Sygn. akt: KIO 658/15

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2015 r. przez Odwołującego – Fabrykę Aparatury Elektromedycznej FAMED Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi, w postępowaniu prowadzonym przez SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sejnach, przy udziale wykonawcy Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Fabrykę Aparatury Elektromedycznej FAMED Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Fabrykę Aparatury Elektromedycznej FAMED Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Odwołującego – Fabryki Aparatury Elektromedycznej FAMED Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi na rzecz Zamawiającego – SP ZOZ Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Sejnach kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 658/15

Uzasadnienie

Zamawiający – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sejnach prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego (znak sprawy: 01/ZP/2015) o wartości powyżej tzw. progów unijnych, zwane dalej „Postępowaniem". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 stycznia 2015 r., pod nr 2015/S 022-035370.

Pismem z dnia 23 marca 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2, za którą uznana została oferta wykonawcy Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: „Wykonawca B.") oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Fabryka Aparatury Elektromedycznej FAMED Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ").

W dniu 1 kwietnia 2015 r. wykonawca Fabryka Aparatury Elektromedycznej FAMED Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Izby odwołanie, w którym zaskarżył powyższe czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk", przez dyskryminację pośrednią wykonawców przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia (naruszenie zasady równego traktowania wykonawców).

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty i dokonanie jej zgodnie z przytoczonymi powyżej przepisami Pzp.

Odwołujący podał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, ponieważ jego interes doznał uszczerbku, gdyż Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie dokonanego opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający zaoferowanie urządzeń innego producenta.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, że odrzucenie jego oferty było konsekwencją wadliwego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia dla części nr 2: „Dostawa trzech lamp operacyjnych bezcieniowych LED typu operacyjnego i pięciu lamp operacyjnych bezcieniowych LED typu zabiegowego", szczegółowo wyspecyfikowanych w załączniku nr 2b do SIWZ oraz „Wyjaśnień i zmian treści SIWZ", dokonanych przez Zamawiającego w trakcie Postępowania,

w sposób wskazujący na jednego określonego producenta, co narusza fundamentalną zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia.

Następnie Odwołujący podał, że z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że jego oferta została odrzucona gdyż:

1. nie odpowiada treści SIWZ, jako, że zaoferowano lampy operacyjne bezcieniowe LED typu operacyjnego, których kopuła główna i kopuła satelitarna wyposażone są w po 110 diod w konstrukcji jednoogniskowej, które nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego na podstawie odpowiedzi zawartej na str. 12 wyjaśnień i zmian do SIWZ z dnia 4 marca 2015 r.,
2. w poz. 27 i 28 Załącznika nr 2b do SIWZ zaoferowano rozproszenie cieni kopuły głównej z jedną maską na poziomie 96% oraz rozpraszanie cienia kopuły głównej z jedną maską i tubą symulującą pole operacyjne na poziomie 82%, co nie odpowiada parametrom wymaganym przez Zamawiającego w przedmiotowych pozycjach.

Odwołujący stwierdził, że interpretacja SIWZ, którą Zamawiający zastosował w informacji wyborze najkorzystniejszej oferty w sposób nierówny traktuje podmioty ubiegające się o zamówienie, uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji, a w konsekwencji doprowadziła do wyeliminowania oferty Odwołującego oferującego rozwiązanie równoważne. Podkreślił, że sposób w jaki został opisany przedmiot zamówienia eliminował jego ofertę, ponieważ wskazuje na konieczność zaoferowania urządzeń odpowiadających parametrom wskazanym w SIWZ, a dokładnie takie parametry posiadają diodowe lampy operacyjne HyLED 7 producenta chińskiego Mindray, których dystrybutorem jest Wykonawca B. Narusza to, zdaniem Odwołującego, fundamentalną zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że już z samego opisu produktu na stronie internetowej Wykonawcy B. wynika, że Zamawiający wprost przytoczył w SIWZ parametry charakterystyczne dla diodowych lamp operacyjnych HyLED 7 producenta Mindray z Chin.

