

Sygn. akt: KIO 1905/19

WYROK

z dnia 11 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 października 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 września 2019 r.** przez wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41 B, 26-200 Końskie**

przy udziale wykonawcy **GE MEDICAL SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 16.09.2019 r. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych oferty Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa, jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.**
2. **kosztami postępowania obciąża Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41 B, 26-200 Końskie i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41 B, 26-200 Końskie** na rzecz **Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) 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 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawa Angiografu do Pracowni Hemodynamiki wraz ze zintegrowaniem hemodynamicznym kpi.1.”, Znak sprawy: DSUiZP 253/MT/12/2019; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.06.2019 r. pod nr 2019/S 123-299765 przez Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Gimnazjalna 41 B, 26-200 Końskie zwana dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 16.09.2019 r. (na platformie zakupowej: http://platformazakupowa.pl/pn/zoz_końskie oraz na stronach internetowych Zamawiającego: <http://zoz-konskie.bip.org.pl/>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – GE MEDICAL SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa zwana dalej: „GE MEDICAL SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Poinformował także o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” oferty: Philips Polska Sp. z o.o., ul. Aleje Jerozolimskie 195b, 02-222 Warszawa zwanej dalej: „Philips Polska Sp. z o.o.” albo „Odwolującym”. Stwierdził, że treść oferty nie odpowiada postanowieniom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Mianowicie - Zamawiający wymagał w zał. do SIWZ nr 5 w punkcie F.2

2.	detektor cyfrowy o przekątnej ≥ 30 cm	TAK, podać oba boki rejestratora (wielkości dla trybu obrazowania)	
----	--	--	--

Philips Polska Sp. z o.o. w tej pozycji zaoferował wpisując: Tak, 21cm x21 cm wielkość dla trybu obrazowania. W związku z powyższym Zamawiający wyjaśnia :

Długość przekątnej z wzoru $a^2 + b^2 = c^2$ gdzie: a, b – to boki; c -przekątna

po przekształceniu otrzymujemy: $c = \sqrt{a^2 + b^2}$

Podstawiając wartości z otrzymanych dokumentów na wezwanie Zamawiającego i po ich analizie informujemy :

- podane w tych dokumentach wartości przez producenta (Philips Polska Sp. z o.o.)

gdzie a = 207 mm i b = 207 mm otrzymujemy:

$$c=\sqrt{207^2 + 207^2}; c=\sqrt{42849 + 42849}; c=\sqrt{85698}; c = 292,74 \text{ mm}$$

Zamieniając mm na cm otrzymujemy długość przekątnej w cm. $C = 29,27$ cm. Wartość $C = 29,27$ cm jest mniejsza niż wymagana długość przekątnej - gdzie zamawiający wymagał wartości dla trybu obrazowania - większej lub równej 30 cm.

Obliczenia dla wartości liczbowych wpisanych w złożonej ofercie przetargowej przez Philips Polska Sp. z o.o.

$a = b = 21$ cm (21 cm) - jest to nieprawdziwa zawyżona wartość wg. dostanego katalogu jest: 207mm zmieniając na cm otrzymamy 20,70 cm, czyli 20,7 cm

$$c=\sqrt{a^2 + b^2} \text{ Przy założeniu: } a = b = 21 \text{ cm. } c=\sqrt{21^2 + 21^2}; c=\sqrt{441 + 441}; c=\sqrt{882}$$

$C = 29,69$ cm. Wartość ta $C = 29,69$ cm również jest mniejsza niż wymagana długość przekątnej - gdzie zamawiający wymagał wartości dla trybu obrazowania - większej lub równej 30 cm.

