

Sygn. akt: KIO 2133/18

WYROK
z dnia 26 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2018 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital św. Anny w Miechowie**

przy udziale wykonawcy **Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1 uzasadnienia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 14 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części i wykonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, której treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie pkt 48 załącznika nr 2b do SIWZ rozumianej z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie nr 85 z dnia 22 sierpnia 2018 r.,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku** w części 1/2 i wykonawcę **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie** w części 1/2 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie**,
 - 3.2. zasądza od **Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku** na rzecz **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital św. Anny w Miechowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa sprzętu i aparatury medycznej na potrzeby Szpitala Św. Anny w Miechowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 lipca 2018 r., nr 2018/S 138-316513.

4 października 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze w części 14 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 14,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w zakresie zadania 14,
- 3) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 14

odwołujący wniósł 15 października 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 14,
- 2) odrzucenia oferty przystępującego w zadaniu nr 14,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 14.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w postępowaniu w zadaniu nr 14 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Odwołujący podniósł, że z takim rozstrzygnięciem nie może się zgodzić, bowiem oferta przystępującego zawiera nieprawidłowości uzasadniające konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

Pzp, a w szczególności nie spełnia parametrów zawartych w punkcie 48 i 96 tabeli dotyczącej respiratorów.

Odwołujący podniósł, że pierwotne brzmienie punktu 48 załącznika nr 2b do SIWZ (zadanie nr 14) zostało opisane następująco:

48	Możliwość obrotu monitora w stosunku do respiratora	TAK	Obie płaszczyzny (pozioma i pionowa) – 3 pkt Jedna płaszczyzna – 1 pkt	
----	---	-----	---	--

W toku wyjaśnień do SIWZ, w dniu 22.08.2018 na pytanie nr 85 zadanie nr 14 pkt 48:
Czy Zamawiający będzie wymagał lub przyzna dodatkowe punkty za możliwość obniżania, podnoszenia i pochylania ekranu w stosunku do respiratora. Powyższa funkcjonalność znacznie poprawi ergonomię pracy

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Tak, wymagamy.

Odwołujący argumentował, że przystępujący w swojej ofercie zaoferował:

48	Możliwość obrotu monitora w stosunku do respiratora	TAK	Obie płaszczyzny (pozioma i pionowa) – 3 pkt Jedna płaszczyzna – 1 pkt	Tak - możliwość obrotu monitora w stosunku do respiratora (obie płaszczyzny: pozioma i pionowa) oraz możliwość obniżania, podnoszenia ekranu w przypadku zamocowania na kolumnie
----	---	-----	---	--

Odwołujący argumentował, że według jego wiedzy oraz przedstawianych przez firmę Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics Co (producenta respiratora SynoVent E5) informacji technicznych dotyczących urządzenia zaoferowanego przez przystępującego - respirator ten nie posiada możliwości obniżania, podnoszenia oraz pochylania ekranu w stosunku do respiratora. Również przystępujący w swojej ofercie tej właściwości nie zadeklarował.

Możliwość obniżania, podnoszenia ekranu w przypadku zamocowania na kolumnie nie spełnia wymagań stawianych w postępowaniu przez zamawiającego. Zamawiający formułując ww. parametr jednoznacznie oczekiwał możliwości obniżania, podnoszenia oraz pochylania ekranu (zamocowanego na respiratorze) w stosunku do respiratora, mając na uwadze zapewnienie znacznie lepszej ergonomii pracy.

Odwołujący podniósł także, że w punkcie 96 załącznika nr 2b do SIWZ (zadanie nr 14) zamawiający postawił następujący wymóg:

Pomiar kapnografii, produkcji dwutlenku węgla i zużycia tlenu, pomiar wydatku energetycznego; dostępne za pomocą modułu lub zewnętrznego urządzenia - łącznie 1 [szt.] na cały komplet respiratorów.

