Sygn. akt: KIO 2406/17

WYROK
z dnia 30 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.11.2017 r. przez wykonawcę **G. M. S. P. Sp. z o.o., (…)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we W., ul. (…)**

przy udziale wykonawcy **F. E. G. (sp. z o.o.) Oddział w Polsce, (…)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2406/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Wykonawcy F. E. G. (sp. z o.o.) Oddział w Polsce
2. kosztami postępowania obciąża Przystępującego **F. E. G. (sp. z o.o.) Oddział w Polsce, (…)** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **G. M. S. P. Sp. z o.o. (…)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Przystępującego **F. E. G. (sp. z o.o.) Oddział w Polsce, (…)** na rzecz Odwołującego **G. M. S. P. Sp. z o.o., (…)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 2406/17

UZASADNIENIE

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we W. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa mammografu". Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 sierpnia 2017 r. pod nr 2017/S 160-329930.

Odwołujący G. M. S. P. sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru oferty złożonej przez F. E. G. (sp. z o.o.), Oddział w Polsce, jako najkorzystniejszej, zaniechaniu odrzucenia oferty F., przyznaniu F. błędnej (zawyżonej) liczny punktów w kryterium „Jakość techniczna", zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1

Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty F., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w Postępowaniu kryteriów oceny, w szczególności na skutek przyznania F. błędnej (zawyżonej) liczny punktów w kryterium „Jakość techniczna",
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty F. jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny oferty, odrzucenia oferty F., ewentualnie, w przypadku nie podzielenia zarzutu uzasadniającego odrzucenie oferty F., dokonania weryfikacji liczby punktów przyznanych ofercie F. w kryterium Jakość techniczna (a w konsekwencji łącznej liczby punktów), w szczególności z uwzględnieniem, iż punkty nie powinny być przyznane za parametry, które nie zostały potwierdzone w materiałach informacyjnych producenta, a w rezultacie przyznanie F. punktacji zgodnie z żądaniami zawartymi w uzasadnieniu odwołania.

Niespełnienie parametru wymaganego w pkt 72 załącznika nr 5 do SIWZ
W punkcie 72 załącznika nr 5 do SIWZ rozdział VIII Tomosynteza Zamawiający wymagał, aby zaoferowany system był wyposażony był w nieruchomą osłonę twarzy podczas badania tomosyntezy.
14 września Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 10, które brzmiało: „Dotyczy: VIII. Tomosynteza, pkt 72. Nieruchoma osłona twarzy podczas badania tomo" Czy Zamawiający dopuści mammograf z osłoną twarzy, która jest nieruchoma względem głowicy, a ruchoma względem twarzy pacjentki? Takie rozwiązanie także gwarantuje pełną ochronę

radiologiczną pacjentki i nie wpływa na jakość wykonywanego badania." Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający dopuszcza powyższe rozwiązanie."
19 września Zamawiający odpowiedział na pytanie: „Zamawiający potwierdza, że dopuszcza aparat, w którym podczas badania 2D osłona twarzy jest nieruchoma względem głowicy. Zamawiający wymaga natomiast by w trakcie badań tomosyntezy osłona twarzy była nieruchoma względem twarzy pacjenta."
Wykonawca F.FILM w ofercie w pozycji 72 wskazała *„TAK, osłona ruchoma (zgod. z odp. na pytania z dnia 14.09)"*
W związku z powyższym dnia 12.10.2017 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Wykonawcę F. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty i wyjaśnienie, czy oferowany w przedmiotowym postępowaniu aparat Amulet Innovality wyposażony jest w nieruchomą osłonę twarzy podczas badania tomosyntezy.
W odpowiedzi Wykonawca F. powołał się na wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ z dnia 14.09.2017 r. (odpowiedź na pytanie nr 10), stwierdzając, że „Zamawiający dopuścił rozwiązanie, w którym osłona twarzy pacjentki jest nieruchoma względem głowicy, a ruchoma względem twarzy pacjentki". Dodatkowo Wykonawca F. odwołał się do odpowiedzi zamawiającego z dnia 19.09.2017 r. (odpowiedź na pytanie nr 1), wskazując, że Zamawiający dopuścił w nich "aparat w którym podczas badania 2D osłona twarzy jest nieruchoma względem głowicy, wymaga natomiast by w trakcie badań tomosyntezy osłona twarzy była nieruchoma względem twarzy pacjentki." Ponadto Przystępujący wskazał, że oferowane urządzenie wyposażone jest standardowo w osłonę nieruchomą względem głowicy, a ruchomą względem twarzy pacjentki. Dalej Przystępujący wyjaśnił, że składając ofertę wskazał na posiadanie osłony ruchomej względem twarzy pacjentki w badaniu 2D (zgodnie z odpowiedziami). Składając oświadczenie o zgodności zaoferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ potwierdził, że w ramach realizacji zamówienia dostarczy urządzenie z dodatkowa opcją obejmującą osłonę stałą względem twarzy pacjentki w badaniu tomosyntezy.

