 24 i 40 zał. nr 1 do SIWZ. W tych też punktach zał. nr 1 do SIWZ Przystępujący wskazał maksymalne wartości/parametry oferowanego urządzenia, w pozostałych co do zasady ograniczając się do potwierdzenia spełnienia minimalnych/brzegowych wartości gwarantujących dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Stąd też rozbieżności pomiędzy minimalnymi wartościami niektórych parametrów zadeklarowanych przez Przystępującego a oczekiwanych przez Zamawiającego, a rzeczywistymi niektórymi znacznie maksymalnymi wartościami parametrów, przewyższającymi wartości brzegowe określone w SIWZ przez Zamawiającego. Z faktu

7

powyższego żadną miarą nie można wywodzić jednak, iż urządzenie oferowane przez Przystępującego nie spełnia wymogów SIWZ.

Z kolei twierdzenia Odwołującego, jakoby niektóre z parametrów nie znajdowały potwierdzenia w złożonej przez Przystępującego ofercie nie polegają na prawdzie. Otóż przytoczone przez Skarżącego parametry wyszczególnione w pkt.65 i 76 załącznika nr 1 do

SIWZ znajdują potwierdzenie w folderze załączonym przez Przystępującego do jego oferty (str.15 oferty u dołu). Odnosząc się do hipotetycznie wyartykułowanego przez Skarżącego zarzutu rażąco niskiej ceny (str. 8. odwołania, po środku) pragniemy podnieść co następuje.

Pismem z 04.10.2017r Przystępujący udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 03.10.2017r, wystosowane przezeń na podstawie przepisu art. 90 ust.1 i 1a Pzp. Zważywszy, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego, udzielone przezeń wyjaśnienia w zakresie ceny zaoferowanych urządzeń uznane zostały za satysfakcjonujące Zamawiającego.

Na marginesie jedynie Przystępujący wskazał, że to jego oferta oscyluje w cenowych realiach rynkowych, a oferty konkurencyjne zgłoszone w niniejszym postępowaniu są „wygórowane”, na dowód czego Przystępujący przytacza ofertę Skarżącego, firmy M. Sp. z o.o., która to spółka w postępowaniu 6/PN/2017/D organizowanym przez: 115 Szpital Wojskowy z Przychodnią - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, (...) zaferowała 1 aparat USG (...) w cenie 158 000 zł.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na trzeciej pozycji, w wypadku potwierdzenia się zarzutów wobec podmiotów, które zostały sklasyfikowane na pierwszej i drugiej pozycji na szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba oddalił wnioski Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp, sformułowany w kontekście wniosku w tekście przesłanej korespondencji, gdzie, wnosił o rozważenie swojego statusu oraz braku podstaw do stosowania przez niego

8

jako podmiot będący spółką z o.o. przepisów Pzp. Zgodnie z art. 3 ust. 1 Pzp, ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez:

1. jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
2. inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
3. inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani

handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i pkt 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a. finansują je w ponad 50% lub
- b. posiadają ponad połowę udziałów lub akcji, lub
- c. sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d. mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

- o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności;

4. związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i pkt 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3;

5. inne niż określone wyżej podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa powyżej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ w szczególności:

- a. posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub,
- b. posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
- c. mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

6. inne niż określone wyżej podmioty, jeżeli zachodzą następujące okoliczności:

a. ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-4;

b. wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

c. przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi

9

robotami budowlanymi. W przedmiotowym stanie faktycznym konieczne jest rozważenie, czy Zamawiający jest nim w rozumieniu art. 3 ust.1 pkt 3 lit. a do d Pzp. Izba biorąc pod uwagę załączoną korespondencję pomiędzy Izba, a Zamawiającym, a będącą częścią przesłanej dokumentacji – wniosek z 29.08.2017 r. skierowany do Departamentu Prawnego UZP (który ostatecznie nie zajął wiążącego stanowiska odsyłając do ogólnej opinii przywołanej poniżej), jak i stanowiska stron wyrażone na posiedzeniu stwierdza, że Zamawiający jest innym podmiotem zobowiązany do stosowania przepisów Pzp na podstawie art. 3 ust.1 pkt 3 lit. b, c i d Pzp. W zakresie przesłanek wynikających z przywołanych lit. b, c i d Zamawiający przyznał w powołanym wniosku, że jednostka z sektora finansów publicznych (uczelnia publiczna „Warszawski Uniwersytet Medyczny” – art. 9 pkt 11 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych - Dz.U. z 2016 r. poz. 1870 ze zm.) posiada ponad połowę udziałów albo akcji, sprawuje nadzór nad organem zarządzającym, czy też ma prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Kwestionował jednakże, że jest osobą prawną utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Izba w tym kontekście podnosi za samym Zamawiającym, że stosownie do § 4 ust. 1 Umowy Spółki podstawowym celem jego działalności jest prowadzenie podmiotu leczniczego świadczącego usługi w zakresie opieki stacjonarnej i specjalistycznej ambulatoryjnej, pomocy doraźnej i transportu sanitarnego oraz podstawowej opieki zdrowotnej i opieki paliatywnej. Jego dalsze rozważanie w przywołanym wniosku de facto potwierdzają cel tego utworzenia taki jak wynika ze statutu, sugestia, że będzie to uzależnione od wielu czynników, w tym i tego czy Narodowy Fundusz Zdrowia dalej NFZ zawrze z Zamawiającym umowę na wykonywanie świadczeń medycznych, oraz, że zawarcie umowy z NFZ jest uzależnione od spełnienia przesłanek określonych przez NFZ i dokonania przez NFZ wyboru tego, a nie innego podmiotu, w ocenie Izby nie zmienia pierwotnego celu utworzenia wynikającego z przywołanego § 4 ust. 1 Umowy Spółki. Kwestia, tego, że teoretycznie może się zdarzyć, iż Zamawiający będzie wykonywał świadczenia medyczne tylko odpłatnie, komercyjnie – nie zmienia tego pierwotnego celu utworzenia. W tym kontekście, Zamawiający wyartykułował także nową przesłankę - „o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej

celem nie jest wypracowanie zysku nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności". Stwierdził, że dodany na podstawie jednej z ostatnich nowelizacji (ustawa z 22.06.2016 r. – Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) w art. 3 ust. 1 pkt 3 in fine zapis „o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności" stanowi odzwierciedlenie w szczególności wyjaśnienia zawartego w motywie 10 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE (Dz.U. UE L z dnia 28 marca 2014 t. 94, s. 65). Przepis motywu 10 preambuły stanowi, że

10

podmiot działający w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za podmiot prawa „publicznego, - ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy. Uznał, że w jego wypadku jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w formie spółki z o.o., w której ponad 50% udziałów posiada uczelnia publiczna, sprawuje nadzór nad organem zarządzającym, czy też ma prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego i która de facto działa w zwykłych warunkach rynkowych, jego celem jest wypracowanie zysku i ponoszenie straty wynikającej z prowadzenia działalności, a w konsekwencji nie powinna stosować przepisów Pzp.

Izba wskazuje, że tzw. rozstrzygająca dodana w 2016 r. przesłanka, która miałaby zmieniać zakres podmiotowy stosowania przepisów Pzp, nie wywołuje takich skutków. Wskazuje na to analiza przepisów także dyrektyw i orzecznictwa europejskiego, jak i opinia prawna UZP: „Podmiot prawa publicznego w świetle nowelizacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych” (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/podmiot-prawa-publicznego-w-swietle-nowelizacji-przepisow-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>). Przy czym, należy się zgodzić, z tezą zawartą w tej opinii, że ta przesłanka: „nie posiada charakteru samoistnego, ale subsydialny i należy rozumieć ją jako wskazówki interpretacyjne w kontekście pierwszego elementu definicji, tj. warunku dotyczącego powołania w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Tym samym, należy wyraźnie wskazać, iż nadanie przez ustawodawcę przepisowi art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nowego brzmienia nie wpływa automatycznie na zakres podmiotowy jego stosowania. W tym celu należy odwołać się do brzmienia motywu 10 do dyrektywy 2014/24/UE, a także motywu 21 i 12 odpowiednio do dyrektyw 2014/23/UE oraz 2014/25/UE, gdzie unijny prawodawca wskazał, że podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za „podmiot prawa publicznego”, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania, których ten podmiot został założony lub zaspokajanie, których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy. W tych samych motywach preambuły cytowanych dyrektyw unijny prawodawca przypomniał, że termin „instytucje zamawiające”, a zwłaszcza termin „podmioty prawa publicznego” były wielokrotnie analizowane przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Zaznaczył zarazem, że zakres podmiotowy dyrektyw powinien pozostać niezmienny. W tym celu w dyrektywach 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE zachowane zostały definicje, na których oparł się Trybunał, oraz wprowadzono pewną liczbę objaśnień przedstawionych w ramach tego