W dniu 26.09.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Philips Polska Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 16.09.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenia oferty Odwołującego, mimo, iż złożona przez Odwołującego oferta i wyjaśnienia nie potwierdzają faktu, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W związku z ww. zarzutami wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty GE MEDICAL SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o.;
2. ponownego badania i oceny ofert, w tym z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. wybory oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający prowadził postępowanie na Dostawę Angiografu do Pracowni Hemodynamiki wraz ze zintegrowaniem hemodynamicznym kpl.1 zwany dalej: „Sprzęt”. Szczegółowa specyfikacja techniczna Sprzętu zawarta była w Załączniku nr 5 do SIWZ, a zakres przedmiotu zamówienia opisuje dodatkowo Załącznik nr 4 do SIWZ - wzór umowy (w brzmieniu z 31.07.2019 r.). W postępowaniu oferty złożyli dwaj wykonawcy: Philips Polska Sp. z o.o. (Odwołujący) i GE MEDICAL SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o. („GEMS”). Ceny ofert kształtują się następująco: 3.1 ceny (brutto) za całość przedmiotu zamówienia (dostawa Sprzętu, instalacja, uruchomienie i szkolenie): Philips Polska Sp. z o.o. - 2 900 629,42 zł; GEMS 2 945 000,00 zł. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 2 970 000,00 zł. Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 1 Pzp: „*Przedmiot*

zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty". KIO uznała, że: wyrok KIO z 17.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1596/17: „Wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ zamawiający musi rozpatrywać na korzyść wykonawcy.”; wyrok KIO z 17.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1323/14: „Wymagania, które określa zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu.”; wyrok KIO z 25.03.2014 r., sygn. akt: KIO 418/14: „Profesjonalizm potencjalnych oferentów nie zwalnia zamawiającego z obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia (art. 29 ust 1 ww. ustawy), ani obowiązku tego nie ogranicza. Braki w opisie przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich źródła, nie mogą przynosić negatywnych konsekwencji dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. w szczególności prowadzić do odrzucenia ich ofert.”; wyrok KIO z 04.05.2016 r., sygn. akt: KIO 600/16: „Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.”; wyrok KIO z 10.04.2019 r., sygn. akt: KIO 549/19: „Zawarte w art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych sformułowanie „jednoznaczny” należy rozumieć jako takie, które nie pozwala na dowolną interpretację, nie zaś jako tożsame z określeniami zawartymi w innych aktach czy dokumentach.”; wyrok KIO z 22.06.2018 r., sygn. akt: KIO 1146/18: „Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przy czym należy pamiętać, że opis ten ma być zrozumiały nie tylko dla zamawiającego, ale przede wszystkim dla wykonawców pragnących wziąć udział w postępowaniu i dla każdego w nich - z założenia - w ten sam sposób, aby mogli oni złożyć oferty porównywalne między sobą oraz odpowiadające potrzebom zamawiającego.”; wyrok KIO z 26.02.2018 r., sygn. akt: KIO 245/18: „Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia kierowane są do profesjonalistów, zatem mogą odwoływać się do specyficznych pojęć, czy języka technicznego, tym niemniej bezwzględnie muszą być

zrozumiałe, nawet przy tak określonym adresacie.”; wyrok KIO z 29.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1902/17: „Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca miał jasność co do tego, jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta. Brak precyzji przy formułowaniu treści SIWZ nie może być usprawiedliwiony możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny, jest to bowiem bezwzględny obowiązek obciążający zamawiającego i nie może być przerzucany na wykonawców. To właśnie na etapie konstruowania treści SIWZ zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak, aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej, nie znajdującej odzwierciedlenia w dokumentach postępowania oceny, która realnie prowadziłaby do stawiania wykonawcom na etapie oceny ofert dodatkowych, nieznanym wcześniej wymagań.”; wyrok KIO z 07.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1777/17: „Określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak podkreślenia wymaga, że opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony przez Zamawiającego w taki sposób, aby był on jednoznaczny i wyczerpujący. Jedynie takie skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w konsekwencji zapewni wykonawcy - bez dokonywania dodatkowych interpretacji - możliwość prawidłowego ustalenia, co jest przedmiotem zamówienia, a także, czy wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia są w nim uwzględnione. Wobec tego prawidłowo opisany przedmiot zamówienia powinien bez problemu pozwolić wykonawcom na zidentyfikowanie potrzeb zamawiającego, a następnie przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią.”; wyrok KIO z 16.02.2016 r., sygn. akt: KIO 161/16: „Zamawiający ma prawo do takiego opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia swoich potrzeb, aby zapewnić realizację celu stanowiącego opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia. Wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za zamawiającego jakie parametry przedmiotu zamówienia mają mieć charakter istotny.”; wyrok KIO z 06.10.2014 r., sygn. akt: KIO 1939/14: „Niepełny i nieś precyzowany opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza bowiem art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 tej ustawy.”

