

Sygn. akt: KIO 125421

WYROK
z dnia 18 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez odwołującego: **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespólny im. L. Rydygiera w Toruniu** (ul. Świętego Józefa 53-59, 87-100 Toruń),

przy udziale wykonawcy: **EUROMED Medical Solution Sp. z o. o., Sp. k. z siedzibą w Poznaniu (ul. Szczęsna 2, 60-587 Poznań)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Zespólny im. L. Rydygiera w Toruniu** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.3. nie uwzględnia wniosku wykonawcy: **EUROMED Medical Solution Sp. z o. o., Sp. k. z siedzibą w Poznaniu** o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 26 kwietnia 2021 r. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydygiera w Toruniu w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę sprzętu medycznego w ramach projektu nr RPKP.06.01.01-04.0054/17 „Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydygiera w Toruniu” realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020, umowa nr WP-11-B.433.6.1.2017 z 27.06.2017 r.” (Numer referencyjny: W.SZ.Z.: TZ-280-144/20) w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP]. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 28.12.2020 r. Nr ogłoszenia 2020/S 252-6351711. Odwołujący - TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie podał, że Zamawiający w zakresie zadania 5 dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EUROMED MEDICAL SOLUTION sp. z o.o. sp. k., z Poznania (dalej: EUROMED) naruszył przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy EUROMED, pomimo wprowadzenia Zamawiającego przez tego Wykonawcę w błąd co do spełniania przez zaoferowany aparat USG „SAMSUNG RS85 PRESTIGE” obligatoryjnych parametrów określonych w pkt 13 Załącznika nr 2/5a,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EUROMED pomimo tej niezgodności z treścią SIWZ, z uwagi na brak spełniania przez oferowany przez wykonawcę aparat USG SAMSUNG RS85 PRESTIGE” obligatoryjnych wymogów dotyczących parametrów zamawianego sprzętu wynikających z pkt 33 i 86 Załącznika nr 2/5a, a nie jest to omyłka podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP;
- 3) art. 91 ust 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty EUROMED w sposób nierzetelny i niezgodny z jej treścią, a w konsekwencji przyznanie ofercie EUROMED w kryterium „Ocena techniczna” punktów za wymogi z pkt 13 Załącznika nr 2/5a, pomimo że oferowany przez wykonawcę wskazany aparat USG nie spełnia parametrów technicznych określonych w pkt 13 Załącznika nr 2/5a, a zatem Zamawiający nie powinien przyznać punktów ofercie w powyższym zakresie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

- 2) wykluczenia wykonawcy EUROMED z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, względnie odrzucenie tej oferty jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.
- 3) wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
- Wniósł ponadto o przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że (...) posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte poprzez dokonanie żądanych czynności, tj. jego uwzględnienie. Działania Zamawiającego polegające na wyborze oferty firmy EUROMED MEDICAL SOLUTION Sp. z o.o. Sp. k. z Poznania zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy PZP oraz postanowień SEWZ. Uwzględniając treść oferty Odwołującego, w przypadku dokonania przez Zamawiającego poprawnej czynności oceny, byłaby ona najkorzystniejsza. Czynności Zamawiającego dokonane z naruszeniem Ustawy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co narusza interes Odwołującego”.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

Przedmiotem zamówienia w zadaniu 5 jest zakup i dostawa aparatu USG (zadanie nr 5). Konkurencyjną ofertę złożył wykonawca EUROMED MEDICAL SOLUTION Sp. z o.o. Sp. k. z Poznania, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą (pismo ZAWIADOMIENIE o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16.04.2021 r.). Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Oferty pozostałych wykonawców zostały odrzucone na podstawie z art. 89 ust 1 pkt 1. Podał, że oferta TMS mieści się w budżecie Zamawiającego, przeznaczonym na pakiet numer 5.

Odwołujący kwestionując wybór najkorzystniejszej oferty stwierdził, że Zamawiający mylnie uznał, że treść oferta wykonawcy EUROMED odpowiada w całości treści SIWZ.