11

orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji, przy czym zamiarem unijnego prawodawcy nie była zmiana rozumienia pojęć wypracowanych w orzecznictwie.”. Izba nadto wskazuje, że na jej subsydialny charakter wskazuje sformułowanie „o ile”. W tym kontekście, Izba podnosi, że Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że stosował przepisy Pzp przed wprowadzeniem tej przesłanki. Jednocześnie, Izba podnosi, że Trybunał uznał, że sam fakt występowania konkurencji nie wystarcza do wykluczenia możliwości, że podmiot finansowany lub kontrolowany przez państwo, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego może się kierować względami innymi niż ekonomiczne. (orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 Gemeente Arnhem u Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV.). Trybunał stwierdził także, że istnienie znaczącej konkurencji samo w sobie nie pozwala wysnuć wniosku, że nie mamy do

czynienia z potrzebami w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Podobnie rzecz się ma z tym, że dany podmiot ma na celu zaspokajanie w szczególności potrzeb przedsiębiorstw handlowych. Aby dokonać rzetelnej oceny, czy potrzeby w interesie ogólnym, do których zaspokajania dany podmiot został powołany lub których zaspokajanie zostało mu powierzone, mają nieprzemysłowy i niehandlowy charakter, należy wziąć pod uwagę szereg różnych czynników, w tym warunki, w jakich ten podmiot prowadzi swoją działalność. (za orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia w sprawie C-18/01 *Arkkitehtuutoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy i Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa przeciwko Varkauden Taitotalo Oy*, ECLI:EU:C:2003:300 oraz orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Korhonen pkt 50*; por. także wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 *Adolf Truley GmbH przeciwko Bestattung Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2003:110, pkt 61).

Niewątpliwe na rynku na który funkcjonuje Zamawiający ma miejsce znaczna konkurencja i jak każdy podmiot funkcjonujący na rynku, także Zamawiający wypracowuje zysk i czasem ponosi straty, ale w ocenie Izby twierdzenie, że działa na zwykłych warunkach rynkowych jest niezasadne. Izba podnosi, że sam przyznał na posiedzeniu, że nie może odmówić przyjęcia pacjenta w ramach kontraktu z NFZ, czyli kieruje się także względami innymi niż ekonomiczne. Inaczej mówiąc, w ramach kontraktu z NFZ może się nawet liczyć że będzie ponosił straty z tytułu ponoszenia kosztów leczenia pacjenta nieadekwatnych do jego rzeczywistych kosztów, które ponosi z tytułu realnej ceny, na jaką winny opiewać dane usługi medyczne. Ich późniejsze ewentualne dochodzenie na późniejszym etapie nie zawsze jest skuteczne. W sytuacji realizacji tylko odpłatnych świadczeń medycznych, to sam Zamawiający określił taką możliwość jako teoretyczną. Należy bowiem zauważyć, że rynek tego typu świadczeń, a dokładnie grono ich obiorców mimo, że sukcesywnie wzrasta nadal jest mniejsze. Nadto, w tym zakresie możliwość utrzymania się tylko z tego typu świadczeń