W toku wyjaśnień do treści SIWZ, w dniu 22.08.2018 na pytanie nr 92 zadanie nr 14 pkt 96 o brzmieniu:

Prosimy o doprecyzowanie czy Zamawiający ma na myśli że wszystkie w/w parametry tj. pomiar kapnografii, produkcji dwutlenku węgla, zużycia tlenu oraz wydatku energetycznego mają być wyświetlane na ekranie respiratora przy pomiarze zarówno za pomocą modułu jak i urządzenia zewnętrznego

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Tak, wszystkie wyżej wymienione parametry mają być wyświetlane na ekranie monitora.

Odwołujący argumentował, że przystępujący w swojej ofercie zaoferował:

96	Pomiar kapnografii, produkcji dwutlenku węgla i zużycia tlenu, pomiar wydatku energetycznego; Dostępne za pomocą modułu lub zewnętrznego urządzenia – łącznie 1 [szt.] na cały komplet respiratorów	TAK	Moduł – 5 pkt Urządzenie zewnętrzne – 1 pkt	Tak - Pomiar kapnografii, produkcji dwutlenku węgla i zużycia tlenu, pomiar wydatku energetycznego; dostępne za pomocą zewnętrznego urządzenia (BeneVision N12) – wszystkie parametry wyświetlane na ekranie monitora – łącznie 1 [szt.] na cały komplet respiratorów
----	--	-----	--	---

Odwołujący argumentował, że według jego wiedzy oraz przedstawianych przez firmę Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics Co (producenta respiratora SynoVent E5) informacji technicznych dotyczących zaoferowanego urządzenia - respirator ten nie ma możliwości wyświetlania ww. parametrów na ekranie (monitorze) respiratora. Urządzenie BeneVision N12 jest monitorem zewnętrznym na którym wyświetlane są ww. dane. Nie ma natomiast sposobności wyświetlania tych danych na ekranie (monitorze) respiratora, a czego niewątpliwie wymagał zamawiający w przedmiotowym postępowaniu.

Według odwołującego zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, bowiem sankcjonuje nierówne traktowanie wykonawców (dopuszcza wybiórcze egzekwowanie postanowień SIWZ).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku. Złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ, ofertę przystępującego, wyjaśnienia przystępującego z 10 września 2018 r., wezwanie zamawiającego z 18 września 2018 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, pismo przystępującego z 27 września 2018 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 4 października 2018 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, zaś ofertę przystępującego wybrano jako najkorzystniejszą. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego

skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie okazało się zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z pkt 48 załącznika nr 2b do SIWZ oraz chybione w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z treścią pkt 96 załącznika nr 2b do SIWZ.

W zakresie pierwszego zarzutu ustalono, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia m.in. w załączniku nr 2b do SIWZ. Przedmiot zamówienia został podzielony na części. Przedmiotem zamówienia w części 14 była dostawa respiratorów. W załączniku nr 2b do SIWZ zamawiający wskazał, że wymaga od wykonawców podania pełnej nazwy urządzenia, producenta/firmy, typu i modelu oraz roku produkcji. W pkt 1 załącznika nr 2b do SIWZ wskazał także, że wymaga od wykonawców podania parametrów w jednostkach wskazanych w opisie.

Ustalono ponadto, że w pkt 3 załącznika nr 2b do SIWZ zamawiający sformułował następujące wymaganie w stosunku do respiratora.

	Parametry wymagane	Wymóg	Parametry oceniane	Oferowane parametry
3	Respiratory dostępny w dwóch wersjach instalacyjnych do montażu na kolumnie i/lub aparaty mobilne, na własnej podstawie jezdnej	TAK	0 pkt – dostępne tylko na podstawie jezdnej. 2 pkt – dostępne do montażu na kolumnie i podstawie jezdnej	

W pkt 48 załącznika nr 2b do SIWZ zamawiający sformułował następujące wymaganie w stosunku do respiratora:

	Parametry wymagane	Wymóg	Parametry oceniane	Oferowane parametry
48	Możliwość obrotu monitora w stosunku do respiratora	TAK	Obie płaszczyzny (pozioma i pionowa) – 3 pkt Jedna płaszczyzna – 1 pkt	

W toku wyjaśnień do SIWZ, w dniu 22.08.2018 na pytanie nr 85 zadanie nr 14 pkt 48:

Czy Zamawiający będzie wymagał lub przyzna dodatkowe punkty za możliwość obniżania, podnoszenia i pochylania ekranu w stosunku do respiratora. Powyższa funkcjonalność znacznie poprawi ergonomię pracy

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Tak, wymagamy.