1.1. Punkt 86 Załącznika nr 2/5a do SIWZ pakiet numer 5

Zamawiający zawarł w tym punkcie następujący wymóg:

86.	Archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnym HDD o pojemności minimum 500 GB i wbudowanym napędzie DVD-R/RW,	Tak		
-----	--	-----	--	--

W ofercie wykonawcy, firmy Euromed zaferowano następujące rozwiązanie:

86.	Archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnym HDD o pojemności minimum 500 GB i wbudowanym napędzie DVD-R/RW,	Tak	TAK - Archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnym SSD o pojemności 512 GB i wbudowanym napędzie DVDR/RW	
-----	--	-----	--	--

Wynika z powyższego, oferta firmy Euromed nie spełnia wymagań granicznych zawartych w pkt. 86. W ofercie firmy Euromed zaferowano dysk lokalny SSD, zamiast wymaganego dysku HDD. Zamawiający w punkcie 86 zawarł precyzyjne wymagania dotyczące zarówno rodzaju archiwizowanych danych, jak i typów nośników na jakich mają być zapisywane. Rozwiązanie zaferowane przez firmę Euromed bezsprzecznie nie spełnia granicznego warunku w zakresie typu oferowanego nośnika. Zamawiający wymagał zapisu na lokalnym HDD. Jest to skrót od „Hard Disk Drive”, oznaczający w dosłownym tłumaczeniu „napęd dysku twardego” - powszechnie znany jako dysk twardy określany skrótem HDD. Dysk twardy HDD wykonany jest w klasycznej technologii tj. posiada napęd mechaniczny, obracający znajdującymi się wewnątrz dysku talerzami, na których zapisywane są dane (np. pacjentów, raportów, obrazów i pętli.). Zamawiający precyzyjnie określił wymagania oczekując zaferowania lokalnego HDD (wbudowanego w urządzenie). Zaferowane przez firmę Euromed w punkcie 86 rozwiązanie w postaci lokalnego SSD nie spełnia wymogu granicznego. Podkreślił, że archiwizacja na lokalnym SSD, nie można zostać uznana za tożsamą z archiwizacją na lokalnym HDD. Określenie SSD jest skrótem z języka angielskiego od „Solid State Drive” co w dosłownym tłumaczeniu oznacza „napęd stanu stałego”, powszechnie znanego jako pamięć masowa SSD lub dysk półprzewodnikowy. Jak wynika z powyższego, oferowane rozwiązanie jest wykonane w innej technologii niż wymagana przez Zamawiającego, a tym samym nie spełnia wymogów SIWZ. Zamawiający jednoznacznie przedstawił warunki graniczne, oczekując konkretnego rodzaju archiwizacji, czyli „lokalnego HDD” (lokalny dysk twardy), a nie lokalnego SSD.

Podkreślił, że pozostali trzej Oferenci biorący udział w niniejszym postępowaniu w pakiecie 5, zinterpretowali zapisane wymogi dotyczące typu/rodzaju dysku w sposób jednoznaczny, czyli jako konieczność zaferowania dysku HDD. Każdy z tych oferentów potwierdził to w treści złożonych ofert:

Firma Sonolife potwierdziła zaoferowanie:

86.	Archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnym HDD o pojemności minimum 500 GB i wbudowanym napędzie DVD-R/RW,	Tak	TAK - Archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnych dwóch dyskach HDD o pojemności 2x 500 GB i wbudowanym napędzie DVD R/RW,	
-----	--	-----	--	--

Firma Medinco potwierdziła zaoferowanie:

86.	Archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnym HDD o pojemności minimum 500 GB i wbudowanym napędzie DVD-R/RW,	Tak	TAK - Archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnym dysku twardym o pojemności 1000 GB i wbudowanym napędzie DVD-R/RW,	
-----	--	-----	---	--

Firma TMS potwierdziła zaoferowanie:

86.	Archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnym HDD o pojemności minimum 500 GB i wbudowanym napędzie DVD-R/RW,	Tak	TAK Archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnym HDD o pojemności 1000 GB i wbudowanym napędzie DVD-R/RW	
-----	--	-----	--	--

Każdy z trzech Oferentów zaoferował aparaty wyposażone w lokalne dyski twarde tj. HDD. Podkreślił, że firma Euromed jako jedyna zaoferowała „lokalny SSD”, który nie jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Podał, że z doświadczenia wykonawcy wynika, w wielu postępowaniach przetargowych zamawiający precyzują wymagania dotyczące sposobów archiwizacji w których określa się typ wymaganego dysku. Potencjalni wykonawcy standardowo zwracają się o wyjaśnienia w celu doprecyzowania o jaki rodzaj dysku chodzi: HDD czy SSD. Często się zdarza, że sposób/treść doprecyzowania co do wymaganego dysku (HDD czy SSD) sprawia, że część potencjalnych oferentów nie może wystartować w danych postępowaniu, ponieważ ich urządzenia nie są posiadają danego typu dysku.