12

odpłatnych wiązałyby się z koniecznością daleko idących zmian w strukturze Zamawiającego i koniecznością rozliczenia wielu wcześniejszych zakupów dokonywanych nie rzadko ze środków publicznych (nie tylko Uczelni, ale i innych podmiotów publicznych), gdyż niewątpliwie dokonywane zakupy miały być przeznaczone dla szerokiego grona obywateli nie tylko dla osób korzystających ze świadczeń odpłatnych. Powyższa teza ma uzasadnienie w niniejszym stanie faktycznym i należy ją odnieść wprost do Zamawiającego i jego konkretnej sytuacji, chociażby dlatego, że oświadczył na rozprawie, iż środki w tym postępowaniu na: *„Zakup i dostawa dwóch kompletnych aparatów USG dla Uniwersyteckiego Centrum Zdrowia Kobiety i Noworodka Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego Sp. z o.o. w W.”* pochodzą z Ministerstwa Zdrowia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia nr 588249-N-2017 z 14.09.2017 r., postanowienia SIWZ, w tym tabela w zał. nr 1 do SIWZ, odpowiedzi na pytania z 20.09.2017 r., odpowiedzi na pytania z 22.09.2017 r., pismo zmieniające odpowiedź na jedno z pytań (nr 14) z 25.09.2017 r., odpowiedzi na pytania z 26.09.2017 r., ogłoszenia nr 500034288-N-2017 z 26.09.2017 r., pisma Zamawiającego z 03.10.2017 r. w przedmiocie informacji z otwarcia ofert, oferty Przystępującego, tj. E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k., oferty A. Sp. z o.o., oferty Odwołującego, tj. M. Sp. z o.o., korespondencji mailowej z 06.10.2017 pomiędzy Zamawiającym, a Przystępującym oraz analogicznej korespondencji mailowa także z 06.10.2017 r. między Zamawiającym a A. Sp. z o.o., wezwania Zamawiającego z 03.10.2017 do udzielenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust.1 i 1a Pzp, wyjaśnienia Przystępującego w tym zakresie z 04.10.2017 r., kopia oferty M. Sp. z o.o. w postępowaniu 6/PN/2017/D organizowanym przez 115 Szpital Wojskowy z Przychodnią - SPZOZ, (...), jak i pisma Zamawiającego z 10.10.2017 r. zawierające informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Złożone przez Odwołującego jako dowód na rozprawie:

- 1) dwie kopie folderów urzędzenia, zaoferowanego przez Przystępującego, w dwóch odmianach, radiologicznej i ginekologicznej – Izba nie uznała jako dowód z uwagi na brak tłumaczenia, odnosi się do tej kwestii w dalszej części uzasadnienia;
- 2) folder aparatu, który zaoferował w swojej ofercie wraz ze specyfikacją techniczną i przetłumaczonymi fragmentami – Izba uznała jako dowód.

□ oświadczenie producenta aparatu, zaoferowanego przez Przystępującego, jak i A. Sp. z o.o. z 20.10.2017 r. wraz z pełnomocnictwem dla osoby składającej niniejsze oświadczenie – Izba uznała jako dowód i odnosi się do niego w dalszej części uzasadnienia.

Złożone przez Przystępującego jako dowód na rozprawie:

□ zrzuty ekranów, zaoferowanego urządzenia (...) – Izba nie uznała jako dowód, odnosi się do tej kwestii w dalszej części uzasadnienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez:

1) dokonanie wyboru oferty, która nie spełniała warunków określonych w SIWZ,
2) brak dokonania wyboru oferty Odwołującego, która jako jedyna spełniała wymogi wynikające z SIWZ.

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie podczas gdy w niniejszym postępowaniu winien on być zastosowany, co skutkowało brakiem odrzucenia ofert tak E. M. S. Sp. z o. o. Sp. k., jak i A. Sp. z o.o.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz przystąpienia. Istotna jest przywołana w odwołaniu treść poz. 42, 65 i 76 w ofertach Przystępującego oraz A. Sp. z o.o. Nadto, odpowiedź na pytanie 13 z 22.09.2017 r., jak i treść zał. nr 1 do SIWZ w kontekście wszystkich udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania i braku dokonywania zmian w jego treści przez Zamawiającego. Nie bez znaczenia jest także korespondencja prowadzona przez Zamawiającego z Przystępującym oraz A. Sp. z o.o., ale jej charakter Izba ocenia w dalszej części uzasadnienia. Dodatkowo, istotny jest fragment ze str. 8 SIWZ: „4) *dokładny opis oferowanego urządzenia oraz materiały firmowe producenta takie jak drukowane broszury, specyfikacje, aplikacje oryginalne lub potwierdzone za zgodność z oryginałem lub należy podać adres/adresy stron internetowych z których informacje te mogą być pobrane i Zamawiający będzie mógł potwierdzić deklarowane przez oferenta parametry oraz informację. Z opisu tego jak również z załączonych materiałów musi wynikać w sposób precyzyjny i niebudzący żadnych wątpliwości spełnienie warunków techniczno-użytkowych*

określonych przez Zamawiającego.” Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania zarzutów w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba odniesie się do zarzutów odwołania, z uwagi na ich charakter i wzajemnie przenikanie łącznie, uznając, że w/w zarzuty zostały potwierdzone, ale jedynie częściowo, a faktyczna konieczność uwzględnienia częściowego wynikała także z potrzeby przeprowadzenia procedury sanacyjnej w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, po unieważnieniu pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie oferty Przystępującego, Izba uznała, odnośnie zarzutu dotyczącego wymogu, aby zaoferowane urządzenie miało możliwość uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego, co następuje.