Zgodnie z treścią opublikowanego na platformie zakupowej załącznika nr 5 do SIWZ "Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych i parametry oceniane",

w sekcji F. Rentgenowski tor obrazowania, w punkcie 2 Zamawiający wymagał, aby zaoferowany przedmiot zamówienia posiadał parametr: „Płaski detektor cyfrowy o przekątnej ≥ 30 cm” i spełniał warunek graniczny: „TAK, podać oba boki rejestratora (wielkości dla trybu obrazowania)”. Wykonawca Philips podał wartość oferowaną: „Tak, 21 cm x 21 wielkość dla trybu obrazowania”, czym potwierdził posiadanie wymaganego parametru i spełnianie granicznego wymogu określonego w SIWZ. Zgodnie z treścią złożonej oferty potwierdził Odwołujący, że zaoferowany aparat Azurion 3M12 spełnia ww. parametr, co potwierdza opis parametrów zaoferowanego detektora model: PX2121CV; Producent: Trixel, zawarty w parametrach technicznych producenta (w załączonej do odwołania broszury, str.2). Wymiary „wymiary detektora” 283x288 - czyli przekątna całego detektora w obudowie = $\text{SQRT}(283^2+288^2) = 403,77\text{mm}$, wynosi w zaokrągleniu 40 cm.

Następnie Zamawiający wymagał, podać oba boki rejestratora (wielkości dla trybu obrazowania). Odwołujący podał te wielkość w cm, gdyż Zamawiający nie zdefiniował w jakiej jednostce ma być podana wielkość dla trybu obrazowania a podał wartość wyrażoną w cm w opisie parametru głównego czyli wielkości przekątnej płaskiego detektora cyfrowego i dlatego w takiej jednostce miary (centymetry) podaliśmy wielkości dla trybu obrazowania. Według specyfikacji technicznej detektora model: PX2121CV; Producent: Trixel boki pola obrazowania „powierzchnia czuła na promieniowanie RTG” wynoszą 207 mm X 207 mm, a Zamawiający wymagał podania wielkości w cm, więc po zaokrągleniu w cm wyniosła 21 X 21 cm, co jest zgodne z treścią wymaganego parametru wskazaną przez Zamawiającego w SIWZ. Stwierdził, że należy w sposób jednoznaczny rozróżnić dwa główne parametry detektora cyfrowego, jeden to parametr dotyczący wielkości detektora a drugi powierzchnia czuła na promieniowanie rtg, czyli wielkość pola obrazowania. Czego dowodem załączona specyfikacja zaoferowanego w angiografii przez firmę Philips detektora firmy Trixel (broszura w załączeniu do odwołania, str. 2):

/W tym miejscu odwołania stosowna tabela z zaznaczonymi parametrami - powierzchnia czuła na promieniowanie rtg oraz wielkości detektora/

Reasumując, stwierdził, że należy rozróżnić dwie odrębne wartości, które nigdy nie będą posiadać jednakowych wymiarów: przekątna płaskiego detektora cyfrowego - zgodnie z opisem wymaganego przez Zamawiającego parametru ≥ 30 cm i dodatkowo wielkość pola obrazowania, która nie ma zdefiniowanego parametru granicznego i jest wymogiem podania wartości. Zamawiający słusznie rozróżnia te pojęcia, dla przykładu w Załączniku do obwieszczenia Ministra z dnia 10 listopada 2015 roku poz. 78 Wykaz wzorcowych procedur: V. Zabiegi radiologiczne z zakresu kardiologii 1. Koronarografia (8498) pkt 9. str. 2538:

9. Zalecane rodzaje urządzeń radiologicznych oraz ich podstawowe parametry techniczne istotne dla stosowanej procedury: Tabela 1: Pole

1	2	8	14	15
1	8	0	2	5

Pola 14 i 15 - zalecany maksymalny wymiar (cm) średnicy elektronowego wzmacniacza obrazu lub krótszego boku cyfrowego rejestratora obrazu ($\pm 5\%$).