Dokładnie taki przypadek miał miejsce w niniejszym postępowaniu w związku z zakupem „Aparatu USG 1 szt, pakiet numer 11. Zamawiający określił następujące parametry graniczne (wymagane) w zakresie systemu archiwizacji:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Parametry wymagane	Parametry oferowane Tak/Nie podać/opisać	Parametry oceniane punktacja
42.	Wewnętrzny system archiwizacji danych (dane pacjenta, obrazy, sekwencje) z dyskiem SSD o pojemności min. 500 GB	TAK		

Powyższy wymóg także dotyczący sposobu archiwizacji i rodzaju dysku (analogicznie do punktu 86 z pakietu numer 5), został precyzyjnie określony przez Zamawiającego. Do tego punktu oficjalnie zostało zadane pytanie jednego z potencjalnych wykonawców o poniższej treści: nr 18, dotyczy Załącznika Nr 2/110, poz. 42:

„Czy Zamawiający dopuści do postępowania aparat ultrasonograficzny renomowanego japońskiego producenta, który posiada wewnętrzny system archiwizacji danych (dane pacjenta, obrazy, sekwencje) z dyskiem HDD o pojemności 500 GB?

Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza”.

Odpowiedź Zamawiającego jest jednoznaczna — wymaga dysku SSD i nie wyraża zgody na zaoferowanie dysku HDD. Potencjalny Oferent nie mógł zaoferować aparatu USG z dyskiem HDD. Ta jednoznaczna odpowiedź i kompilacja pozostałych wymaganych parametrów spowodowała, że w pakiecie numer 11 nie wpłynęła żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Jest wysoce prawdopodobne, że w przypadku pozytywnej odpowiedzi dopuszczającej dysk HDD, który jest na wyposażeniu większości aparatów USG różnych producentów, zostałyby złożone oferty. Tak jednoznaczna odpowiedź na pytanie 18, w związku z pakietem nr. 11, pozwala założyć, iż ta sama jednoznaczność dotyczy wszystkich pakietów w niniejszym postępowaniu i jednocześnie można domniemywać, że Zamawiający doskonale rozróżnia obie technologie SSD i HDD. Pozwala jednocześnie wysnuć twierdzenie, iż Zamawiający wyklucza także możliwość zaoferowania jakiegokolwiek rozwiązania równoważnego w prowadzonym postępowaniu. Według wyroku KIO z dnia 23.2015 r. (sygn. KIO 709/15) „oferta równoważna, to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz oznaczonych innymi znakami towarowymi, patentem lub pochodzeniem”. Określenie „lokalny HDD” użyte przez Zamawiającego nie jest oznaczone znakiem towarowym, chronione patentem czy innym pochodzeniem — nie jest to także produkt referencyjny — tym samym Zamawiający wyklucza zastosowanie rozwiązań równoważnych. Dyski HDD oferowane są przez wielu różnych producentów i jest to technologia ogólnie dostępna. Oczywiście można dyskutować nad wyższością jednej technologii nad drugą. Można postawić pytanie który jest lepszy? W zasadzie odpowiedź może być zaskakująca: to wszystko zależy do czego mają być przeznaczone?” . Obecnie dyski SSD są szybsze (tryb zapis/odczyt) od dysków HDD (co nie

znaczy jednak, że te ostatnie są wolne), ale mają poważną wadę. XIV przypadku awarii dysku SSD nie ma możliwości odzyskania z niego żadnych danych, a tę możliwość posiadają za to dyski HDD. Dlatego też tam gdzie ważna jest większa szybkość (wczytanie systemu, zapis w pamięci podręcznej) częściej stosuje się dyski SSD, a tam gdzie ważne i istotne jest żeby w bezpieczny sposób archiwizować (magazynować) dużą ilość danych, częściej stosuje się wydajniejsze dyski HDD. Dobrym przykładem są zewnętrzne urządzenia sieciowe tzw. NAS (Network Attached Storage - w dosłownym tłumaczeniu: Sieciowa Pamięć Dołączana), w których powszechnie stosowane są dyski HDD ze względu na wysokie bezpieczeństwo danych. Przy archiwizowaniu (magazynowaniu) danych szybkość dysku ma mniejsze znaczenie, a zdecydowanie większe znaczenie ma bezpieczeństwo przechowywanych danych.