Ustalono także, że przystępujący w swojej ofercie zaoferował zamawiającemu respiratory SynoVent E5, producenta Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics. Wskazał także, że zaoferował następujące funkcje:

	Parametry wymagane	Wymóg	Parametry oceniane	Oferowane parametry
3	Respiratory dostępny w dwóch wersjach instalacyjnych do montażu na kolumnie i/lub aparaty mobilne, na własnej podstawie jezdnej	TAK	0 pkt – dostępne tylko na podstawie jezdnej. 2 pkt – dostępne do montażu na kolumnie i podstawie jezdnej	TAK – respiratory dostępne w dwóch wersjach instalacyjnych do montażu na kolumnie i/lub aparaty mobilne, na własnej podstawie jezdnej
48	Możliwość obrotu monitora w stosunku do respiratora	TAK	Obie płaszczyzny (pozioma i pionowa) – 3 pkt Jedna płaszczyzna – 1 pkt	Tak - możliwość obrotu monitora w stosunku do respiratora (obie płaszczyzny: pozioma i pionowa) oraz możliwość obniżania, podnoszenia ekranu w przypadku zamocowania na kolumnie

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Treść SIWZ okazała się niesporna między stronami. Przystępujący w trakcie rozprawy na pytanie przewodniczącego przyznał wyraźnie i jednoznacznie, że treść SIWZ należało rozumieć w ten sposób, że funkcjonalność w zakresie obniżania, podnoszenia i pochylania ekranu w stosunku do respiratora należało zapewnić w stosunku do obu wersji

instalacyjnych respiratora (jeżeli taką opcję zaoferował dany wykonawca) to jest zarówno dla wersji instalacyjnej na kolumnie, jak i dla wersji instalacyjnej na własnej podstawie jezdnej. Odwołujący i zamawiający przedstawili w trakcie rozprawy identyczne stanowisko co do rozumienia treści SIWZ.

Nie było także sporne między stronami, że przystępujący zaoferował zamawiającemu respiratory SynoVent E5, producenta Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics. Co istotne, przystępujący skorzystał z opcji, o której mowa w pkt 3 załącznika nr 2b do SIWZ i zaoferował zamawiającemu respirator dostępny w dwóch wersjach instalacyjnych to jest do montażu na kolumnie i w wersji na własnej podstawie jezdnej. Sporna między stronami okazała się natomiast treść oferty przystępującego w zakresie wymogu z pkt 48 załącznika nr 2b doprecyzowanego w odpowiedzi nr 85 z 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający i odwołujący utrzymywali, że przystępujący miał zaoferować urządzenia, które posiadają możliwość obniżania i podwyższania ekranu tylko w przypadku wersji instalacyjnej do montażu na kolumnie. Uważali natomiast, że funkcjonalność taka nie została zapewniona w zaoferowanej wersji instalacyjnej respiratora na podstawie jezdnej. Przystępujący natomiast w trakcie rozprawy wywiódł, że zaoferował funkcję obniżania i podnoszenia ekranu w obu wersjach instalacyjnych.

Dostrzeżenia wymagało, że w treści załącznika nr 2b do SIWZ zamawiający jednoznacznie wymagał, aby wykonawcy podali w ofercie parametry oferowane swego sprzętu. Służyła do tego ostatnia kolumna załącznika nr 2b do SIWZ, zatytułowana „oferowane parametry”. Za uwagę zasługiwał także fakt, że przystępujący wyraźnie i jednoznacznie oświadczył w wierszu 48, w kolumnie „parametry oferowane” wypełnionego przez siebie załącznika, że możliwość obniżania oraz podnoszenia ekranu występuje w przypadku zamocowania na kolumnie.