W zalecanych parametrach urządzenia podane są dane dotyczące wymiarów elektronicznego wzmacniacza obrazu lub cyfrowego rejestratora obrazu (czyli płaskiego detektora cyfrowego) a nie parametry wielkości dla trybu obrazowania. Reasumując graniczna wartość ≥ 30 dotyczy płaskiego detektora cyfrowego, co zaoferowany przez Wykonawcę Philips system spełnia. Zamawiający nie określił wartości granicznej dla wielkości trybu obrazowania a jedynie wymagał podania tej wielkości w cm, czemu zadośćczyniliśmy.

Ponad zwrócił uwagę, że Zamawiający wymagał podania parametrów dotyczących wielkości pola obrazowania w punktach: F. Rentgenowski tor obrazowania pkt 5, 6, 7 i 8:

F. Rentgenowski tor obrazowania				
5.	Matryca detekcyjna panelu (fizyczna matryca detekcyjna, rozumiana jako liczba rzeczywistych elementów, z których odczytywany jest obraz w panelu) nie mniejsza niż 1 k x 1k	TAK, podać dokładną ilość pikseli dla każdego wymiaru		
6.	Rozdzielczość przestrzenna detektora (tzw. częstotliwość Nyquista) minimum 2,5 lp/mm	TAK		
7.	Liczba pól obrazowych (FOV) nie mniejsza niż 3	TAK, podać		≥ 7 (FOV) - 2 pkt < 7 i > 3 (FOV) - 1 pkt $= 3$ (FOV) - 0 pkt
8.	Wielkość piksela [μm] nie więcej niż 200 μm	TAK, podać		$= 200 \mu\text{m}$ - 0 pkt $< 200 \mu\text{m}$ - 1 pkt

Zauważył również, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty firmy Philips Polska Sp. z o.o. napisał, że wymagał w punkcie F.2 załącznika nr 5 do SIWZ wartości większej lub równej 30 cm dla trybu obrazowania i zdefiniował ten parametr jako graniczny:

„(...) gdzie zamawiający wymagał wartości dla trybu obrazowania - większej lub równej 30 cm”. Co jest nieprawdą, gdyż Zamawiający wymagał i podał jego wartość graniczną dla przekątnej płaskiego detektora cyfrowego, a nie dla trybu obrazowania jak podał w uzasadnieniu odrzucenia oferty:

2.	Płaski detektor cyfrowy o przekątnej 230 cm	TAK, podać oba boki rejestratora (wielkości dla obrazowania		
----	---	---	--	--

Zamawiający w dniu 27.09.2019 r. wezwał (na platformie zakupowej: http://platformazakupowa.pl/pn/zoz_konskie oraz na stronach internetowych Zamawiającego: <http://zoz-konskie.bip.org.pl/>) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.09.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GE MEDICAL SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 10.10.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana na posiedzeniu Odwołującemu oraz Przystępującym. Philips Polska Sp. z o.o. w toku postępowania nie zadawała pytań do pkt 2 sekcji F, co wskazuje, że brzmienie punktu było dla Philips Polska Sp. z o.o. zrozumiałe. Pomimo to Philips Polska Sp. z o.o. podała wartość 21x21 cm, która nie tylko, w oparciu o materiały dostarczane przez Philips Polska Sp. z o.o., jest nieprawdziwa, ale potwierdza niespełnienie wymogu o przekątnej pola obrazowania nie mniejszej niż 30cm. Ponadto zauważył, że Zamawiający wymagał również podania parametrów trybu obrazowania w pkt 5 i 8 sekcji F załącznika nr 5 do SIWZ "*Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych i parametry oceniane*", gdzie Philips Polska Sp. z o.o. podała odpowiednie wartości, potwierdzając faktyczny wymiar pola obrazowania w oferowanym angiografie Azurion 3M12, tj. 20,7x20,7cm, czym udokumentowała fakt niespełnienia parametru granicznego w punkcie 2 sekcji F: 1344x0,154mm=20,697 cm

5.	Matryca detekcyjna panelu (fizyczna matryca detekcyjna, rozumiana jako liczba rzeczywistych elementów, z których odczytywany jest obraz w panelu) nie mniejsza niż 1k x 1k	TAK, podać dokładną ilość pikseli dla każdego wymiaru	TAK, 1344 x 1344 pikseli
8.	Wielkość piksela [μm] nie więcej niż 200 μm	TAK, podać	TAK, 154 μm

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 odrzucona, w wypadku potwierdzenia się zarzutów i uwzględnienia odwołania pierwszą ofertą w rankingu złożonych ofert, z uwagi na najniższą cenę, miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

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 na płycie CD.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również załączone przez Przystępującego jako dowód na rozprawie:

- wyciąg z oferty Odwołującego złożonej w przetargu Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA.

Izba nie uznała jako dowodu w sprawie złożonej przez Przystępującego na rozprawie korespondencji mailowej i odpowiedź z Krajowego Centrum Ochrony Radiologicznej. W tym zakresie należy wskazać, że odpowiedź na załączone pytanie zostało wysłane z prywatnej skrzynki e-mailowej, a nie ze skrzynki Krajowego Centrum Ochrony Radiologicznej. Nadto, nie wiadome jest, czy osoba udzielająca odpowiedzi miała stosowne umocowanie w tym zakresie.

Podobnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również załączone przez Odwołującego jako dowód do odwołania:

- 1) Wydruk broszury zaoferowanego modelu detektora – producent: Trixel;
- 2) Wydruk broszury aparatu Azurion;
- 3) Wydruk Philips Polska Sp. z o.o._OPZ_oferta;
- 4) Kopia Zawiadomienie o wyborze MT 12 2019 Angograf.

Odwołujący załączył również do odwołania - Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie ogłoszenia wykazu wzorcowych procedur radiologicznych z zakresu radiologii - diagnostyki obrazowej i radiologii zabiegowej (Dz. Urz. Min. Zdrow. z 2015 r. poz. 78) (w szczególności str. 2538).

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Odwołującego jako dowód na rozprawie:

- 1) fragmenty trzech ulotek różnych producentów (dwa Przystępującego, jeden firmy Siemens);
- 2) wyciąg z oferty złożonej w przetargu organizowanym przez Zamawiającego w Szpitalu w Wysokim Mazowieckim.

Fragment ulotki/broszury zawierającą specyfikację techniczną oferowanego urządzenia; producent: Trixel złożony ponownie przez Odwołującego na rozprawie został zaliczony w poczet materiału dowodowego wraz z odwołaniem, którego stanowił załącznik. Podobnie wydruk Philips Polska Sp. z o.o._OPZ_oferta złożony ponownie przez Odwołującego na rozprawie został zaliczony w poczet materiału dowodowego wraz z odwołaniem, którego również stanowił załącznik.

Odwołujący złożył również na rozprawie - Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie ogłoszenia wykazu wzorcowych procedur radiologicznych z zakresu radiologii - diagnostyki obrazowej i radiologii zabiegowej (Dz. Urz. Min. Zdrow. z 2015 r. poz. 78), który był przywołany w odwołaniu (gdzie złożono w szczególności str. 2538) wraz ze str. 44, 48, 51, 55, 58, 62, 66, 69, 73 i 88.

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

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenia oferty Odwołującego, mimo, iż złożona przez Odwołującego oferta i wyjaśnienia nie potwierdzają faktu, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Istotna jest również treść wezwania i udzielonych wyjaśnień wskazanych w odwołaniu.

Zgodnie z wezwaniami z 16.08.2019 r. do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust.1 Pzp w pkt 1 Zamawiający stwierdził: „W punkcie F2, Zamawiający wymagał podania obu boków rejestratora, dla potwierdzenia spełnienia warunku oferowania płaskiego detektora cyfrowego o przekątnej nie mniejszej niż 30cm. W waszej ofercie w odpowiedzi na ten wymóg podana jest wartość nieprawdziwa - 21x21cm. Zgodnie z tym podana w punkcie F5, i oferowany przez firmę angiograf Azurion 3M12 posiada matrycę detekcyjną panelu cyfrowego o rozmiarze 1344x1344 piksele. W punkcie F8 podana jest również wielkość piksela o rozmiarze 154 pm. Obie te wartości potwierdzone są w danych produktowych zaoferowanego przez firmę angiografu Azurion 3M12. Z iloczynu powyższych wartości wynika, że cyfrowy panel angiografu Azurion3M12 ma rozmiar 20,7x20,7 cm, nie zaś podane w punkcie F2 przez waszą firmę 21x21cm. Zatem panel cyfrowy o rozmiarze cm posiada przekątną równą 29,19 cm, co stoi w sprzeczności z wymogiem postawionym przez Zamawiającego w punkcie F2 – „Płaski detektor cyfrowy o przekątnej ≥ 30 cm. W związku z powyższym stoimy na stanowisku, że według uzyskanych informacji i wstępnej naszej oceny oferta złożona w postępowaniu podlega odrzuceniu, w związku z niespełnieniem wymogów przedstawionych przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 do SIWZ. Prosimy o zjecie stanowiska i wyjaśnienie tej niezgodności z zapisami siwz”.

W odpowiedzi z 26.08.2019 r. Odwołujący wyjaśnił, że: „Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień omyłkowo podał opis parametru jako „Płaski detektor cyfrowy o przekątnej cm” zamiast „Płaski detektor cyfrowy o przekątnej 230 cm”, Różnica polega na tym, że przekątna detektora cyfrowego ma być większa lub równa 30 cm. Zgodnie z treścią opublikowanego na platformie zakupowej załącznika nr 5 do SIWZ "Zestawienie wymaganych parametrów techniczno-eksploatacyjnych i parametry oceniane", w sekcji F. Rentgenowski tor obrazowania, w punkcie 2 Zamawiający wymagał, aby zaoferowany przedmiot zamówienia posiadał parametr: „Płaski detektor cyfrowy o przekątnej 230 cm”

i spełniał warunek graniczny: „TAK, podać oba boki rejestratora (wielkości dla trybu obrazowania)”. Wykonawca Philips podał wartość oferowaną: „Tak, 21 cm x 21 cm wielkość dla trybu obrazowania”, czym potwierdził posiadanie wymaganego parametru i spełnianie granicznego wymogu określonego w SIWZ. Zgodnie z treścią złożonej oferty potwierdzamy, że zaofferowany aparat Azurion 3M12 spełnia ww. parametr, co potwierdza opis parametrów zaofferowanego detektora model: PX2121CV; Producent: Trixel, zawarty w parametrach technicznych producenta (w załączeniu broszura, str. 2). Wymiary „detector dimensions” 283 mm x 288 mm - czyli przekątna całego detektora w obudowie $=\text{SQRT}(283*283+288*288)$ 403,77mm, wynosi w zaokrągleniu 40 cm. Następnie Zamawiający wymaga, podać oba boki rejestratora (wielkości dla trybu obrazowania). Podaliśmy tę wielkość zgodnie z wymogiem w cm, gdyż podania w takiej jednostce miary (centymetry) wymagał Zamawiający. Według specyfikacji technicznej detektora model: PX2121CV; Producent: Trixel, boki pola obrazowania wynoszą 207 mm X 207 mm, a Zamawiający wymagał podania wielkości w cm, więc po zaokrągleniu do pełnego centymetra wymiary pola obrazowania wynoszą 21 cm X 21 cm.

Należy przy tym rozróżnić dwa odrębne wymiary, które nigdy nie będą posiadać jednakowych wartości, mianowicie: przekątna płaskiego detektora cyfrowego - zgodnie z opisem wymaganego przez Zamawiającego parametru 230 cm i dodatkowy wymiar: wielkość pola obrazowania która nie ma zdefiniowanego parametru granicznego (minimalnego) w SIWZ i Zamawiający jedynie wymagał podania wymiarów pola obrazowania, co zrobił Wykonawca Philips Polska.

Zamawiający słusznie rozróżnia te dwie wielkości, ponieważ takie rozróżnienie znajduje również uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa. Zgodnie z obwieszczeniem Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2015 roku w sprawie ogłoszenia wykazu wzorcowych procedur radiologicznych z zakresu radiologii - diagnostyki obrazowej i radiologii zabiegowej (Dz. Urz. Min. Zdrow. z 2015 r. poz. 78) - Wykaz wzorcowych procedur: V. Zabiegi radiologiczne z zakresu kardiologii 1. Koronarografia (8498) pkt 9. str. 2538 określono:

9. Zalecane rodzaje urządzeń radiologicznych oraz ich podstawowe parametry techniczne istotne dla stosowanej procedury:

Tabela 1: Pole

1	2	8	14	15
---	---	---	----	----

1	8	0	2	5
---	---	---	---	---

Pola 14 i 15 - zalecany maksymalny wymiar (cm) średnicy elektronowego wzmacniacza obrazu lub krótszego boku cyfrowego rejestratora obrazu ($\pm 5\%$).

W zalecanych parametrach urządzenia podane są dane dotyczące wymiarów elektronicznego wzmacniacza obrazu lub cyfrowego rejestratora obrazu (czyli płaskiego detektora cyfrowego), a nie parametry wielkości dla trybu obrazowania.

Reasumując, graniczna wartość 230 cm dotyczy wymiarów (przekątnej) płaskiego detektora cyfrowego i parametr ten spełnia, a nawet przewyższa (ok. 40 cm), zaoferowany przez Wykonawcę Philips aparat Azurion 3M12. Zamawiający nie określił wartości wymaganej (dopuszczającej, minimalnej, granicznej) dla wielkości trybu obrazowania, a jedynie wymagał podania tej wielkości w cm, czemu zadośćuczyniliśmy, podając wielkość pola obrazowania 21 cm x 21 cm.”.

Nadto, w ramach Notatki członków Komisji do procedury dostawy angiografu z 02.09.2019 r. Zamawiający wskazał, że: „(...) Członkowie Komisji po zapoznaniu się z wyjaśnieniami dotyczącymi treści złożonej oferty 2 Firmy Philips oraz przekazanymi dokumentami w szczególności broszurą Detektora PIXIUM stwierdzamy, że detektor w aparacie AZURION 3 M12 ma wymiary trybie obrazowania 20,7x20,7 cm, a nie jak zadeklarowano przez firmę Philips w zał. nr 5 21x21 cm. (wielkość 21x21 cm - dla trybu obrazowania - również nie spełnia wymogów zamawiającego zał. 5) w związku z powyższym zaoferowany angiograf Azurio 3M 12 nie spełnia wymogów określonych w SIWZ zał. nr 5 punkt F-2 - detektor cyfrowy o przekątnej w trybie obrazowania nie jest równy lub większy 30 cm. W związku z powyższym oferta firmy Philips podlega odrzuceniu.”. Izba odniesie się do dalszych kwestii w ramach rozpatrywania zarzutu.

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 po analizie zgromadzonego materiału dowodowego i stanowisk stron oraz Przystępującego uznała konieczność uwzględnienia odwołania. Nie można zaprzeczyć części argumentacji Przystępującego i Zamawiającego, jednakże spór *de facto* sprowadza się do tego, czy postanowienia załącznika nr 5 do SIWZ pkt F.2 kolumna druga

i trzecia, można było rozumieć w dwojaki sposób.

Przy czym, w ocenie Izby należy uznać, że Odwołujący nie zmienił stanowiska na rozprawie, gdyż w odwołaniu na stronach tzw. uzasadnienia w pkt 5 odwołania przywołuje orzecznictwo wskazane także powyżej, które wprost odwołuje się do tej kwestii i tego, że wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ Zamawiający musi rozpatrywać na korzyść Wykonawcy. Zostało to celnie wskazane przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: *"Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców"*. Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: *"Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego."*. Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: *"Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)"* oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: *"Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyrażnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów"*.

Izba podkreśla, że kolumna trzecia pkt F.2 zał. nr 5 do SIWZ jej wydzielił w kontekście kolumny drugiej. Wcale nie musi być jedynie taki, jak przedstawiał to Przystępujący na rozprawie (że należało zadeklarować wartość korespondującą z wymaganiem granicznym, czy też że należy podać dla stwierdzenia, czy płaski detektor

cyfrowy jest o przekątnej większej lub równej 30 cm wielkości dotyczące trybu obrazowania, gdyż wymiary detektora podaje się trzema wartościami) rzeczywiście bowiem dany parametr można było potwierdzać przez słowo „TAK”, słowo „TAK, podać” oraz słowo: TAK, podać ze wskazaniem doprecyzowaniem jakiegoś elementu wybranego. W konsekwencji Odwołujący mógł uznać, że potwierdził generalnie parametr „ *płaski detektor cyfrowy o przekątnej ≥ 30 cm*” przez słowo „TAK”, a następnie w zakresie „*doprecyzowania*” podał boki pola obrazowania. Izba także zwraca uwagę, że w załączniku nr 5 do SIWZ w kolumnie trzeciej bardzo często w kilkunastu pozycjach Zamawiający podaje wartość wymaganą – warunki graniczne przez wskazanie konkretnego parametru, danej wielkości wskazanej cyframi dla danego parametru (np. E. 4, E.6, E.10, czy E.11). Nadto, bywało także tak, że kolumna trzecia wprost odwoływała się do kolumny drugiej np. w I.1, I. 2, I.5, I.6 i I.7 („*podać nazwę funkcjonalności realizującej wymagana opcję*”).

W pkt F. 2 w kolumnie trzeciej - doprecyzowanie poprzez konieczność podania boków rejestratora – nie ma charakteru parametru granicznego – brak jest bowiem wielkości cyfrowej dla danego parametru, jak np. w E.10 i E.11. Nadto, brak jest jednoznacznego odwołania się do kolumny drugiej, jak np. w I.1.

Z tych względów, Odwołujący mógł uznać, że skoro tam gdzie wystarczyło słowo „TAK, podać”, czyli Zamawiający nie ograniczył sposobu prezentacji i należało podać parametr celem odwzorowania oferowanego parametru względem oczekiwanego – jest czymś innym niż tam gdzie oczekiwał słowa: TAK i podania jakiegoś elementu, szczegółu w ramach oferowanego urządzenia. W przeciwnym wypadku takie uszczegółowienie poprzez podanie jakiegoś elementu wyczerpywałoby definicję wymogu.

Izb podkreśla także, że w jej ocenie z dowodów złożonych na rozprawie – ulotek/broszur różnych producentów sprzętu złożonych przez Odwołującego wynika, że oba parametry, tj. tak przekątna detektora, jak i pole obrazowania są rozróżniane przez producentów, ale również przez Ustawodawcę. /Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie ogłoszenia wykazu wzorcowych procedur radiologicznych z zakresu radiologii - diagnostyki obrazowej i radiologii zabiegowej (Dz. Urz. Min. Zdrow. z 2015 r. poz. 78)/. Izba w tym ostatnim zakresie nie uznała dowodu złożonego na rozprawie przez Przystępującego z powodów wskazanych powyżej w uzasadnieniu. Jednocześnie zwraca uwagę, że przedłożona korespondencja e-mailowa, jakby jej nie oceniać nie odnosiła się do str. 44, 48, 51, 55, 58, 62, 66, 69, 73 i 88 niniejszego obwieszczenia i przywołanych tam pozycji.

Izba podkreśla, że dowód z oferty Odwołującego złożonej na rozprawie przez Przystępującego, nie może być podstawą do zmiany stanowiska, gdyż nie wiadomo, czy nie było wyjaśnień w tamtym postępowaniu, nadto wskazanie na detektora obrazu, mimo całej argumentacji Przystępującego jest o wiele jednoznaczniejszym postanowieniem niż miało to miejsce w aktualnym postępowaniu.

W konsekwencji wobec zaistniałych wątpliwości Izba uznała, że twierdzenie Zamawiającego z informacji o odrzuceniu z 16.09.2019 r., tj. podany powód odrzucenia, tzn. że Zamawiający wymagał wartości dla trybu obrazowania – większej lub równej 30 cm jest jedynie jego interpretacją postanowień załącznika nr 5 do SIWZ pkt F.2 kolumna druga i trzecia, skoro kolumna druga wprost odnosi się do przekątnej detektora cyfrowego, zaś kolumna trzecia nie miała granicznej wielkości cyfrowej dla danego parametru i w żaden sposób nie odwoływała się do kolumny drugiej. Nadto, Odwołujący potwierdził parametr przekątnej przez słowo „TAK”. Kwestia konieczności podania dwóch wartości nie ma charakteru przesadzającego za stanowiskiem Przystępującego, skoro Odwołujący zastosował się do literalnej treści kolumny trzeciej, zaś w części ulotek/ broszur złożonych przez Odwołującego na rozprawie wymiar/rozmiary detektora są podawane dwoma wartościami, a nie trzema. W ocenie Izby, druga interpretacja prezentowana przez Odwołującego także była dopuszczalna, z tej przyczyny wobec zaistniałych wątpliwości, czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie może się ostać. Nie może Odwołujący ponosić konsekwencji dwuznacznych postanowień SIWZ.

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. a i 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....