Pakiet 5 w przedmiotowym postępowaniu dotyczy zakupu ultrasonografów, a więc zaawansowanego diagnostycznego sprzętu medycznego w którym zapisywane są dane pacjentów, zdjęcia obrazów ultrasonograficznych, bardzo często przedstawiające stany chorobowe narządów wewnętrznych danego pacjenta. Co ważne, są to dane wrażliwe podlegające przepisom RODO, które powinny być szczególnie chronione a w przypadku awarii musi istnieć możliwość ich odzyskania — te wymagania w 100% spełniają dyski HDD. Stąd wymóg graniczny zawarty w opisie przedmiotu zamówienia jest nieprzypadkowy. Obecnie w różnego typu urządzeniach np. komputerach osobistych stosowane są często konfiguracje dwóch dysków. Urządzenia wyposażone są w jeden dysk tzw. systemowy (tam zainstalowany jest system operacyjny urządzenia), który jest dyskiem SSD (umożliwiający większą szybkość działania) oraz drugi dysk przeznaczony na zapis danych, który jest dyskiem HDD.

Analogiczne rozwiązania stosowane są w sprzęcie medycznym — dobrym przykładem jest oferowany przez naszą firmę ultrasonograf Aplio a, który posiada systemowy dysk SSD (128 GB) i drugi dysk HDD (1000GB) na którym są zapisywane i przechowywane dane pacjentów. Obecnie jest to najnowocześniejsze, najbezpieczniejsze i najbardziej wydajne rozwiązanie w ultrasonografach. Rozwiązanie dwudyskowe pozwala także na spełnienie wymogu jaki np. Zamawiający zawarł we wspomnianym wcześniej pakiecie na zakup „Aparatu USG — 1 kpl.” opisanym w Załączniku Nr 2/1 la:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Parametry wymagane	Parametry oferowane Tak/Nie podać/opis	Parametry oceniane punktacja
42.	Wewnętrzny system archiwizacji danych (dane pacjenta, obrazy, sekwencje) z dyskiem SSD o pojemności min. 500 GB			

45.	Możliwość jednoczesnego zapisu obrazu na wewnętrznym dysku HDD i nośniku typu PenDrive oraz wydruku obrazu na printerze. Wszystkie 3 akcje dostępne po naciśnięciu jednego przycisku	TAK		
-----	--	-----	--	--

Rozwiązanie oferowane między innymi przez firmę Canon zapewnia zapis zarówno na dysku SSD (jednak jest on mniejszy od wymaganego — posiada 128 GB), jak i na wewnętrznym dysku HDD. Przykład ten pokazuje, iż Zamawiający doskonale rozróżnia obie technologie SSD i HDD i jednoznacznie definiuje swoje wymagania w SIWZ dotyczące najnowszych i najlepszych rozwiązań na rynku.

Podsumowując, pragniemy podkreślić, iż w przypadku pkt. 86 Załącznika nr 2/52 oferta firma Euromed nie spełnia wymagań SIWZ i powinna być odrzucona przez Zamawiającego.

1.2. Punkt 33 Załącznika nr 2/5a do SIWZ

Zamawiający zawarł w punkcie 33 Załącznika nr 2/5a do SIWZ precyzyjne wymagania dotyczące zakresu prędkości Dopplera Pulsacyjnego:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Parametry wymagane	Parametry oferowane Tak/Nie podać/opisać	Parametry oceniane punktacja
33.	Zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki min.: +/- 6,0 m/s	Tak/ podać		+/- 6.0 m/s -0 pkt ≤ +/- 7.5 m/s - 1 pkt > +/- 7.5 m/s -3 pkt

W ofercie firmy Euromed zaoferowano:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Parametry wymagane	Parametry oferowane Tak/Nie podać/opisać	Parametry oceniane punktacja
33.	Zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki min.: -1/- 6,0 m/s	Tak/ podać	TAK - Zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki powyżej 8,0 m/s	+/- 6.0 m/s -0 pkt ≤ +/- 7.5 m/s - 1 pkt > +/- 7.5 m/s -3 pkt