Przy opisie serii produktów HyLED 7 na stronie internetowej Wykonawcy B. można przeczytać:

wyjątkowo długi okres eksploatacji wynoszący do 40 000 godzin (parametr ujęty w poz. − 8 Załącznika 2b do SIWZ),

oświetlenie w punkcie centralnym o natężeniu 160 000 lub 130 000 luksów (poz. 14 − Załącznika nr 2b do SIWZ),

regulowana średnica obszaru oświetlenia wynosząca od 195 mm do 300 mm (poz. − 11 Załącznika nr 2b do SIWZ),

głębokość oświetlenia do 1200 mm (poz. 16 Załącznika nr 2b do SIWZ). −

Parametry wymagane przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia ujęte w SIWZ ściśle odpowiadają specyfikacji technicznej lamp operacyjnych producenta MINDRAY serii HyLED 7, które zaoferował w przetargu Wykonawca B.

Lampy operacyjne bezcieniowe LED typu operacyjnego – 3 szt:

1. poz. 5 – Zamawiający wskazuje ilość diod w kopule głównej i kopule satelitarnej:

   według SIWZ: −

   „[…]Kopuła główna lampy wyposażona w maksymalnie 32 diody w konstrukcji jednoogniskowej oraz kopuła satelitarna wyposażona w maksymalnie 24 diod

w konstrukcji jednoogniskowej.[…]”,
według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
„[…]Number of LED bulbs 32 (HyLED 760), Number of LED bulbs 24 (HyLED 730).[…]”,

2. poz. 11 – Zamawiający określa średnice pola operacyjnego:
   według SIWZ: −
   „[…]Średnica pola roboczego w zakresie min. 195mm ~ 300mm.[…]”,
   według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
   „[…]Light field diameter(at 1m distance) 195~300 mm.[…]”,
3. poz. 16 – Zamawiający określa głębokość oświetlania:
   według SIWZ: −
   „[…]Głębokość oświetlenia min. 120cm.[…]”,
   według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
   „[…]Depth of illumination (L1+L2) 1,200 mm.[…]”,
4. poz. 18 – Zamawiający określa temperaturę barwową:
   według SIWZ: −
   „[…]Temperatura barwowa 4350K (+/- 100K).[…]”,
   − według informacji z karty technicznej MINDRAY:
   „[…]Correlated color temperature 4,350 K.[…]”,
5. poz. 25 – Zamawiający określa maksymalne natężenie napromieniowania dla jednej kopuły:
   według SIWZ: −
   „[…]Maksymalne natężenie napromieniowania jednej kopuły (irradiancja) przypadającego na jednostkę natężenia oświetlenia nie większe niż 3,6mW/(m2 *luks.).[…]”,
   według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
   „[…]Radiant energy 3.6 mW/(m2*lux).[…],
6. poz. 27 – Zamawiający określa rozproszenie cienia kopuły głównej z jedną maską:
   według SIWZ: −

„[…]Rozpraszanie cienia kopuły głównej z jedną maską: 75%.[…]”,
według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
„[…]Shadow dilution with one mask 75%.[…]”

7. poz. 28 – Zamawiający określa rozproszenie cienia kopuły głównej z jedną maską i tubą:
   − według SIWZ:
   „[…]Rozpraszanie cienia kopuły głównej z jedną maską i tubą symulującą pole operacyjne: 70%.[…]”,
   według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
   „[…]Shadow dilution with tube and one mask 70%.[…]”.