Po pierwsze, udzielona odpowiedź na pytanie nr 13 – pismem z 22.09.2017 r. nie pociągała za sobą zmiany treści załącznika nr 1 do SIWZ w poz. 42. W konsekwencji uwzględniając klauzule ze wstępu załącznika nr 1: „(...) *przestrzegając ściśle postanowień*

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...)", jak i treść klauzuli nr 6 pod tabelą: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i uznajemy się za związanych określonymi w niej postanowieniami i warunkami”, przy jednoczesnym uwzględnieniu zastrzeżenia z pisma Zamawiającego z 22.09.2017 r. odpowiedzi na pytania: „Powyższe odpowiedzi stają się integralną częścią SIWZ oraz winny być uwzględniony przez Wykonawców w trakcie przygotowania dokumentów do złożenia ofert w postępowaniu” należy uznać, że potwierdzenie „TAK” w poz. 42 Doppler Pulsacyjny było deklaracją dotyczącą także udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 13. Izba nie może bowiem wyciągać negatywnych konsekwencji w zakresie niejednoznacznych postanowień SIWZ i pozostawienie przez Zamawiającego pierwotnej tabeli (zał. Nr 1) w poz. 42. Przystępujący nie zmienił żadnego fragmentu tej tabeli, ani też nie odnosił się do żadnego z innych odpowiedzi na pytania, czyli de facto nie zmieniając tabeli, tj. jej treści – uwzględnił odpowiedzi na pytania - w trakcie przygotowania dokumentów do złożenia oferty w postępowaniu.

Po drugie, niewątpliwie w ramach zał. nr 1 do SIWZ należało zadeklarować oczekiwane przez Zamawiającego parametry urządzenia. Na ich potwierdzenie należało z kolei załączyć: „dokładny opis oferowanego urządzenia oraz materiały firmowe producenta takie jak (...)”. W konsekwencji tak z opisu, jak i załączonych materiałów miało wynikać

15

potwierdzenie spełnienia warunków techniczno - użytkowych określonych przez Zamawiającego, co jest zgodne z postanowieniami SIWZ ze str. 8, w tym zakresie. Przystępujący złożył także: „folder”, który jest de facto oczekiwanym opisem, przy czym sam Odwołujący na rozprawie zwracał uwagę na nieostry charakter sformułowania „dokładny opis”, nadto deklaracje producenta, która biorąc pod uwagę oświadczenia Przystępującego w zakresie parametru z poz. 65 i 76 załącznika nr 1 z rozprawy, była faktycznie materiałem firmowym producenta, a przynajmniej za taki można było je traktować w kontekście otwartego katalogu i sformułowania „takie jak” w SIWZ (str. 8).

Tak czy inaczej, żaden fragment oferty Przystępującego pochodzący od producenta oferowanego aparatu nie potwierdzał parametru możliwości uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego. Jednocześnie, Zamawiający złożył jako dowód na rozprawie – oświadczenia producenta zaoferowanego aparatu firmy S. E. P. Sp. z o.o. z 20.10.2017 r. „przedstawiciela na Polskę” (tak przez Przystępującego, jak i firmę A. Sp. z o.o.) zawierające takie potwierdzenie. W ocenie Izby, ten dokument może być oceniany jedynie w kategoriach wstępnego potwierdzenia, gdyż żaden dokument producenta w postępowaniu przetargowym tego nie czynił, a tzw. „wyjaśnienia” po pierwsze pochodziły od Przystępującego, czyli stanowiły dodatkową deklarację lub opis, nadto zostały uzyskane w niewiadomym trybie - miały charakter prośby, a nie były wynikiem formalnego wezwania.

W konsekwencji, Izba nakazała takie działanie jak w sentencji podnosząc, że materiały pochodzące od producenta obok opisu, który nie musiał mieć takiego charakteru miały potwierdzać parametry („warunki techniczno-użytkowe”), czyli służyć potwierdzeniu spełnienia przez oferowane urządzenie w ramach dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp). Izba uznała, że w tym stanie faktycznym, po analizie postanowień SIWZ (ze str. 8 w szczególności) jest to dokument uzupełnialny, stąd stosowny nakaz. Przy czym, Izba związana jest zarzutem, a nie wnioskami zawartym w odwołaniu, z tej przyczyny nakazuje wezwanie w zakresie będącym przedmiotem sporu w stosunku do Przystępującego.

Oдноśnie „folderu” Izba tak jak wskazywała powyżej, uznała go za opis. Naturalnie opis mógł także zawierać się w materiale producenta, jak w przypadku A. Sp. z o.o. lub też stanowić oddzielny dokument, jak u Przystępującego i nie pochodzić od producenta. Przy czym, w takim wypadku wystarczające było jeśli parametry potwierdza co najmniej dokument pochodzący od producenta (biorąc pod uwagę, że jest to dokument dalej idący).

Względem dokumentów złożonych na rozprawie przez Odwołującego, a pobranych ze strony producenta S. M. CO., LTD, Izba nie uznała ich z uwagi na brak tłumaczenia, co jest niezgodne z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964

16

ze zm. z Dz. U. z 2017 r., poz. 14). Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że noszą datę 2015, i w tym kontekście należy zauważyć, że specyfikacja techniczna załączona przez A. Sp. z o.o. pochodzi z 2016 r. i stanowi wersję 2.0, także więc z tej przyczyny owe dokumenty nie są wiarygodne co do ich aktualności. Względem przedłożonych przez Przystępującego

- zrzutów ekranu z aparatu

zaoferowanego przez Przystępującego, stanowisko Odwołującego sprowadzało się do ich negacji i stwierdzenia, że mamy do czynienia z obrazem podzielonym na pół, a nie z dwoma bramkami i że są to bramki, które nie działają w tym samym czasie. Odwołujący nie wyjaśnił skąd taki wniosek, ani dlaczego takie bramki muszą działać w tym samym czasie, skoro odpowiedź na pytanie 13 z 22.09.2017 r. nic nie wspomina o tym, że owe bramki mają mieć aktywny charakter, ani też nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska wynikającego z tej negacji. Ograniczył się jedynie do wskazanego oświadczenia. Nie wnosił też o przeprowadzenie dowodu np. w postaci eksperymentu procesowego, czy też nie wnosił o powołanie dowodu z opinii biegłego.

W kwestii samego oświadczenia producenta złożonego na rozprawie przez Zamawiającego, Izba nie widzi podstaw do jego kwestionowania, tym bardziej, że załączone pełnomocnictwo upoważnia osobę podpisującą przedmiotowe oświadczenie do potwierdzania w imieniu Mocodawcy parametrów technicznych urządzeń. Jednocześnie, Izba podnosi, że wiele oczekiwanych parametrów przez Zamawiającego w zał. nr 1 do SIWZ wskazywało na możliwość rozbudowy (np. od poz. 60 do poz. 63, czy też od poz. 69 do 79), czyli przedmiotem zamówienia nie było do końca gotowe urządzenie. Istotne było, aby oczekiwana funkcjonalność została osiągnięta.

Jedyną wadą wskazanego wyżej oświadczenia było jego złożenie na rozprawie, w tym znaczeniu, że Izba ocenia czynność Zamawiającego na podstawie tych dokumentów jakimi Zamawiający dysponował w toku postępowania przetargowego. (stan rzeczy na dzień podjęcia czynności przez Zamawiającego). Jednocześnie Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W tym zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13.

17

Z tej przyczyny stosowny nakaz w sentencji, ewentualne odrzucenie jest przedwczesne, z uwagi na niewyczerpanie trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp i przy uwzględnieniu uzupełniającego charakteru dokumentów pochodzących od producenta urządzenia. Jednocześnie, aby wezwać do uzupełnienia (ten obligatoryjny bowiem tryb jak wskazano powyżej nie został wyczerpany) konieczne stało się uwzględnienie odwołania w przedmiotowym zakresie i nakazanie powtórzenia badania i oceny złożonych ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie różnic między tabelą w zał. nr 1 do SIWZ, a „folderem” u Przystępującego, Izba uznaje zarzut za niezasadny. Izba w tym kontekście uznała stanowisko Przystępującego z przystąpienia za wiarygodne w kontekście przywołanych pozycji tabeli zał. nr 1. Stając na stanowisku, że zaistniałe różnice rzeczywiście wynikają z przyjętych zasad premiowania dodatkowymi punktami w danych pozycjach, jak i zarazem uznania, że przyjęta metodyka wypełniania zał. nr 1 do SIWZ pozwalała w innych pozycjach na potwierdzenie jedynie spełnienia wymogów minimalnych oczekiwanych przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Podnoszone, zaś z kolei w odwołaniu różnice między ofertą Przystępującego, a ofertą firmy A. Sp. z o.o., jak i zarzut w tym zakresie Izba uznała za niezasadny.