W trakcie rozprawy przystępujący oświadczył, że zaoferowany przez niego sprzęt umożliwia obniżanie i podnoszenie ekranu w obu wersjach instalacyjnych. Powyższe miała zapewnić funkcja rozłączanego ekranu, którą faktycznie zaprezentował Izbie w trakcie rozprawy. Dostrzeżenia wymagało jednak, że funkcja ta nie została przez wykonawcę wskazana w wypełnionym przez niego załączniku. Jeśli rzeczywiście sporna funkcjonalność może być zapewniona także w wersji instalacyjnej respiratora na podstawie jezdnej, to wykonawca miał obowiązek podać zamawiającemu taką informację. Do tego służyła bowiem kolumna „parametry oferowane”. Jednakże nic takiego nie wynikało z treści oferty przystępującego. Również w złożonych wyjaśnieniach z 10 września 2018 r. przystępujący wyraźnie napisał, że *potwierdził możliwość obniżania, podnoszenia ekranu w przypadku zamocowania na kolumnie*. W tej sytuacji stanowisko przystępującego prezentowane na rozprawie okazało się sprzeczne z treścią jego własnej oferty, w której wskazał, iż funkcjonalność ta jest zapewniona tylko w przypadku zamontowania ekranu na kolumnie.

Jak wynika z art. 87 ust. 1 Pzp wykonawca nie może zmieniać swej oferty po upływie terminu składania ofert.

Na marginesie należało dodać, że również z dowodów przedstawionych przez przystępującego nie wynikało, iż istnieje możliwość obniżania i podwyższania ekranu w przypadku wersji respiratora montowanej na podstawie jezdnej. Nie dowodziły tego ani zdjęcia z oferty, ani złożony przez wykonawcę schemat, na którym zaprezentowano tę funkcję, ale tylko w przypadku wersji montażowej respiratora na kolumnie.

W konsekwencji zatem Izba stwierdziła, że treść oferty przystępującego jest sprzeczna z pkt 48 załącznika nr 2ab do SIWZ (rozumianym z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie nr 85 z 22 sierpnia 2018 r.), gdyż wykonawca nie zaoferował zamawiającemu możliwości obniżania, podwyższania i pochylania ekranu w stosunku do respiratora dla obu oferowanych przez siebie wersji instalacyjnych respiratora, czego wymagał zamawiający.

Za chybiony uznano zarzut odnoszący się do niezgodności oferty przystępującego z treścią pkt 96 załącznika nr 2b do SIWZ.

Ustalono, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia m.in. w załączniku nr 2b do SIWZ. Przedmiot zamówienia został podzielony na części. Przedmiotem zamówienia w części 14 była dostawa respiratorów. W załączniku nr 2b do SIWZ zamawiający wskazał, że wymaga od wykonawców podania pełnej nazwy urządzenia, producenta/firmy, typu i modelu oraz roku produkcji. W pkt 1 załącznika nr 2b do SIWZ zamawiający wskazał także, że wymaga od wykonawców podania parametrów w jednostkach wskazanych w opisie.

Ustalono ponadto, że w pkt 96 załącznika nr 2b do SIWZ zamawiający sformułował następujące wymaganie w stosunku do respiratora:

	Parametry wymagane	Wymóg	Parametry oceniane	Oferowane parametry
96	Pomiar kapnografii, produkcji dwutlenku węgla i zużycia tlenu, pomiar wydatku energetycznego; dostępne za pomocą modułu lub zewnętrznego urządzenia – łącznie 1 [szt.] na cały komplet respiratorów	TAK	Moduł – 5 pkt Urządzenie zewnętrzne – 1 pkt	

Ustalono także, że w toku wyjaśnień do treści SIWZ, w dniu 22.08.2018 r. na pytanie nr 92 zadanie nr 14 pkt 96 o brzmieniu:

Prosimy o doprecyzowanie czy Zamawiający ma na myśli że wszystkie w/w parametry tj. pomiar kapnografii, produkcji dwutlenku węgla, zużycia tlenu oraz wydatku energetycznego mają być wyświetlane na ekranie respiratora przy pomiarze zarówno za pomocą modułu jak i urządzenia zewnętrznego

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Tak, wszystkie wyżej wymienione parametry mają być wyświetlane na ekranie monitora.