Lampy operacyjne bezcieniowe LED typu zabiegowego – 5 szt.:

1. poz. 5 – Zamawiający wskazuje ilość diod w kopule:
   według SIWZ: −
   „[…]Kopuła lampy wyposażona w maksymalnie 24 diod w konstrukcji jednoogniskowej.[…]”,
   − według informacji z karty technicznej MINDRAY:
   „[…]Number of LED bulbs 24.[…]”,
2. poz. 11 – Zamawiający określa średnice pola operacyjnego:
   według SIWZ: −
   „[…]Średnica pola roboczego w zakresie min. 195mm ~ 300mm.[…]”,
   według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
   „[…]Light field diameter(at lm distance) 195~300 mm.[…]”,
3. poz. 16 – Zamawiający określa głębokość oświetlania:
   − według SIWZ:
   „[…]Głębokość oświetlenia min. 120cm.[…]”,
   według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
   „[…]Depth of illumination (L1+L2) 1,200 mm.[…]”,
4. poz. 18 – Zamawiający określa temperaturę barwową:
   według SIWZ: −

„[…]Temperatura barwowa 4350K (+/- 100K).[…]”,
według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
„[…]Correlated color temperature 4,350 K.[…]”,

5. poz. 21 – Zamawiający określa pobór mocy:
   według SIWZ: −
   „[…]Całkowity pobór mocy maksymalnie 65 W.[…]”,
   według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
   „[…]Bulb power consumption 65 W.[…]”,

6. poz. 25 – Zamawiający określa maksymalne natężenie napromieniowania dla jednej kopuły:
   według SIWZ: −
   „[…]Maksymalne natężenie napromieniowania jednej kopuły (irradiancja) przypadającego na jednostkę natężenia oświetlenia nie większe niż 3,6mW/(m2 *luks.).[…]”,
   według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
   „[…]Radiant energy 3.6 mW/(m2*lux).[…]”,
7. poz. 27 – Zamawiający określa rozproszenie cienia kopuły głównej z jedną maską:
   według SIWZ: −
   „[…]Rozpraszanie cienia kopuły głównej z jedną maską: 75%.[…]”,
   według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
   „[…]Shadow dilution with one mask 75%.[…]”,
8. poz. 28 – Zamawiający określa rozproszenie cienia kopuły głównej z jedną maską i tubą:
   − według SIWZ:
   „[…]Rozpraszanie cienia kopuły głównej z jedną maską i tubą symulującą pole operacyjne: 70%.[…]”,
   według informacji z karty technicznej MINDRAY: −
   „[…]Shadow dilution with tube and one mask 70%.[…]”.

Odwołujący dodał, że wszystkie pozostałe wymagania określone w SIWZ również zostały określone tak, aby lampy operacyjne MINDRAY serii HyLED 7 mogły je spełnić.

Potwierdzeniem, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia łamiąc zasadę neutralności opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający zaoferowanie urządzeń innego producenta są również określone przez Zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty odwołującego.

Przyczyna I: niezgodny parametr rozproszenia cieni kopuły głównej z jedną maską

Zamawiający zarzucił, iż Odwołujący zaoferował rozproszenie cieni kopuły głównej z jedną maską na poziomie 96% oraz rozpraszanie cienia kopuły głównej z jedną maską i tubą symulującą pole operacyjne na poziomie 82%, co nie odpowiada parametrom wymaganym przez Zamawiającego.

Parametr rozproszenia cieni kopuły głównej z jedną maską na poziomie 75% określonym przez Zamawiającego posiadają lampy operacyjne MINDRAY serii HyLED 7 oferowane przez Biameditek Sp. z o.o.

Jest to parametr gorszy od parametru lampy oferowanej przez Odwołującego. W tym przypadku w sposób nie budzący żadnych wątpliwości można wykazać, że im procent rozproszenia cieni jest wyższy, tym wprost ten parametr jest lepszy. Natężenie światła to parametr

pozwalający ocenić, ile światła wyemitowanego przez dane źródło faktycznie dociera do danej powierzchni. W miarę jak będziemy ją przesłaniać np. jedną maską lub dwiema, będzie ona coraz słabiej oświetlona, czyli będzie spadać liczba luksów. Przy doborze medycznej lampy bezcieniowej najbardziej istotna jest wartość natężenia światła w odległości 1m, czyli najczęściej używanej odległości lampy od pola pracy operatora. Im większa ilość luksów tym lampa jest lepsza. Bezcieniowość jest to parametr określający jak dużo światła pozostanie w polu operacyjnym, gdy chirurg przysłoni głową i/lub ramionami czy dłońmi część matrycy lampy. Parametr ten opisywany jest często jako test z użyciem jednej i dwóch masek, gdzie w sposób wystandaryzowany prowadzony jest pomiar z użyciem światłomierza ilości światła w polu operacyjnym po zasłonięciu części lampy przez jednego, bądź dwóch chirurgów. Wynik podawany