Zdaniem Odwołującego treść oferty Wykonawcy F. w zakresie pkt 72 Załącznika nr 5 do SIWZ nie odpowiada treści SIWZ, a złożone wyjaśnienia są nieprzekonujące. Twierdzenie, że wskazanie przez Wykonawcę F. na posiadanie osłony ruchomej w pkt 72 Załącznika nr 5 do SIWZ odnosiło się do badania 2D, jest całkowicie niewiarygodne. Ogólny wymóg dotyczący osłony twarzy pacjentki w zakresie badania 2D znajduje się w odrębnym punkcie tabeli tj. pkt 37 Załącznika nr 5 do SIWZ i jest niezależnym parametrem od tego, wyszczególnionego w pkt 72.

Jak dalej wskazał Odwołujący, również odpowiedzi z dnia 14.09.2017 r. referowały do pkt 72 Załącznika nr 5 do SIWZ (a zatem do tomosyntezy), a nie do badania 2D. Stanowisko to ma

swoje odzwierciedlenie nie tylko w samym tytule pytania nr 10 z dnia 14.09.2017 r. „Pytanie 10 Dotyczy: VIII. Tomosynteza, pkt 72. „Nieruchoma osłona twarzy podczas badania tomo", ale również w wyjaśnieniach z dnia 19 września 2017 r.
W ocenie Odwołującego, tłumaczenie wykonawcy sprowadzające się do twierdzenia, że Wykonawca F. potwierdził spełnienie wymogu osłony stałej względem twarzy pacjentki w badaniu tomosyntezy poprzez złożenie ogólnego oświadczenia o zgodności zaoferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ jest całkowicie nieadekwatne do treści złożonej przez niego oferty. Natomiast sugestia, iż oferowany aparat posiada „opcjonalnie" ww. funkcję, potwierdza że jego wersja podstawowa nie jest wyposażona w ten parametr. Zarazem nic w treści oferty nie świadczy, iż wykonawca objął nią wspomnianą przez siebie opcję dodatkową.
Na brak woli zaoferowania owej „opcji" wskazuje zdaniem Odwołującego fakt, iż nie znajduje ona swojego odzwierciedlenia w dołączonych przez tego wykonawcę materiałach informacyjnych, do których złożenia Wykonawca F. został wezwany w trybie procedury odwróconej.
W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że oferta Przystępującego nie spełnia wymagania z pkt 72 załącznika nr 5 do SIWZ i jako taka nie odpowiada treści SIWZ, w związku z czym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Brak potwierdzenia spełnienia parametru wymaganego w pkt 74 Załącznika nr 5 do SIWZ
W punkcie 74 Załącznika nr 5 do SIWZ Zamawiający postawił wymaganie, zgodnie z którym średnia dawka gruczołowa w trybie (…) dla akwizycji 3D musi być taka sama lub mniejsza jak w standardowym trybie 2D dla ekwiwalentu grubości piersi min. 20 - 100 [mm] (oba tryby muszą dotyczyć tego samego mammografu, dawki muszą być poniżej dawek granicznych EUREF) - dla wszystkich trybów tomosyntezy (jeśli istnieje więcej niż jeden). Zamawiający wymagał potwierdzenia w materiałach informacyjnych dotyczących oferowanego mammografu i publikacjach. Zamawiający przyznawał 5 pkt za najmniejszą dawkę w badaniu 3D (poniżej dawek granicznych EUREF) pozostałe proporcjonalnie. Przystępujący wpisał w tabeli słowo TAK, w kolumnie: spełnienie parametru granicznego oraz wpisał: TAK, 0,95 mGy, w kolumnie dotyczącej wartości oferowanej.
Odwołujący wskazał, że Przystępujący określił w ofercie jedynie wartość dawki promieniowania, natomiast w złożonych materiałach nie potwierdził, że średnia dawka gruczołowa w trybie AEC dla akwizycji 3D jest taka sama lub mniejsza jak w standardowym trybie 2D dla ekwiwalentu grubości piersi min. 20 - 100 [mm] (oba tryby muszą dotyczyć tego samego mammografu, dawki muszą być poniżej dawek granicznych EUREF) - dla wszystkich trybów tomosyntezy (jeśli istnieje więcej niż jeden).

Jak wynika z treści załącznika nr 5 do SIWZ (poz. 74), Zamawiający wymagał potwierdzenia spełniania ww. parametru nie tylko poprzez złożenie materiałów informacyjnych, ale również poprzez przedstawienie publikacji.
Na potwierdzenie spełniania parametru nr 74 Załącznika nr 5 do SIWZ Wykonawca F. dołączył dokument zawierający wykres, który miał poświadczyć spełnienie ww.
funkcjonalności. Zdaniem Odwołującego taki dokument nie stanowi publikacji, gdyż nie zawiera autora, nie znajdują się w nim żadne odwołania do innych publikacji, czy też literatury, a także brak jest w nim jakichkolwiek tez, czy stawianych wniosków. Jak dalej wywodził Odwołujący, nawet gdyby uznać ww. dokument za publikację, to nie potwierdza on spełniania ww. parametru, w szczególności w zakresie wymogu dawki gruczołowej dla ekwiwalentu grubości piersi min. 20 - 100 mm. Z tak przedstawionej krzywej, można wyczytać, iż dotyczy ona zakresu 20-80. Odwołujący wskazał także, że z dokumentu nie wynika, że ww. parametr dotyczy obu trybów tomosyntezy. Brak jest również w nim jakiejkolwiek wzmianki na jakim fantomie były prowadzone przedmiotowe badania.
Odwołujący podkreślił, że materiały na potwierdzenie spełniania omawianego parametru należało złożyć wraz z ofertą, a nie na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 PZP. Przystępujący

nie złożył dokumentów wraz z ofertą, czyniąc to dopiero na wezwanie do uzupełnienia. W tej sytuacji ponowne wezwanie byłoby bezpodstawne.
W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że oferta Wykonawcy F.FILM powinna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie pkt 74 Załącznika nr 5 do SIWZ.

Wadliwa punktach w kryterium Jakość Techniczna (brak potwierdzenia parametrów ocenianych)
Zgodnie z SIWZ oraz informacją nr 2 z dnia 13.09.2017 r. (odpowiedzi na pytanie nr 8, 9) Zamawiający wymagał złożenia materiałów informacyjnych, katalogów ulotek, a w przypadku braku ich posiadania złożenia oświadczenia producenta potwierdzającego spełnienie parametrów technicznych niewyszczególnionych w katalogach firmowych.
Zdaniem Odwołującego, Zamawiający uchybił przepisom postępowania poprzez przyznanie Wykonawcy F. punktów w poszczególnych parametrach Załącznika nr 5 do SIWZ (w ramach kryterium Jakość techniczna), które nie znalazły odzwierciedlenia ani w materiałach informacyjnych, katalogach, ulotkach, do których złożenia zobowiązany był wykonawca, ani też w oświadczeniu producenta oferowanego przez Wykonawcę F. urządzenia.
Jak dalej wskazał Odwołujący, na stronie 55 oferty, Wykonawca na potwierdzenie zaoferowanych funkcjonalności, złożył oświadczenie, które nie jest oświadczeniem producenta oferowanego aparatu. Jest to dokument wystawiony przez F. E. G., nie zaś wskazanego w pkt 1 Załącznika nr 5 do SIWZ producenta proponowanego urządzenia,

którym jest F.FILM Corporation z Japonii. Jak wynika z przedłożonego zaświadczenia, zostało ono wystawione przez Pana M.G., wypowiadającego się w imieniu F. E. Oddział w Polsce (a nie F. C.). Nie można zatem zdaniem Odwołującego, traktować przedmiotowego dokumentu jako oświadczenia producenta urządzenia (…). Odwołujący wskazał, że oświadczenie nie podlega uzupełnieniu w drodze art. 26 ust. 3 Pzp, a także nie może być uznane za inny dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, gdyż bez jego złożenia oferta byłaby ważna (dotyczy parametrów ocenianych).
Odwołujący na podstawie powyższego stwierdził także, że Przystępujący nie potwierdził (brak stosownych danych w materiałach informacyjnych producenta) spełnienia wskazanych w odwołaniu parametrów technicznych