Owe różnice mają charakter pozorny, gdyż w dwóch wypadkach sformułowanie „powyżej” u Przystępującego nie stoi w sprzeczności z wartościami firmy A. Sp. z o.o. Odnosnie, zaś kanałów procesowych różnica, jest wynikiem przyjętej minimalnej deklaracji. W zakresie, zaś

pojemności dysku SSD nie deprecjonuje zaistniała różnica poziomu, od którego za ten parametr winno być przyznana odmienna punktacja.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Kwestia ceny rażąco niskiej nie była odrębnym zarzutem i nie będzie rozpatrywana z uwagi na art. 192 ust. 7 Pzp. Stanowiła jak stwierdził na rozprawie Odwołujący, jedynie argumentem dodatkowym w sprawie. Wobec powyższego, Izba jedynie więc stwierdza, że okoliczność, iż oferowanie ceny, nawet tego samego aparatu, różni się, nie świadczy definitywnie o charakterze zaoferowanej ceny jako rażąco niskiej, mogą bowiem zaistnieć różnice wynikać z odmiennej marży, czy też innego rabatu u producenta.

Odnosnie A. Sp. z o.o., Izba względem kwestii uruchomienia dwóch bramek Dopplera Pulsacyjnego podtrzymuje swoją wcześniejszą argumentację, uwzględniając zarzut jedynie częściowo. Przy czym, w tym zakresie ten Wykonawca nie trzymał się ściśle tabeli zał. nr 1

18

do SIWZ dokonując w określonych pozycjach odwołań do odpowiedzi na pytania z 20.09.2017 r. (poz. 64, 65, 85 i 86). Nie uczynił tego względem co do poz. 42 w zakresie odpowiedzi na pytania z 22.09.2017 r., czy też 25.09.2017 r. Z tych powodów Izba uznała, jak wyżej. W wypadku A. Sp. z o.o. nakaz wynikający z sentencji dotyczył także poz. 65 i 76 tabeli z zał. nr 1 do SIWZ. Należy przy czym podkreślić, że odnośnie tych pozycji zarzut dotyczył jedynie firmy A. Sp. z o.o. Świadczy to o niekonsekwencji Odwołującego bowiem, obie funkcjonalności także zostały zadeklarowane w ofercie Przystępującego, jak i wynikają z deklaracji producenta, zaś z tłumaczenia tej deklaracji wynika wprost (str. 19 – tłumaczenie str.22), że dotyczy to „Analizy naczyń krwionośnych”, jest tam też wskazana opcja E-Thyroid oraz technologia Stain. Podobnie jest co do A. Sp. z o.o. (str. 8 -9 specyfikacji technicznej) – Opcje dodatkowe – Analiza tętnic, E-Thyroid oraz technologia Stain. Z niewiadomych powodów odwołanie i zarzut odnośnie poz. 65 i 76 tabeli z zał. nr 1 do SIWZ został postawiony jedynie do oferty A. Sp. z o.o.

Podmiot ten zadeklarował rozbudowę aparatu o obie sporne funkcjonalności w tabeli w zał. nr 1 do SIWZ, w stosownych pozycjach - dokonując odpowiednich „dopisków” lub odwołań do odpowiedzi na pytanie (pismo z dnia 20.09.2017 r.). Jednakże celem rozwiania wszelkich wątpliwości i w kontekście złożonego na rozprawie oświadczenia producenta aparatu, które pojawiło się dopiero w toku postępowania odwoławczego, Izba nakazała stosowne wezwanie. Przy czym, ewentualne odrzucenie, jest na obecnym etapie przedwczesne, z uwagi na uzupełnialny charakter dokumentu pochodzącego od producenta i nie wyczerpanie trybu z art. 26 ust. 3 Pzp. Analogiczna argumentacja w tym zakresie przedstawiona przy rozpatrywaniu zarzutu co do powodów uwzględnienia odwołania i nakazania wezwania ma zastosowania także w tym wypadku.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczalnej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

19

Przewodniczący:

.....

20