jest w procentach, gdzie pożądany jest jak najwyższy (im wyższy procent tym lepiej). Bezpośredni wpływ na parametr bezcieniowości lampy mają: rozmiar kopuły, ilość źródeł światła oraz zwierciadła wykorzystane w ich konstrukcji.

Im wyższy jest wskaźnik wyrażony w % opisany w parametrach lampy, tym lepszy komfort pracy dla operatora (fakt potwierdzony badaniami). Zamawiający wymagał tego parametru na poziomie 75% (poz. 27 Załącznika nr 2b do SIWZ), podczas gdy Odwołujący zaoferował go na poziomie 96% czyli o 21% wyższym od wymaganego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający odrzucił ofertę tylko dlatego, że urządzenie Odwołującego posiadało lepszy parametr niż produkt konkurenta, w sposób kuriozalny powołując się na niezgodność z zapisem SIWZ.

Przyczyna II: niewłaściwa liczba diod (wymagana: 32 diody w konstrukcji jednoogniskowej oraz 24 diody w konstrukcji jednoogniskowej)

Odwołujący podał, że określona w SIWZ liczba diod w kopule głównej lampy oraz w kopule satelitarnej dokładnie odpowiada ilości diod w lampach producenta Mindray, których dystrybutorem jest Wykonawca B.

Jednak równie niezrozumiała jest treść „Wyjaśnień i zmian treści SIWZ" Zamawiającego udzielonych w trakcie Postępowania podmiotom, które były zainteresowane udziałem w przetargu.

Odwołujący przedstawił pytania i odpowiedzi Zamawiającego dotyczące omawianej kwestii:

Dotyczy: Lampy operacyjne bezcieniowe LED typu operacyjnego – 3 szt.

Pytanie 1. Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania lampę, której kopuła główna oraz − satelitarna posiada 81 diod oraz skokową regulację średnicy pola operacyjnego między wartościami 19-32 cm?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie 2. Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania wysokiej jakości lampę − operacyjną, której oprawa główna i satelitarna wyposażone są w 90 diod HD-LED (po 15 diod w każdym z 6 paneli)? Ilość diod nie powinna stanowić kryterium wykluczającego jeśli lampa spełnia pozostałe wymaganie dotyczące oświetlenia, tj. natężenie, średnica pola i żywotność. Ponadto w przypadku awarii jednej lub więcej diod ubytek w natężeniu będzie niezauważalny w przeciwieństwie do lampy z tylko 32 diodami.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.

Dotyczy przedmiotu zamówienia: II część: Lampy operacyjne bezcieniowe LED typu zabiegowego – 5 szt.

Pytanie 8. Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania wysokiej jakości lampę − operacyjną wyposażoną w 39 diod LED? Jest to rozwiązanie korzystniejsze od wymaganego, gdyż w przypadku awarii jednej lub więcej diod ubytek w natężeniu będzie niezauważalny w przeciwieństwie do lampy z tylko 24 diodami. Ponadto ilość diod nie ma żadnego wpływu na jakość oświetlenia i nie powinna stanowić kryterium wykluczającego.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.

Lampy operacyjne bezcieniowe LED typu operacyjnego.

Pytanie 2: Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania lampę operacyjną z kopułą − główną oraz satelitarną wyposażoną w 108 diod?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga zgodnie z SIWZ.

Dotyczy: Lampy operacyjne bezcieniowe LED typu zabiegowego.

− Pytanie 2: Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania lampę operacyjną z kopułą lampy wyposażoną w 72 diody?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.

Dotyczy Części 2 zamówienia:

Pytanie 2. Czy zamawiający dopuści do postępowania lampę operacyjną z kopułą − satelitarną wyposażoną w 32 diody?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.

Pytanie Odwołującego: Czy Zamawiający dopuści lampę operacyjną w której kopula − główna i kopuła satelitarna wyposażone są po 110 diod w konstrukcji jednoogniskowej? Mimo większej liczby diod w kopułach cała lampa pobiera znacznie mniej mocy niż żąda Zamawiający, a mianowicie 100W. Większa liczba diod zapewnia również plamę

operacyjną o wysokiej jednorodności oraz wysokie parametry określające bezcieniowość.
Odpowiedź: Zamawiający wymaga zgodnie z SIWZ.
Dotyczy: II część zamówienia:
Lampy operacyjne bezcieniowe LED typu operacyjnego – 3 szt.
Pytanie 2: Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania lampę operacyjną z oprawą − główną i satelitarną wyposażoną w 96 diod LED i poborze mocy rzędu 50W co jest zdecydowanie lepszym parametrem od wymaganego?
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.
Lampy operacyjne bezcieniowe LED typu zabiegowego – 5 szt.
Pytanie 2: Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania lampę zabiegową wyposażoną w − 56 diod LED i poborze mocy rzędu 40W co jest zdecydowanie lepszym parametrem od wymaganego?
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.
Pytania do Załącznika 2b do SIWZ:
do punktu 5: Czy Zamawiający dopuści lampę główną, posiadającą 186 diod, − a w przypadku lampy satelitarnej 124 diody?
Odpowiedź. Zamawiający dopuszcza.
Załącznik nr 2b: do SIWZ Lampy operacyjne bezcieniowe LED typu operacyjnego — 3 szt.
Pytanie dotyczy punktu 5 Tabeli: Czy Zamawiający dopuści do postępowania wysokiej − jakości lampę operacyjną, w której lampa główna wyposażona jest w 90 diod, a lampa satelitarna w 60 diod?
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.
Pytania do lamp operacyjnych bezcieniowych LED typu operacyjnego – 3 szt.
Pytanie do pkt 5. Czy Zamawiający dopuści lampę główną oraz lampę satelitarną − wyposażoną w większą ilość diod np. dla lampy głównej 81 diod i dla lampy satelitarnej 30 diod?
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.
Pytania do lamp operacyjnych bezcieniowych led typu zabiegowego – 5 szt.
Pytanie do pkt 5. Czy Zamawiający dopuści lampę zabiegową wyposażoną w większą ilość − diod np. 30?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.
Dotyczy – II część zamówienia, Lampy operacyjne bezcieniowe LED typu operacyjnego – 3 szt.:
Pytanie 1. Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania wysokiej klasy lampę operacyjną − posiadającą kopuły główną (zawierającą 100 diod) oraz satelitarną (zawierającą 76 diod) o kształcie minimalizującym zakłócenia nawiewu laminarnego?
Odpowiedź: Zamawiający wymaga zgodnie z SIWZ.
Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że na etapie Postępowania Zamawiający jedenastokrotnie dopuścił odstępstwo co do ilości diod w lampach na rzecz: 81 diod, 90 diod, 39 diod, 72 diod, 32 diod, 96 diod, 56 diod, 186 diod, 124 diod, 90 i 60 diod, 81 i 30 diod, oraz dla lampy zabiegowej „większą ilość diod np. 30". Natomiast w dwóch przypadkach odmówił zgody: w stosunku do kompletu lamp Odwołującego posiadających po 110 diod oraz lamp posiadających odpowiednio 100 i 76 diod.
Z powyższego, w ocenie Odwołującego, nie można wyprowadzić żadnego logicznego i uzasadnionego technicznie oraz funkcjonalnie wyjaśnienia dla podejmowanych przez Zamawiającego decyzji.
W porównaniu do produktów Odwołującego, który oferuje w swoich lampach po 110 diod, Zamawiający wyrażał zgodę na odstępstwo innym oferentom zarówno dla lamp o mniejszej liczbie diod jak i dużo większej (184 i 124) bez żadnego czytelnego kryterium, a w szczególności bez wskazania wymagań funkcjonalnych. Należy przy tym zgodzić się z twierdzeniami wyrażanymi przez zgłaszających zapytania, że ilość diod nie powinna stanowić kryterium wykluczającego, jeśli lampa spełnia pozostałe wymaganie dotyczące oświetlenia, tj. natężenie, średnica pola i żywotność. Nie może też ujść uwadze, że w przypadku awarii jednej lub większej liczby diod ubytek w natężeniu będzie niezauważalny w przeciwieństwie do lampy z tylko 32 diodami.

Odwołujący argumentował również, że mimo większej liczby diod w kopułach cała lampa pobiera znacznie mniej mocy niż żąda Zamawiający (100 W). Większa liczba diod zapewnia również plamę operacyjną o wysokiej jednorodności oraz wysokie parametry określające bezcieniowość.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca może przedstawić tzw. rozwiązania równoważne w swojej ofercie, a więc na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Równoważność oznacza możliwość uzyskania efektu oczekiwanego przez Zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych. Odwołujący wykazał, że rozwiązania techniczne oferowanych przez niego lamp operacyjnych bez wątpienia pozwolą na osiągnięcie efektu, którego oczekiwał Zamawiający.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał przytoczoną powyżej argumentację wnosząc, jak w odwołaniu.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że oferta Odwołującego nie jest zgodna z niezakwestionowanymi i jednoznacznymi postanowieniami SIWZ.

Odnośnie parametru cieniowości (rozpraszania cienia – poz. 27 i 28 załącznika nr 2b do SIWZ) stwierdził, że został on określony przez wskazanie na konkretną wartość (75%), a Odwołujący nie wnosił o dopuszczenie możliwości zaoferowania urządzenia o innym parametrze.

W zakresie ilości diod (poz. 5 załącznika nr 2b do SIWZ) Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący zaproponował zaoferowanie lamp wyposażonych w po 110 diod i mimo nie uzyskania na to zgody zaoferował Zamawiającemu takie urządzenia. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, powinien był – w świetle uzyskanego stanowiska w omawianej kwestii – dostosować swój asortyment do wymagań SIWZ, czego nie uczynił.

Zamawiający podkreślił również, że Odwołujący nie mógł powoływać się na dopuszczalność oferowania rozwiązań równoważnych, ponieważ możliwość taka ograniczona była wyłącznie do przypadków, w których Zamawiający odwoływał się w opisie przedmiotu zamówienia do nazw własnych lub numerów katalogowych konkretnych urządzeń, co nie miało miejsca w zakresie zadania nr 2.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca B. wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę B. (dalej również „Przystępujący") przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba ustaliła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu, w szczególności postanowienia SIWZ i treści odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie SIWZ, nie były sporne między stronami.

W pierwszej kolejności, w kontekście złożonego przez Zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania, jako wniesionego z przekroczeniem ustawowego terminu (art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp), rozstrzygnięcia wymagał zakres kognicji Izby w rozpatrywanej sprawie.

Izba stwierdziła, że jakkolwiek ww. wniosek nie mógł zostać uwzględniony, to nie sposób nie zgodzić się częściowo z argumentacją przedstawioną na jego poparcie.

Na wstępie należy stwierdzić, wbrew zapatrywaniom Zamawiającego i Przystępującego, że zarzut odrzucenia oferty Odwołującego (rozumiany jako przytoczenie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość określonego sposobu postępowania zamawiającego, a zarazem rzutują na sytuację wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) został postawiony w treści odwołania i zapatrywania takiego nie może zmienić sygnalizowany brak przywołania w komparycji odwołania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niemniej jednak Zamawiający i Przystępujący trafnie wskazywali, że składające się na ów zarzut okoliczności faktyczne uznać należało przynajmniej częściowo za spóźnione, jako dotyczące podjętych przez

Zamawiającego czynności, których termin zaskarżenia już minął, a to dokonania opisu przedmiotu zamówienia i udzielenia odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ.

Zauważyć wypada, że terminy na wniesienie odwołania zostały określone w przepisie art. 182 ust. 1-4 Pzp. Mają one zawity charakter, co oznacza, że po ich bezskutecznym upływie skorzystanie z tego uprawnienia nie jest możliwe bez względu na przyczynę. Z uwagi na twierdzenia zawarte w uzasadnieniu odwołania, mając na względzie ustaloną wartość zamówienia, należało zwrócić uwagę na terminy zaskarżenia czynności Zamawiającego określone w przepisie art. 182 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z pierwszym z nich odwołanie od postanowień SIWZ wnosi się w terminie 10 dni od zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. W tym zakresie Izba ustaliła, że miało to miejsce w dniu 31 stycznia 2015 r., wobec czego termin na skorzystanie ze środka ochrony prawnej upłynął w dniu 10 lutego 2015 r. Z uwagi na powyższe nie mogło odnieść skutku powoływanie się na dyskryminujący produkty oferowane przez Odwołującego opis przedmiotu zamówienia, czy odwoływanie się do podobieństw treści załącznika nr 2b do SIWZ do specyfikacji technicznych lamp marki MINDRAY, ponieważ były to twierdzenia spóźnione. Powinny one zostać podniesione w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem byłaby ocena zgodności postanowień SIWZ z przepisami Pzp, a termin na jego wszczęcie upłynął bezskutecznie.

Z kolei w świetle przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołanie od czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 komentowanej regulacji wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W ocenie Izby termin ów miał zastosowanie w odniesieniu do odpowiedzi Zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ponieważ nie zostały one przesłane przez Zamawiającego w jeden ze sposobów określonych w przepisie art. 27 Pzp, a jedynie zamieszczone na stronie internetowej, co miało miejsce w dniu 4 marca 2015 r. W konsekwencji termin na ich zaskarżenie upłynął w dniu 14 marca 2015 r. Pominąć, jako spóźnione, należało zatem argumenty odnoszące się do dopuszczania przez Zamawiającego oferowania lamp operacyjnych o różnej ilości diod

(mniejszej lub większej od wyspecyfikowanej w załączniku nr 2b do SIWZ), przy jednoczesnym niedopuszczeniu rozwiązania zaproponowanego przez Odwołującego (który w dniu 4 marca 2015 r. powziął wiadomość o odmownym rozpoznaniu złożonego przez niego wniosku), bez jakiegokolwiek uzasadnienia.

Ergo zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie mógł zostać rozpoznany i stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na fakt, że został on postawiony z przekroczeniem ustawowego terminu i na niewłaściwym etapie Postępowania.

W konsekwencji do rozstrzygnięcia pozostał zarzut bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego w kontekście niezaskarżonych przezeń postanowień SIWZ i treści odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ.

W zakresie pierwszej ze stwierdzonych przez Zamawiającego niezgodności oferowanych przez Odwołującego lamp z wymaganiami zawartymi w treści załącznika nr 2b do SIWZ (rozpraszanie cienia kopuły głównej) należało mieć na względzie, że wymóg SIWZ został określony w sposób precyzyjny – na poziomie 75% i 70% (odpowiednio – poz. 27 i 28 ww. załącznika). Wobec tego obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie urządzeń posiadających omawiany parametr na oczekiwanym przez Zamawiającego poziomie. Argumentacja Odwołującego, że zaoferował on wyrób o lepszych właściwościach nie mogła odnieść skutku, ponieważ tam gdzie Zamawiający przewidział jakąkolwiek tolerancję (zakres, poziom minimalny, bądź maksymalny) w odniesieniu do wymienionych w załączniku nr 2b do SIWZ parametrów wyraźnie na to wskazywał przez stosowanie określeń „nie mniejsza niż" (poz. 8), „nie gorsza niż" (poz. 14), „min." (poz. 11, 16), „maksymalnie" (poz. 5, 21), bądź przez wprowadzenie marginesu tolerancji dla precyzyjnie określonej właściwości (poz. 18). Jeżeli zatem Odwołujący chciał zapewnić sobie możliwość zaoferowania urządzenia o odmiennie określonej właściwości powinien był zwrócić się do Zamawiającego z tą kwestią, a nie apriorycznie zakładać w tym zakresie zgodność treści swojej oferty z SIWZ. Nie sposób przy tym nie zauważyć, w odniesieniu do innego parametru lamp (poz. 20) określonego w sposób jednoznaczny (=95), że Odwołujący zaoferował sprzęt o parametrze na takim właśnie poziomie (str. 52 i 54 oferty Odwołującego).

Odnosząc się natomiast do drugiej z przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego (ilość diod w kopule głównej i kopule satelitarnej lampy typu operacyjnego i ilość diod w kopule lampy typu zabiegowego– poz. 5 załącznika nr 2b do SIWZ) Izba zwróciła uwagę, że wprawdzie w pierwotnej

treści SIWZ parametry te określone zostały na poziomie maksymalnym, tym niemniej Zamawiający – w przytoczonych w odwołaniu odpowiedziach na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ – zmodyfikował swoje wymagania, dopuszczając zaoferowanie lamp o odmiennych konfiguracjach w zakresie liczby diod. Istotna jest przy tym okoliczność (potwierdzona *nota bene* przez Odwołującego), że Zamawiający nie zmodyfikował omawianego parametru w ten sposób, że dopuścił zakres liczby diod, który uzna za spełniający jego wymagania, a nadto, że Odwołujący pomimo braku zgody na zaoferowanie określonego typu urządzeń, postąpił wbrew uzyskanej od

Zamawiającego odpowiedzi. Wobec tego Odwołujący powinien był – jak wspomniano – zaskarżyć tą czynność Zamawiającego, albo zaoferować inny wyrób (zgodny z SIWZ), czego nie uczynił.

Izba uznała również, że Odwołujący nie zaoferował rozwiązań równoważnych w znaczeniu nadanym pojęciu równoważności w treści SIWZ. Zamawiający uzależnił możliwość skorzystania przez wykonawcę z takiego rozwiązania – zgodnie z postanowieniem Rozdziału II, ust. 5 SIWZ, stanowiącym rozwinięcie zasad wynikających z przepisu art. 29 ust. 3 Pzp – od wskazania nazwy własnej lub numeru katalogowego produktu z katalogu wskazanego producenta, co nie miało miejsca w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla zadania, na które Odwołujący złożył ofertę. Jeżeli natomiast miał on inne zapatrywanie w odniesieniu do sposobu sformułowania parametrów równoważności, bądź zakresu dopuszczenia w Postępowaniu powoływania się na możliwość oferowania rozwiązań równoważnych, powinien był wnieść odwołanie od odnoszących się do omawianej kwestii postanowień SIWZ.

Chybiony był również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 Znk, które to Odwołujący powiązał z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 Pzp. Wspomniane przepisy Pzp nie zawierają bowiem bezpośredniego odesłania do przepisów Znk, jak chociażby przepis art. 8 ust. 3, czy art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Nie można również pominąć okoliczności, że samo tylko powołanie się na art. 3 ust. 1 Znk zawierający klauzulę generalną pozwalającą na ustalenie ogólnego zakresu pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji, ani odwołanie się do art. 15 ust. 1 Znk (bez bliższego sprecyzowania o jaki czyn spośród wymienionych w tym przepisie, bądź inny czyn polegający na utrudnianiu Odwołującemu dostępu do rynku, Odwołującemu chodzi) nie stanowi podania okoliczności wskazujących na popełnienie przez Zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji w Postępowaniu. W ocenie Izby wątpliwe jest aby Zamawiającego, będącego wszak jednostką sektora finansów publicznych (vide przepis art. 9 pkt 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U.2013.885 j.t. z późn. zm.), można byłoby jednocześnie uznać za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisu art. 2 Znk, konkurującego z wykonawcami na rynku wyrobów medycznych.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: ……..