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Przystępujący po stronie Zamawiającego F. E. G. (sp. z o.o.) Oddział w Polsce zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że w punkcie 74 Załącznika nr 5 do SIWZ Zamawiający postawił wymaganie, zgodnie z którym średnia dawka gruczołowa w trybie (…) dla akwizycji 3D musi być taka sama lub mniejsza jak w standardowym trybie 2D dla ekwiwalentu grubości piersi min. 20 - 100 [mm] (oba tryby muszą dotyczyć tego samego mammografu, dawki muszą być poniżej dawek granicznych EUREF) - dla wszystkich trybów tomosyntezy (jeśli istnieje więcej niż jeden). Zamawiający wymagał potwierdzenia w materiałach informacyjnych dotyczących oferowanego mammografu i publikacjach.
W ocenie Izby, przedstawiony przez Przystępującego wykres nie stanowi publikacji. Przystępujący wskazywał, że zgodnie ze słownikiem języka polskiego, publikacja jest to praca, utwór, wydany drukiem, a także ogłaszanie czegoś, podawanie czegoś do publicznej

wiadomości. Już z samej tej definicji wynika, że istotą publikacji jest zamiar jej podania do publicznej wiadomości, a więc skierowanie publikacji do nieoznaczonego kręgu osób. Teoretycznie każdy zainteresowany powinien mieć możliwość zapoznania się z publikacją. Wskazuje na to już sama część słowa „publi", określająca ogólną, publiczną dostępność. Publikacja ma zatem znaczenie szerokie. Wykres, na który powołuje się Przystępujący, dostępny jest wyłącznie dla inżynierów F., a tym samym nie został podany do publicznej wiadomości, a jego dostępność ograniczona jest wewnętrznymi potrzebami firmy. Rozpowszechnienie danego utworu wyłącznie wśród pracowników jednego podmiotu, w ocenie Izby nie spełnia wymogu publikacji. Należy przy tym zauważyć, że nie został wskazany nawet autor przedstawionego przez Przystępującego wykresu, wykres nie zawiera żadnych opisów lub wniosków, co także potwierdza, że wykres został stworzony na wewnętrzny użytek firmy i nie jest publikacją.
Izba miała na uwadze także fakt, że powoływany przez Przystępującego wykres został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skoro więc Przystępujący uważał, że wytworzony wykres stanowił tajemnicę przedsiębiorstwa, to oznacza, że nie ujawniał publicznie treści dokumentu. Zatem zamiarem Przystępującego nie było opublikowanie tego wykresu, czyli publiczne jego udostępnienie, ale wręcz przeciwnie – nieupublicznienie wykresu i ograniczenie kręgu podmiotów, które mają do niego dostęp.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że przedstawiony przez Przystępującego wykres nie zawiera wymaganych informacji. Tak jak wskazywał Odwołujący, wykres zawiera jedynie oznaczenia 20-80. Nie zostało określone, że oznaczenie to jest według wymaganej skali PMMA. Nawet gdyby przyjąć za wiarygodne wyjaśnienia Przystępującego, to należy wskazać, że wykres ten nie zawiera danych o wszystkich trybach. Zamawiający w treści punktu 74 wymagał wskazania dla wszystkich trybów. Wynika to jednoznacznie z brzmienia treści tego punktu. Było to wymaganie obiektywne, nie dotyczyło jedynie trybów, jakie będą zastosowane, skonfigurowane, ale wszystkich trybów, które posiada urządzenie oferowane. Urządzenie oferowane przez Przystępującego zawiera zarówno tryb ST, jak i HR. Okoliczności tej Przystępujący nie zaprzeczył. Co więcej, fakt ten potwierdza oświadczenie Przystępującego z punktu 66 i 67 wypełnionego załącznika nr 5 w treści oferty. W załączniku tym Przystępujący wpisał: czas wykonania skanu tomosynetzy – tak, 9 sekund; zakres skanu tomosyntezy (dla trybu tomosyntezy), dla którego został podany czas skanu w pkt 66 – tak, +/- 20 stopni.
Treść tej deklaracji pokrywa się z treścią złożonych przez Odwołującego dokumentów, w tym dotyczącym danych technicznych aparatu (…), oferowanego przez Przystępującego. Z dokumentu tego wynika, że oferowane są dwa tryby, ST i HR (dla którego czas skanu wynosi 9 sek.). Okoliczności tej Przystępujący nie zaprzeczył w trakcie rozprawy. Powyższe

oznacza, że oferowane przez Przystępującego urządzenie posiada dwa tryby tomosyntezy ST i HR. Ponadto powyższe oznacza, że zastosowanie będzie miał także tryb HR (nie będzie więc tylko oferowany, ale i wykorzystywany). Dla trybu HR nie przedstawiono żadnych danych na wykresie. Tym samym należało stwierdzić, że skoro dla trybu HR nie przedstawiono danych na wykresie, to nie zostały spełnione wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ.
Wbrew twierdzeniu Przystępującego, nie był to parametr jedynie punktowany. Był to parametr wymagany, zaś w punktacji została poddana jedynie najmniejsza dawka.