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący w swojej ofercie zaoferował zamawiającemu respiratory SynoVent E5, producenta Shenzen Mindray Bio-Medical Electronics. Wskazał także, że zaoferował następujące funkcje:

96	Pomiar kapnografii, produkcji dwutlenku węgla i zużycia tlenu, pomiar wydatku energetycznego; Dostępne za pomocą modułu lub zewnętrznego urządzenia – łącznie 1 [szt.] na cały komplet respiratorów	TAK	Moduł – 5 pkt Urządzenie zewnętrzne – 1 pkt	Tak - Pomiar kapnografii, produkcji dwutlenku węgla i zużycia tlenu (za pomocą czujnika paramagnetycznego), pomiar wydatku energetycznego: dostępne za pomocą zewnętrznego urządzenia (BeneVision N12), wszystkie parametry wyświetlane na ekranie monitora – łącznie 1 [szt.] na cały komplet respiratorów
----	--	-----	--	---

Nie było sporne między stronami, że przystępujący zaoferował dopuszczone przez zamawiającego w pkt 96 urządzenie zewnętrzne, będące monitorem o nazwie BeneVision N12, na którym miały być wyświetlane oczekiwane pomiary. Jak wynika z broszury urządzenia BeneViosion N12 złożonej zamawiającemu (jak również w trakcie rozprawy) urządzenie to posiada ekran służący do wyświetlania pomiarów i z pewnością może być określane mianem monitora.

Sporna między odwołującym a przystępującym okazała się treść SIWZ. Odwołujący powołując się na przytoczoną wyżej odpowiedź na pytanie nr 92 z 22 sierpnia 2018 r. wywodził, że zamawiający w ten sposób nałożył na wykonawców obowiązek wyświetlenia wszystkich pomiarów na ekranie respiratora. Z kolei przystępujący utrzymywał, że zamawiający dopuścił możliwość wyświetlenia pomiarów na ekranie jakiegokolwiek monitora, w tym również monitora, będącego urządzeniem zewnętrznym.

Izba stwierdziła, że źródła sporu między odwołującym a przystępującym należy upatrywać w nieprecyzyjnej odpowiedzi. Rzeczywiście pytający zmierzał do ustalenia, czy wskazane pomiary muszą być wyświetlane na ekranie respiratora. Zamawiający wprawdzie udzielił odpowiedzi twierdzącej, ale jednocześnie doprecyzował, że wszystkie parametry mają być wyświetlane na „ekranie monitora”. Zamawiający użył słowa „tak”, co mogło sugerować, że akceptuje prośbę pytającego, jednak w końcowej części odpowiedzi posłużył się sformułowaniem „ekran monitora”, a nie „ekran respiratora”. W tej sytuacji Izba, zgodnie ze swoją utrwalaną praktyką stwierdziła, że niejasnych postanowień SIWZ i niejednoznacznych odpowiedzi na pytania dot. SIWZ nie można interpretować na niekorzyść wykonawcy.

Wobec niejednoznacznej treści odpowiedzi nie można było uznać, iż zaoferowane przez przystępującego rozwiązanie jest sprzeczne z treścią SIWZ. W orzecznictwie Izby wielokrotnie wskazywano, że od zamawiającego oczekuje się precyzji i jasności w opisywaniu wymagań. Udzielona odpowiedź na pytanie nr 92 z dnia 22 sierpnia 2018 r. nie odpowiadała ww. standardom i mogła wprowadzać w błąd. Przystępujący w tej sytuacji nie może ponosić skutków błędów zamawiającego, a jego oferta podlegać odrzuceniu z powodu wymagań, które nie zostały jasno zakomunikowane wykonawcom. Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut uznano za chybiony.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W analizowanej sprawie

stwierdzone naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu czynności odrzucenia oferty przystępującego miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wybrał bowiem jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, która powinna zostać odrzucona z przyczyn wskazanych w pkt 1 wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 14 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części i wykonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, której treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie pkt 48 załącznika nr 2b do SIWZ rozumianej z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie nr 85 z dnia 22 sierpnia 2018 r.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według*

której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Zgodnie zaś z art. 186 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 4 ponosi:*

- a) odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,*
- b) wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i chybione w takim samym zakresie. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem odwołującego i przystępującego – wnoszącego sprzeciw. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego w kwocie 3.600 zł (łącznie 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100 zł (22.200,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł (18.600 – 11.100,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 2 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: