

WYROK

z dnia 22 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2018 r. przez **FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu we Wrocławiu** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty wykonawcy **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**,
2. kosztami postępowania obciąża **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we **Wrocławiu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę mammografu.

Postępowanie jest prowadzona na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 stycznia 2017 roku wykonawca FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: dostawę mammografu.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., który wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy P.z.p. przez zamawiającego nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący może mieć wówczas szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób wadliwy z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców czym wyrządza odwołującemu szkodę. W wyniku dokonanych czynności badania i oceny ofert, w tym szczególnie wybór najkorzystniejszej oferty Firmy GE Medical Systems Polska Sp. z o. o z Warszawy, odwołujący może stracić szansę na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu dokonanie w przedmiotowym postępowaniu niezgodnych z ustawą następujących czynności:

1. Wyborze najkorzystniejszej oferty Firmy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z Warszawy pomimo, że oferta podlega odrzuceniu;
2. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GE Medical Systems Polska;
3. Zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu;

4. świadomą rezygnacją z obowiązku niezwłocznego przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wszystkim wykonawcom;
5. przesłanie informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy;
6. nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

W ocenie odwołującego, powyższymi czynnościami dokonany niezgodnie z ustawą, naruszono w szczególności następujące przepisy:

1. Art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, którego treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie ma zastosowania przepis art. 89 ust. 2 pkt 3;
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji gdy złożono tylko dwie oferty i obie podlegające odrzuceniu;
4. art. 92 ust. 1 pkt 1 w związku z art 182 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przesłania informacji niezwłocznie wykonawcom o wyborze najkorzystniejszej oferty a poprzestaniu na zamieszczeniu jej tylko na stronie internetowej zamawiającego;
5. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez wadliwe przesłanie informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, w innym terminie niż zamieszczenie na stronie internetowej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz bez podania powodów odrzucenia oferty, braku wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego;
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości, a także zagrożenia udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

W związku z powyższym odwołujący zażądał uwzględnienia odwołania w całości i nakazania zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie;
2. dokonania ponownego badania i oceny oferty;

3. odrzucenia oferty Firmy GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. w Warszawie;
4. unieważnienia postępowania mocą art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.;
5. zgodnego z ustawą przesłania informacji niezwłocznie wszystkim wykonawcom o unieważnieniu postępowania z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego;
6. zgodnego z ustawą przesłania wykonawcom informacji o ofertach odrzuconych z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego;

Odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 22.12.2017r zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Dostawę mammografu”. W zamieszczonym ogłoszeniu była także informacja o ofertach odrzuconych. Odwołujący nie otrzymał informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty ani odrzuceniu jego oferty. Informację o odrzuceniu jego oferty uzyskał dopiero w dniu 27 grudnia 2017 roku z uzasadnieniem, iż oferta jest odrzucona zgodnie z wyrokiem KIO 2406/2017 z dnia 30 listopada 2017r. Zamawiający nie przekazał informacji o wyniku postępowania w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty. Poprzestał jedynie na zamieszczeniu informacji o wynikach postępowania w tym o wyborze oferty na swojej stronie internetowej.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. w Warszawie w sposób istotny dopuścił się naruszenia przepisów dot. przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania a nade wszystko wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy, w tym szczególnie art. 82 ust. 3, gdy treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy oferta wybranego wykonawcy nie odpowiada wymaganiom określonym w s.i.w.z.

Odwołujący podkreślił, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności w zakresie obejmującym:

- 1) Załącznik nr 5, część VIII - TOMOSYNTEZA, Poz. 72 - Nieruchoma osłona twarzy podczas badania tomo.

Zamawiający wymagał potwierdzenia oferowanych minimalnych rozwiązań poprzez złożenia oświadczenia „TAK”. Ponadto w s.i.w.z., w rozdz. V tabela ze wskazanymi dokumentami i oświadczeniami, zamawiający wymagał: W celu potwierdzenia okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2, potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, tj. 1. „opisów, fotografii oraz innych podobnych materiałów dotyczących przedmiotu zamówienia, potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego. 2. Oświadczenie wykonawcy, że oferowany wyrób medyczny

odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym obowiązującym dla tego wyrobu oraz jest wprowadzony do obrotu i używania, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Oz. U. z 2017, poz. 211 ze zm.) zgodnie z załącznikiem nr 4 do s.i.w.z.

Odwołujący podniósł, że w ofercie i w materiałach złożonych przez GE Medical Systems Polska brak jest potwierdzenia tego elementu. Treść oferty wskazuje na stronę 14-tą wyciągu z instrukcji obsługi Senographe Pristina. Brak jest w ofercie takiego dokumentu. Na wezwanie wykonawca nie złożył strony 14-tej rzeczonoego wyciągu z instrukcji. Jeśli uznać, iż numer strony odnosi się do oznaczenia wykonawcy - dokumenty złożone na wezwanie zamawiającego, to str. 37 wyciągu z instrukcji obsługi, oznaczona nr 14 zawiera jedynie wygląd akcesorium urządzenia opisane jako „Standardowa osłona twarzy” i „Uniwersalna osłona twarzy” (dowód nr 6). Pierwsza opisana jako podstawowa, druga jako opcjonalna, Z treści oferty nie wynika, która z osłon została zaoferowana. Ponadto żadna z nich nie posiada oznaczenia, że jest „nieruchoma”. Tym samym wykonawca nie wykazał, że zaoferował urządzenie wyposażone w nieruchomą osłonę twarzy pacjentki - nieruchomą względem twarzy (zgodnie z wyjaśnieniami z 19.09.2017), jak i nieruchomą w ogóle.

Odwołujący podniósł, że w tym zakresie zamawiający zaniechał wyjaśnienia treści oferty i wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowane urządzenie spełnia wymagania s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał, aby parametry niepotwierdzone materiałami informacyjnymi zostały potwierdzone oświadczeniem producenta, co wynikało z odpowiedzi na pytanie nr 8 z dn. 13.09.2017 r. W tym zakresie przystępujący złożył oświadczenie GE Medical Systems Société en Commandite Simple, które obejmuje jedynie parametr: czasu wykonania skanu tomosyntezy oraz możliwośc konfiguracji dyskw  w HDD w technologii RAID1. Nie ma w tym zakresie informacji o osłonie twarzy.

W ocenie odwołującego, przystępujący nie potwierdził wymagań określonych przez zamawiającego, tym samym trec jego oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., podlega więc odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że złożone oświadczenie zostało podpisane przez Véronique Soltani - Tender & Offer Leader. Brak jest jakiegokolwiek dokumentu wskazującego, że osoba ta ma prawo reprezentowania producenta - GE Healthcare, ale takce czy posiada prawo do reprezentowania GE Medical Systems Société en Commandite Simple. Z dokumentw  w technicznych wynika, że producentem jest GE Healthcare, Chalfont St. Giles,

Buckinghamshire z UK, zaś GE Medical Systems Société en Commandite Simple to „Marketing Communications”.

Brak jest jakichkolwiek dokumentów wykazujących, że wskazane podmioty mają prawo do reprezentowania producenta. Ponadto zamawiający nie wyjaśnił prawidłowości złożonych dokumentów, gdyż w wybranej ofercie jako producent wskazany jest GE Medical Systems SCS z Francji, a żaden ze przedstawionych dokumentów nie wskazuje na taki podmiot.

Odwołujący wskazał, że wykonawca GE Medical Systems Polska w wyjaśnieniach z dn. 18.12.2017 r. wskazuje, że Seno Claire to nazwa marketingowa technologii cyfrowej tomosyntezy i została zaimplementowana do urządzenia Senographe Pristina. Brak jest jakiegokolwiek dokumentu (poza tym oświadczeniem), który by to potwierdzał. Dokumenty urządzenia wskazują na zastosowane systemy czy aplikacje, np. SenoBright. Dokumenty techniczne wskazują na „technologię Senographe Pristina”, a nie technologię Seno Clair. Załączony dokument - Biała Księga SenoClair - nie wskazuje, że jest to technologia zastosowana w urządzeniu Senographe Pristina. Biorąc pod uwagę drugi akapit dokumentu, należy rozumieć, że Seno Clair jest oznaczeniem detektora, a Aplikacja DBT Seno Clair odnosi się do kontroli dawki. Żaden z dokumentów dotyczących Senographe Pristina nie wskazuje na zastosowanie takiego detektora ani takiej aplikacji. W załączonych dokumentach dotyczących Senographe Pristina wskazano na Aplikację SenoBright. W żadnej części oferty wykonawca nie odnosi się do SenoClair. W każdym punkcie oferty wskazano na katalog Senographe Pristina.

Odwołujący podniósł, że opieranie się na stosowanych w innych urządzeniach technologiach nie oznacza, że dane urządzenie posiada takie same parametry. Takie uznanie wskazywałoby, że w każdym przypadku wykonawca może wskazać na jakieś urządzenie spełniające wymogi zamawiającego, a zaoferować dowolne ze swojej oferty. Ponadto nie ma żadnej gwarancji, że dana część w połączeniu z innymi elementami, tj. z innym urządzeniem, będzie posiadała takie same parametry.

W ocenie odwołującego, z powyższego wynika, że wykonawca nie potwierdził wymagań określonych przez zamawiającego, tym samym treść jego oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., podlega więc odrzuceniu mocą art. 89 ust. 1 pkt 2.

2) Załącznik nr 5, część VIII - TOMOSYNTENZA, Poz. 74

- średnia dawka gruczołowa w trybie AEC dla akwizycji 3D (...).

(potwierdzić w materiałach informacyjnych dot. oferowanego mammografu i publikacjach)
Odwołujący stwierdził, że zamawiający wyraźnie określił, iż oczekuje, by materiały

informacyjne i publikacje dotyczyły oferowanego mammografu. W przypadku GE Medical Systems Polska powinny dotyczyć oferowanego mammografu, czyli Senographe Pristina, a nie innych technologii posiadanych przez producenta urządzeń.

Odwołujący wskazał, że Biała Księga SenoClaire nie dotyczy mammografu Senographe Pristina. Ponadto załączona publikacja z UZ Leuven odnosi się do systemu GE Essential, a nie Senographe. Trudno więc uznać, że wykonawca GE Medical Systems spełnił wymagania określone przez zamawiającego. Przeciwnie, poprzez konfabulowanie informacjami, GE Medical Systems nieudolnie próbuje dowieść, że jego oferta spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Załączone dwie strony z publikacji nie wskazują w ogóle jakiego systemu dotyczą (ani Senographe, ani Pristina, ani SenoClaire) - zamawiający tego także nie wyjaśnił. Ponadto na stronie z wykresami znajduje się informacja, że publikacja obejmuje 3 systemy - Hologic, Siemens i GE, jednakże nie wiadomo, który z wykresów odnosi się do którego systemu. Tym bardziej, że pierwszy wykres nie potwierdza spełnienia wymogu, że dawka w trybie 3D ma być taka sama lub niższa niż w trybie 2D. Uzyskując publikację w całości ze strony internetowej wykonawcy GE, otrzymujemy informację, że dotyczy ona Systemu GE Essential. Publikacja opiera się na EUREF z 2014 r. Jest to nieaktualne, gdyż obecnie obowiązuje EUREF z 2016.

Odwołujący podniósł, że w publikacji tej wykresy zawierają dane z zakresu 20-70mm PMMA. Odpowiada to ekwiwalentowi grubości piersi w zakresie 20-90 mm, czyli nie w takim w jakim wymagał zamawiający, czyli z zakresu 20-100mm. Dodatkowo przedstawione wykresy są mało czytelne i nasuwają wątpliwości, czy w każdym miejscu przebiegu wykresu spełniony jest warunek, że dawki 3D są niższe niż 2D.

Odwołujący podkreślił, że złożona przez GE Medical Systems Polska publikacja zawiera nieaktualne dane co do granicznych dawek EUREF - pochodzą z 2014 roku, a obecnie obowiązujące zostały wydane w 2016, a dodatkowo dotyczy innego urządzenia (GE Essential), a nie zaoferowanego GE Senographe Pristina. Tym samym wykonawca nie potwierdził spełniania wymogów zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie z dn. 05.01.2018 r. doręczonej prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dn. 08.01.2018 r., zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty postawione w odwołaniu.

W dniu 12.01.2018 r. przystępujący GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w zakresie zarzutów 1, 2, 3 i 6.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do s.i.w.z. „Zestawienie minimalnych parametrów techniczno-użytkowych mammografu”, poz. 72, zamawiający postawił wymóg posiadania przez zaoferowany sprzęt nieruchomej osłony twarzy podczas badania tomo. W poz. 74 wskazano na wymóg średniej dawki gruczołowej w trybie AEC dla akwizycji 3D takiej samej lub mniejszej jak w standardowym trybie 3D dla ekwiwalentu grubości piersi min. 20-100 [mm] (oba tryby dotyczą tego samego mammografu, dawki muszą być poniżej dawek granicznych EUREF) dla wszystkich trybów tomosyntezy (jeśli istnieje więcej niż jeden). Parametr opisany w poz. 74 miał zostać potwierdzony w materiałach informacyjnych dot. oferowanego mammografu i w publikacjach. Ponadto należało wskazać nr strony katalogu, gdzie zostały potwierdzone oferowane wartości.

W informacji nr 2 dla wykonawców z dnia 13 września 2017 roku w odpowiedzi na pytanie nr 8 zamawiający wyraził zgodę na oświadczenie producenta potwierdzającego spełnienie parametrów technicznych niewyszczególnionych w katalogach firmowych.

Zamawiający w dniu 6 listopada 2017 roku poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego. Od powyższego rozstrzygnięcia odwołanie wniósł przystępujący. Wyrokiem z dnia 30 listopada 2017 roku sygn. akt KIO 2406/17 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego.

Przystępujący zaoferował urządzenie Senographe Pristina i złożył formularz według załącznika nr 5 do s.i.w.z., w którym w poz. 72 potwierdził, że aparat spełnia wymóg w zakresie nieruchomej osłony twarzy podczas badania tomo. Wskazał, iż potwierdzenie powyższego znajduje się w wyciągu z instrukcji obsługi Senographe Pristina str. 14. Przystępujący potwierdził również spełnianie warunku wskazanego w poz. 74 i wskazał, że potwierdzenie powyższego wynika z katalogu Senographe Pristina str. 5 oraz z publikacji 8-12. Na potwierdzenie powyższego złożył Białą Księgę SenoClaire oraz publikację z UZ Leuven.

Pismem z dnia 18 grudnia 2017 roku zamawiający zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, wskazując, że w złożonej ofercie w poz. 74 (średnia dawka gruczołowa w trybie AEC dla akwizycji 3D) zestawienia minimalnych parametrów techniczno-użytkowych mammografu został potwierdzony parametr – TAK i zostały wskazane strony w katalogu Senographe Pristina str. 5 i publikacje str. 8-12. Natomiast dokumenty techniczne złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie nie wskazują jednoznacznie, jaka jest najmniejsza dawka dla określonych badań, także publikacja określa zarządzanie dawką dla aparatu SenoClaire, a nie zaoferowanego Senographe Pristina. Zamawiający wezwał do

złożenia wyjaśnień w tym zakresie do dnia 20 grudnia 2017 roku. Jednocześnie poinformował, że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

Pismem z dnia 18 grudnia 2017 roku przystępujący wyjaśnił, że do oferty został dołączony wykres, z którego istnieje możliwość odczytania wartości średniej dawki gruczołowej dla pełnego zakresu grubości wymaganego w postępowaniu. Wskazał też, że Seno Claire to nazwa marketingowa technologii cyfrowej tomosyntezy piersi firmy GE. Powyższa technologia została zaimplementowana w mammografie Senographe Pristina, stąd też wszystkie załączone materiały oraz publikacje dotyczą oraz są aktualne dla zaoferowanego mammografu Senographe Pristina.

Przystępujący z ofertą nie złożył instrukcji obsługi urządzenia Senographe Pristina. Na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył dokumenty, w tym str. 37 wyciągu z instrukcji obsługi, gdzie zawarto informacje w zakresie osłon twarzy opisane jako „Standardowa osłona twarzy” i „Uniwersalna osłona twarzy”. Pierwsza opisana jako podstawowa, druga jako opcjonalna.

Przystępujący złożył oświadczenie GE Medical Systems Société en Commandite Simple dotyczące parametrów: czasu wykonania skanu tomosyntezy oraz możliwości konfiguracji dysków HDD w technologii RAID1. Złożone oświadczenie zostało podpisane przez Véronique Soltani - Tender & Offer Leader.

Zamawiający w dniu 22.12.2017 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. Izba oddaliła wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony oraz z uwagi na jego wniesienie po terminie przewidzianym ustawą. Przystępujący podnosił, iż – wobec odrzucenia oferty odwołującego na podstawie wyroku KIO 2406/17 – odwołujący utracił status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Podnosił też, iż zarzuty wobec oferty przystępującego odwołujący powinien podnosić w terminie liczonym od wyboru oferty odwołującego., tj. od 6 listopada 2017 roku.

Izba wskazuje w tym zakresie na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 r. (sygn. C-131/16), zgodnie z którym oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty. Stanowisko to zostało potwierdzone m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2017 roku sygn. akt KIO 2218/17.

Odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania z powodu jego wniesienia po terminie przewidzianym w ustawie, Izba wskazuje, iż w sytuacji, gdy oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, nie ma on interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Szkada, którą poniósł lub może ponieść wykonawca musi być zatem wynikiem naruszenia ustawy przez zamawiającego, czyli wiąże się z uchybieniem przepisom ustawy P.z.p. . Konieczne jest zatem wykazanie przez odwołującego, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Dopóki jednak czynność zamawiającego, choćby nieprawidłowa, nie godzi w interes wykonawcy i nie grozi mu szkodą, dopóty nie otwiera się termin na wniesienie odwołania (zob. wyrok z 13 marca 2013 r., sygn. akt KIO 442/13).

Izba oddaliła wniosek odwołującego o potraktowanie sprzeciwu przystępującego jako niewniesionego z uwagi na treść art. 186 ust. 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym sprzeciw można wnieść jedynie wobec całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dopuszczalność wniesienia częściowego sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania nie jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej kwestionowana i została potwierdzona m.in. w wyroku z dnia 28 grudnia 2011 roku sygn. akt KIO 2626/11 oraz w wyroku z dnia 10 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1083/15. Przyjęcie odmiennej koncepcji byłoby bowiem zmuszeniem wykonawcy do złożenia sprzeciwu wobec zarzutów dotyczących oferty i sytuacji prawnej innego wykonawcy, z którym przystępujący nie jest w żaden sposób związany.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby przystępujący nie wykazał, że zaoferowany przez niego mammograf jest wyposażony w

nieruchomą osłonę twarzy podczas badania tomo oraz że spełnia wymóg średniej dawki gruczołowej w trybie AEC dla akwizycji 3D takiej samej lub mniejszej jak w standardowym trybie 2D dla ekwiwalentu grubości piersi min. 20-100 [mm] (oba tryby dotyczą tego samego mammografu, dawki muszą być poniżej dawek granicznych EUREF) dla wszystkich trybów tomosyntezy (jeśli istnieje więcej niż jeden).

Izba podkreśla, że wskazane w załączniku nr 5 do s.i.w.z. wymogi techniczne urządzenia winne były być potwierdzone informacjami zawartymi w katalogach firmowych. Ponadto, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie 8 z dnia 13 września 2017 roku, dopuszczalne było potwierdzenie spełnienia parametrów technicznych, niewyszczególnionych w katalogach firmowych, poprzez złożenie oświadczenia producenta.

Odnosząc się do wymogu nieruchomej osłony twarzy podczas badania tomo, Izba wskazuje, że przystępujący w wyniku wezwania przez zamawiającego, złożył wyciąg z instrukcji obsługi urządzenia Senographe Pristina, gdzie zawarto informacje w zakresie osłon twarzy opisane jako „Standardowa osłona twarzy” i „Uniwersalna osłona twarzy”, przy czym pierwsza z nich była wersją standardową, a druga opcjonalną. Z żadnej informacji zawartej w uzupełnionej dokumentacji nie wynika, którą opcję zaoferował przystępujący, jak również – czy i która z nich jest nieruchoma.

Przystępujący na rozprawie w dniu 16 stycznia 2018 roku podnosił, iż osłona spełniająca warunek zamawiającego to osłona wskazana w instrukcji urządzenia jako „uniwersalna”. Jest to wersja opcjonalna, co oznacza, iż wersja podstawowa nie jest wyposażona w osłonę wymaganą w tym postępowaniu. Żaden z dokumentów złożonych przez przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wskazuje, że przystępujący objął zakresem oferty rzeczoną wersję dodatkową. Oświadczenia i wyjaśnienia przystępującego składane w tym zakresie na rozprawie stanowią – w ocenie Izby – nieuprawnioną zmianę treści oferty.

Odnosząc się do wymogu średniej dawki gruczołowej w trybie AEC dla wymaganego ekwiwalentu grubości piersi, Izba podkreśla, że wymóg ten miał zostać potwierdzony w materiałach informacyjnych dotyczących oferowanego mammografu i publikacjach. Przystępujący złożył wraz z ofertą dokument „Biała Księga SenoClaire” oraz publikację UZ Leuven. Żaden ze złożonych dokumentów nie zawiera informacji, że technologie opisane w tych publikacjach dotyczą zaoferowanego urządzenia Senographe Pristina.

Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Przystępujący złożył w tym zakresie oświadczenie.

W ocenie Izby złożone przez przystępującego oświadczenie nie może zostać uznane za potwierdzenie spełnienia wymaganego parametru. Dokumenty składane przez wykonawcę w wyniku wezwania przez zamawiającego muszą odpowiadać bowiem ustalonym przez zamawiającego wymogom w zakresie poświadczania parametrów technicznych, tj. przez producenta urządzenia. Tego rodzaju dokumenty nie zostały przez przystępującego złożone w wyniku wezwania.

Izba oddaliła wnioski dowodowe złożone w tym zakresie przez przystępującego na rozprawie. Izba podkreśla, że przystępujący został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 20 grudnia 2017 roku. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień zamawiającemu oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Przedstawienie wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nieuzasadnionego przedłużenia terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej

umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby zamawiający dokonał oceny oferty przystępującego z naruszeniem warunków, jakie sam ustalił w s.i.w.z. Tym samym zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z, należy uznać za uzasadniony.

Izba oddaliła zarzut dotyczący braku wykazania umocowania pani Véronique Soltani do składania oświadczeń w imieniu producenta. Zarzut ten został przez odwołującego podniesiony w związku ze złożeniem oświadczenia w zakresie spełnienia parametru: czas wykonania skanu tomosyntezy oraz możliwość konfiguracji dysków HDD w technologii RAID1. Odwołujący nie podniósł natomiast zarzutu niezgodności treści oferty przystępującego z treścią s.i.w.z. w zakresie tych parametrów, w związku z czym ewentualne uchybienie zamawiającego w tym zakresie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....