Zamawiający w dniu 13 września 2017 roku opublikował Informację nr 2 dla Wykonawców, w której przedstawił zadawane przez Wykonawców pytania, łącznie z odpowiedziami Zamawiającego. Zgodnie z treścią pytania nr 10: „Dotyczy Załącznika nr 5 do SIWZ, zestawienie minimalnych parametrów techniczno – użytkowych mammografu, wyposażenie diagnostyki pogłębionej, punkt 74, kol. 3: Prosimy o potwierdzenie, iż Zamawiający wymaga od wszystkich Wykonawców załączenia do oferty materiałów informacyjnych i publikacji wymienionych w kol. 3 pkt. 74. Odpowiedź: Zamawiający wymaga od wszystkich Wykonawców załączenia do oferty materiałów informacyjnych i publikacji wymienionych w kol. 3 pkt. 74." Tym samym, już w treści odpowiedzi na pytanie Zamawiający przesądził, że materiały wymagane w pkt. 74 należy załączyć do oferty.
Co więcej, w ocenie Izby nie jest to kwestia przypadku. Należy podkreślić, że wyłącznie w tym punkcie (pkt 74 załącznika nr 5 do SIWZ) w treści tego załącznika (a więc bezpośrednio

w dokumencie składanym wraz z ofertą) Zamawiający wpisał uwagę, że wymaga załączenia konkretnych materiałów i publikacji. Powyższe oznacza, że materiały na potwierdzenie spełniania omawianego parametru należało złożyć wraz z ofertą. Przystępujący nie złożył dokumentów wraz z ofertą, czyniąc to dopiero na wezwanie do uzupełnienia. W tej sytuacji ponowne wezwanie byłoby bezpodstawne z uwagi na konieczność równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego. Stwarzanie któremukolwiek Wykonawcy dodatkowych możliwości, takich jak np. kilkukrotna możliwość składania dokumentów, stanowi nierówne traktowanie Wykonawców.
W świetle powyższego Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący braku potwierdzenia spełnienia parametru wymaganego w pkt 74 Załącznika nr 5 do SIWZ.

Izba ustaliła, że Przystępujący w treści oferty w pozycji 72 wpisał „TAK, osłona ruchoma (zgod. z odp. na pytania z dnia 14.09)". Stosownie do odpowiedzi Zamawiającego z dnia 14 września 2017 roku, Zamawiający dopuścił rozwiązanie, w którym osłona twarzy pacjentki jest nieruchoma względem głowicy, a ruchoma względem twarzy pacjentki. Powyższe mogłoby wskazywać na zaoferowanie przez Przystępującego rozwiązania, w którym osłona

---

twarzy pacjentki jest nieruchoma względem głowicy, a ruchoma względem twarzy pacjentki. Jest to niezgodne z wymaganiami SIWZ z uwagi na okoliczność, że w kolejnej odpowiedzi na pytanie wykonawcy z dnia 19 września 2017 roku, Zamawiający wymagał, aby osłona twarzy pacjentki była nieruchoma względem twarzy pacjentki. Izba miała na uwadze okoliczność, że Przystępujący w treści złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień
wskazał na zaoferowanie urządzenia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Składając oświadczenie o zgodności zaoferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ Przystępujący potwierdził, że w ramach realizacji zamówienia dostarczy urządzenie z dodatkowa opcją obejmującą osłonę stałą względem twarzy pacjentki w badaniu tomosyntezy. Wbrew stanowisku Odwołującego, Przystępujący potwierdził wymaganie w materiałach technicznych, jakie Przystępujący załączył na wezwanie Zamawiającego dla potwierdzenia spełnienia warunków (w trybie art. 26 ust. 1 ustawy). W treści załączonego dokumentu zawierającego specyfikację techniczną oferowanego urządzenia wyszczególniono rozdział „Tomosynteza", znalazło się sformułowanie: „osłona twarzy (dla badania tomosyntezy) nieruchoma względem twarzy pacjentki". Powyższe potwierdza, że Przystępujący zaoferował urządzenie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.
Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił dokument – instrukcję obsługi urządzenia (…) firmy F. z lutego 2014 roku. Odwołujący wskazywał na zamieszczone w niej rysunki, w tym osłonę twarzy T. Osłona ta miała być nakładką w kształcie litery T, która porusza się wraz z głowicą, a więc jest ruchoma względem twarzy pacjentki. Przystępujący przedstawił deklarację zgodności z 2017 roku, w której dla ww. aparatu wyszczególniono osłonę twarzy DR 3500 Tomo Face Guard E i wskazywał, że jest to inna osłona twarzy i jest nieruchoma względem twarzy pacjentki. Odwołujący wskazywał jednak, że taka sama osłona twarzy, tj. DR 3500 Tomo Face Guard E, była już oferowana w 2015 roku (w tym zakresie przedstawił również deklarację zgodności z 2015 roku, w której dla ww. aparatu wyszczególniono osłonę DR 3500 Tomo Face Guard E). Należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał, aby osłona DR 3500 Tomo Face Guard E była tożsama z osłoną Face Guard T. Co więcej, przedstawiona przez Odwołującego deklaracja zgodności (wskazując na osłonę DR 3500 Tomo Face Guard) datowana była na 2015 rok, zaś Instrukcja obsługi (wskazująca na osłonę Face Guard T) pochodziła z lutego 2014 roku. Należy podkreślić, że aby uznać niezgodność treści oferty z SIWZ, niezgodność oferowanego urządzenia musi być wykazana jednoznacznie. W niniejszej sprawie w zakresie parametru pod nr 72 nie można jednoznacznie stwierdzić, że osłona DR 3500 Tomo Face Guard E i osłona Face Guard T są tożsame. Wobec braku możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że oferowane przez Przystępującego urządzenie nie spełnia wymagań SIWZ, nie można uznać, że oferta Przystępującego nie odpowiada wymaganiom treści SIWZ w zakresie parametru

---

wskazanego w punkcie 72 załącznika nr 5 do SIWZ (tj. wymagania w zakresie osłony nieruchomej względem twarzy pacjentki).

W świetle powyższego Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia producenta, potwierdzającego spełnienie parametrów technicznych niewyszczególnionych w katalogach firmowych. Przystępujący w treści oferty wskazał F. C. jako producenta oferowanego urządzenia. Przystępujący na potwierdzenie zaoferowanych funkcjonalności złożył oświadczenie, podpisane przez Pana M. G. wypowiadającego się w imieniu F. E. Oddział w Polsce (nie zaś F. C. z J.). Zdaniem Odwołującego, nie można zatem przedmiotowego dokumentu traktować jako oświadczenia producenta urządzenia (…).
Przystępujący wyjaśnił, że F. E. G. jest autoryzowanym przedstawicielem F. C. Jednakże podkreślić należy, że Przystępujący nie przedstawił żadnego dokumentu potwierdzającego ten fakt, nie przedstawił również ciągu pełnomocnictw. W ocenie Izby, kwestią dyskusyjna jest, czy dokument podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych (kwestia dotyczy bowiem ciągu pełnomocnictw, nie zaś dokumentów potwierdzających spełnienie parametrów czy warunków). Niemniej oferta Przystępującego polega odrzuceniu z uwagi na brak spełnienia wymagań SIWZ (wskazanych powyżej).
Przystępujący w trakcie rozprawy przedstawił odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił wyjaśnienia i wskazał pozycje w załączonych dokumentach, w których (wbrew twierdzeniu Odwołującego) znajduje się potwierdzenie zaoferowanych parametrów urządzenia.
Odwołujący nie odniósł się do każdego ze wskazanych parametrów, zatem Izba uznała, że nie można uznać, aby Przystępujący nie wykazał spełnienia poszczególnych wymagań.
W świetle powyższego Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący wadliwie przyznanej punktacji w parametrach technicznych.

Izba podkreśla, że postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny. To w trakcie rozprawy strony mają obowiązek wykazać i udowodnić okoliczności, na które się powołują. Okoliczności wykazane w trakcie rozprawy stanowią podstawę orzeczenia. Izba orzekając bierze pod uwagę stan sprawy na chwilę zamknięcia rozprawy. Wszelkie pisma składane później nie mogą być wzięte pod uwagę właśnie dlatego, że Izba bierze pod uwagę stan sprawy na chwilę zamknięcia rozprawy. A także z uwagi na fakt, że druga strona postępowania nie ma możliwości odniesienia się do stanowiska.

Mając powyższe na uwadze 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. Na podstawie § 5

---

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……