Jak wynika z powyższego, oferta firmy Euromed nie spełnia wymagań granicznych zawartych w pkt.33. Zamawiający wymagał w punkcie 33 zakresu prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) min. +/- m/s. Jednocześnie Zamawiający zdecydował się ocenić ten parametr przyznając dodatkowe punkty w przypadku zakresu prędkości wyższej niż +/- 7.5

m/s. Zapis przedstawiony przez firmę Euromed nie spełnia tych wymagań ponieważ oferuje zakres prędkości „...powyżej 8.0 m/s”, ale nie „+/- 8.0 m/s”. Wymóg określony przez Zamawiającego jest precyzyjny: „...min. +/- 6.0 m/s” co oznacza, że zakres ten wynosi: +6.0 m/s i -6.0 m/s. Znaczenie zapisu tego typu „+/-” jest jednoznaczne w zapisach technicznych, a np. na stronie internetowej Słownika Języka Polskiego PWN możemy znaleźć dokładną interpretację takiego zapisu: „...wyrażeń potocznych mniej więcej, plus minus w znaczeniu „około” nie należy zastępować znakiem +/- przed liczbą, np. temperatura wynosiła +/- 12 °C ponieważ będzie to oznaczać, że temperatura wahała się od —12°C do +12°C”. Dokładnie tak samo zinterpretowali to pozostali uczestnicy postępowania w tym pakiecie — zarówno TMS, jak i SONOlife oraz Medinco. Dla wszystkich ten zapis jest jednoznaczny i oferowane aparaty spełniają ten wymóg.

W ofercie firmy TMS potwierdzono spełnienie parametru:

33.	Zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki min.: +/- m/s	Tak/ podać	TAK Zgodnie z opisem parametru +/- 16,64 m/s przy zerowym kącie bramki	+/- 6.0 m/s -0 pkt ≤ +/- 7.5 m/s - 1 pkt > +/- 7.5 m/s -3 pkt
-----	--	------------	---	---

W ofercie firmy SONOlife potwierdzono spełnienie parametru:

33.	Zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki min.: +/- m/s	Tak/ podać	Tak, Zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki min.: +/- 14m/s	+/- 6.0 m/s -0 pkt ≤ +/- 7.5 m/s - 1 pkt > +/- 7.5 m/s -3 pkt
-----	--	------------	---	---

W ofercie firmy Medinco potwierdzono spełnienie parametru:

33.	Zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki min.: +/- 6,0 m/s	Tak/ podać	TAK - Zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki +/- m/s	+/- 6.0 m/s -0 pkt ≤ +/- 7.5 m/s - 1 pkt > +/- 7.5 m/s -3 pkt
-----	--	------------	--	---

Wszystkie wymienione firmy potwierdziły spełnienie warunku granicznego, właściwie zinterpretowały jednoznaczne wymagania Zamawiającego i zaoferowały urządzenia, które w pełni spełniały zapisane minimalne parametry techniczne. Podkreślił, że w przypadku pkt. 33 Załącznika nr 2/5a oferta firma Euromed nie spełnia wymagań SIWZ i powinna być odrzucona przez Zamawiającego.

I.3. Punkt 13 Załącznika nr 2/5a do SIWZ.

Zamawiający zawarł w punkcie 13 Załącznika nr 2/5a do SIWZ następujący wymóg:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Parametry wymagane	Parametry oferowane Tak/Nie podać/opisać	Parametry oceniane punktacja
13.	Inteligentny touchpad sterujący z możliwością wykonywania gestów jako skrótów funkcyjnych	Tak		

W ofercie firmy Euromed potwierdzono spełnienie warunku w następujący sposób:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Parametry wymagane	Parametry oferowane Tak/Nie podać/opisać	Parametry oceniane punktacja
13.	Inteligentny touchpad sterujący z możliwością wykonywania gestów jako skrótów funkcyjnych	Tak	TAK - Inteligentny touchpad sterujący z możliwością wykonywania gestów jako skrótów funkcyjnych	

Według wiedzy Odwołującego firma Euromed poświadczyła nieprawdę w punkcie 13 Załącznika nr 2/5a do SIWZ. Podał: „Na podstawie ogólnodostępnych informacji pragniemy wysnuć twierdzenie, iż oferowany przez firmę Euromed aparat „SAMSUNG RS85 PRESTIGE” nie posiada * inteligentnego touchpada sterującego z możliwością wykonywania gestów jako skrótów funkcyjnych”. Na rynku jest tylko jedna firma, która posiada w ofercie dwa urządzenia zawierające tego typu rozwiązanie. Jest nią firma Supersonic Imagine (należąca obecnie do grupy Hologic), która oferuje inteligentny touchpad w aparatach Aixplorer: Mach 20 i Mach 30. Aparat Aixplorer Mach 30 został zaoferowanym w niniejszym pakiecie przez firmę SONOlife Sp. z o.o. Zarówno firma TMS, jak i firma Medinco nie potwierdziła tego parametru ponieważ oferowane aparaty nie posiadają takiego rozwiązania podobnie jak oferowany przez firmę Euromed aparat „SAMSUNG RS85 PRESTIGE”. W żaden sposób nie można za touchpad uznać rozwiązania jakie jest wymagane w punkcie nr 11”.

Lp.	Przedmiot zamówienia	Parametry wymagane	Parametry oferowane Tak/Nie podać/opisać	Parametry oceniane punktacja
11.	Konsola aparatu wyposażona w ekran dotykowy o przekątnej minimum 10 cali	Tak		

Zamawiający wymagania określa precyzyjnie rozdzielając dotykowe urządzenia na dwa różne rozwiązania tj.: W pkt. 11 Zamawiający wymaga ekranu dotykowego (z ang. touchscreen ekran dotykowy) o przekątnej min. 10 cali a touchpad nie może być ekranem dotykowym ponieważ nie posiada funkcjonalności ekranu dotykowego tj. nie można na nim wyświetlić żadnej treści.

W pkt. 13 Zamawiający wymaga inteligentnego touchpad (w tłumaczeniu: panel dotykowy) sterującego, który nie jest ekranem dotykowym (touchscreen) tylko manipulatorem/urządzeniem wskazującym zastępującym mysz i ma charakter tzw. gładzika ze sterowaniem za pomocą gestów, które umożliwiają użycie tzw. skrótów funkcyjnych.

Ekran dotykowy (touchscreen), a touchpad (panel dotykowy) to są dwa różne urządzenia, które doskonale odróżnia Zamawiający opisując jednoznacznie wymagania dotyczące tych urządzeń w dwóch różnych punktach Załącznika nr 2/5a do SIWZ. Na rynku jest tylko jedna firma oferująca oba wyżej wymienione urządzenia (touchscreen i touchpad) - w obudowie jednego aparatu — jest nią firma SuperSonic, która posiada takie rozwiązania w dwóch modelach: Mach 20 i Mach 30. Podkreślił, że firma Euromed świadomie poświadczyła nieprawdę w celu uzyskania większej liczby punktów za walory techniczne, a tym samym wyższą końcową ocenę punktową, która zapewni finalną korzyść jaką jest wygranie niniejszego postępowania i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 PZP.

W uzasadnieniu prawnym zarzutów w szczególności wskazał:

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust 4 ustawy PZP. EUROMED świadomie zawarł w ofercie informację, iż oferowany aparat USG SAMSUNG RS85 PRESTIGE” spełnia obligatoryjny parametr, wskazany w pkt 13 Załącznika nr 2/5a do SIWZ, mimo że miał świadomość, że nie jest prawdziwa informacja, a zatem ziszcila się przesłanka wykluczenia wykonawcy na mocy art. 24 ust 1 pkt 17 PZP.

Należy podkreślić, że przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP ziszczą się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że Zamawiający może zostać wprowadzony w błąd. Rzeczywiste wprowadzenie Zamawiającego w błąd nie jest wymagane treścią przywołanego przepisu. Już samo tylko podanie informacji, które mogłyby u Zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują — jest wystarczające, aby uznać, że ziszcila się przesłanka wykluczenia z postępowania. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. sygn. akt KIO 444/18). W wyżej opisanych okolicznościach faktycznych sprawy oczywiste jest, iż wykonawca EUROMED zna doskonale rzeczywiste parametry oferowanego sprzętu, a wpisanie błędnych informacji w ofercie, jest co najmniej rażącym niedbalstwem. Zgodnie jednak z treścią przywołanego przepisu, aby uznać daną informację za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie,

jaka była przyczyna podania danej informacji w ofercie. Wystarczające jest bowiem stwierdzenie nawet najmniejszego stopnia winy tj. lekkomyślności czy niedbalstwa. Z całą pewnością działanie wykonawcy EUROMED wypełnia znamiona niedbalstwa w przedstawianiu Zamawiającemu informacji, które mogłyby mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest upewnienie się, czy informacje przekazane Zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje (tak KIO 531/18). Podkreślił znaczenie oświadczeń własnych wykonawców, jakie zawarte są w ofercie — zgodnie ze stanowiskiem zawartym w wyroku KIO 596/18). Zgodnie zatem z aktualnym stanem prawnym główne źródło wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, stanowią oświadczenia własne wykonawcy. Wynika z tego większe niż dotychczas znaczenie kwestii prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzić należy, iż KIO bardzo restrykcyjnie orzeka w zakresie oceny spełniania przesłanek wynikających z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, zwracając między innymi uwagę na zasadniczą konieczność dołożenia przez wykonawców należytej staranności przy sporządzaniu oferty oraz podkreślając zawodowy i profesjonalny charakter wykonawców (np. wyrok KIO 271/19). (...)

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wskazuje, że nieprawidłowe wskazanie przez EUROMED spełniania obligatoryjnych parametrów wskazanych w pkt 33 i 86 Załącznika nr 2/5a skutkuje także niezgodnością oferty w treści SIWZ, co na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy prowadzić powinno do odrzucenia oferty. Zgodnie z treścią 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. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, ma miejsce w sytuacji? gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określone w SIWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO 396/16 oraz wyrok KIO 1565/16). W utrwalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wskazuje

się, że każda wada oferty, skutkująca niezgodnością oferty z wymogami merytorycznymi, określonymi przez zamawiającego w SIWZ stanowi przesłankę odrzucenia oferty. Tytułem przykładu Odwołujący wskazuje na wyrok KIO 2253/19. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EUROMED, w sytuacji gdy treść oferty nie odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego w Załączniku nr 2a, stanowi zatem naruszenie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP-

3. Zarzut naruszenia art. 91 ust 1 i 2 W zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP

Odwołujący wskazuje, że opisane wyżej nieprawidłowe wskazanie przez EUROMED spełniania parametrów wskazanych w pkt 13 załącznika nr 2/5a do SIWZ skutkuje także nieprawidłową oceną oferty EUROMED, a zatem także naruszeniem art. 91 ust 1i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Wskazał na wyrok KIO 2108/17 i podkreślił, że *„Dokonanie oceny oferty EUROMED nastąpiło niezgodnie z ustalonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, w szczególności poprzez przyznanie 10 punktów za spełnienie warunków określonych w pkt 13 Załącznika nr 2/5a do SIWZ, co stanowi naruszenie zasad dokonywania oceny ofert wynikających z ustawy PZP, bowiem oferta ta nie powinna otrzymać dodatkowych punktów w kryterium „Ocena techniczna”, z uwagi na brak posiadania wskazanych parametrów przez oferowany aparat USG „SAMSUNG RS85 PRESTIGE”.* Wskazał ponadto na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 października 2010 r. (XIX Ga 468/10), w którym sąd podkreśla, że w przypadku oceny oferty przy zastosowaniu kilku kryteriów: w takiej sytuacji decydujące znaczenie ma kompleksowa analiza oferty pod kątem spełnienia wszystkich wyznaczonych cech przedmiotowych ustanowionych jako kryteria oceny ocen.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie – w piśmie z dnia 28 kwietnia 2021 r. - zgłosił wykonawca Euromed Medical Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z/s w Poznaniu wnosząc o oddalenie odwołania. Odnośnie wymagań załącznika Nr 2/5a, (pakiet nr 5) wskazał w szczególności:

A. wymaganie w pkt. 86:

1. Zamawiający w pkt.86 posłużył się sformułowaniem „Archiwizacja danych na lokalnym HDD ...” Zamawiający nie użył natomiast sformułowania: na lokalnym dysku HDD. Należy przyjąć zatem, iż Zamawiający użył sformułowania „lokalny HDD” w znaczeniu „lokalny Hard Disk Drive”, to jest „lokalny dysk twardy” nie definiując jego charakteru (dysk HDD lub dysk SD), lecz wskazując na jego cechę immanentną, jaką jest integralność z urządzeniem, dla odróżnienia od zewnętrznych nośników pamięci. Na trafność powyższej konstatacji, choć zapewne w sposób niezamierzony, wskazuje sam Odwołujący, przywołując zapisy pkt.42 i pkt.45 załącznika nr 2/11 do SIWZ (pakiet nr 11), gdzie Zamawiający posłużył się określeniem „dysk SSD” (pkt.42) i „wewnętrzny dysk HDD”

- (pkt.45). Skoro w ramach tego samego postępowania przetargowego Zamawiający posługuje się różnymi terminami, mianowicie: „lokalny HDD”, „dysk SSD” oraz „wewnętrzny dysk HDD”, to czyni to po to, aby pojęciom tym nadać różne znaczenia.
2. Okoliczność podnoszona przez Odwołującego, że Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego jako jedyny zaoferował aparat USG z dyskiem SSD, pozostali natomiast wykonawcy zaoferowali aparaty z dyskiem HDD, nie może stanowić argumentu na obronę tezy, iż aparat zaoferowany przez Przystępującego nie jest zgodny z wymogami SIWZ. Należy również mieć na uwadze, co podkreślił Odwołujący, że Przystępujący wprost wskazał w formularzu ofertowym w pkt.86, że oferowany przez niego aparat USG posiada lokalny HDD w postaci dysku SSD, faktu tego nie kryjąc. Skoro zatem jego oferta została wyłoniona przez Zamawiającego jako zwycięska, to nie była niezgodna z SIWZ.
 3. Wbrew twierdzeniom Odwołującego (strona 6 odwołania, linia 3 od dołu i kolejne) możliwość odzyskiwania danych nie jest cechą immanentną wyłącznie dysków HDD. Dane można odzyskiwać również z dysków SSD. Co więcej, o możliwości odzyskania danych decyduje nader często stopień uszkodzenia dysku, a dyski SSD charakteryzują się większą odpornością na uszkodzenia, niż dyski HDD. Przystępujący wskazał adres strony www podmiotu profesjonalnie zajmującego się odzyskiwaniem danych z dysków HDD, z dysków SSD w technologii SATA i z dysków SSD w technologii NVME: <https://centrumodzyskiwaniadanvch.pl/>
 4. Nawet, gdyby jednak przyjąć, iż Zamawiający użył określenia „lokalny HDD”, dla wskazania charakteru wewnętrznego dysku twardego, to dysk SD zastosowany w zaoferowanym aparacie stanowi rozwiązanie równoważne w rozumieniu przepisu art. 30 ust. 5 Pzp (w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2020 roku). Równoważność dopuszczona przez zapisy PZP oraz Zamawiającego oznacza możliwość zaoferowania produktów o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał, że dysk SSD zaoferowany jako dysk systemu operacyjnego zaoferowanego aparatu nie tylko jest rozwiązaniem nowocześniejszym, bezpieczniejszym i charakterystycznym dla aparatów wysokiej klasy wymagających transferu danych z prędkościami kilkukrotnie większymi niż w przypadku HDD, ale przede wszystkim umożliwiającym uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych. Wskazał na wyroki KIO o sygn. akt.:
 - 2734/11: „istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry

- 2911/20: „Wykonawca uprawniony jest do przedstawienia w ofercie materiałów i urządzeń równoważnych, nie gorszych parametrach. Wykonawca powinien określić ich parametry, celem wykazania, że spełniają warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia.”
- 940/19: „Oferta równoważna, to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 256/14: „Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do spełnienia. Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny do produktu, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego zbliżone do produktu referencyjnego funkcjonalności i parametry, które bezwzględnie powinny zostać określone w treści SIWZ. Stwierdzenie przez zamawiającego dopiero po złożeniu ofert, że pewne funkcjonalności lub parametry są dla niego istotne jest spóźnione. Zamawiający, dokonując badania i oceny oferty, zobowiązany jest bowiem interpretować SIWZ tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w SIWZ zasad i wymagań. Zamawiający nie jest uprawniony, aby dopiero na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. ”

Okoliczność powyższa była już weryfikowana przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego, Zamawiający poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego zgodził się z argumentacją j/w oraz udzielonymi wyjaśnieniami. Dowód: wezwanie Zamawiającego z dn. 08.02.2021 do udzielenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust.1 Pzp, wyjaśnienia Przystępującego z dnia 12.02.2021

B. wymaganie w pkt. 33:

Konstrukcja formularza ofertowego użytego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym pozwała na wypełnienie pozycji 33 załącznika nr 2/5a w sposób zastosowany przez Przystępującego do odwołania po stronie Zamawiającego.

Otóż przyjęty w kolumnie 3. do pozycji 33 w/w formularza ofertowego sposób udzielenia odpowiedzi wskazuje, że udzielenie odpowiedzi „TAK” stanowi potwierdzenie spełnienia warunków brzegowych to jest, stanowi potwierdzenie, iż oferowany aparat posiada minimalny zakres żądanych przez Zamawiającego prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki, to jest min.: +/- 3,0m/s. Natomiast rozszerzenie odpowiedzi precyzuje, czy i o ile rozszerzone wartości przekraczają wartości minimalne. Użyte przez Przystępującego określenie „powyżej 8,0m/s” w zestawieniu z wcześniej udzieloną

odpowiedzią „TAK” wskazują, iż aparat USG oferowany przez przystępującego zapewnia zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki +/- 8,0m/s.

Powyższy sposób określenia zakresu prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) nie budził wątpliwości Zamawiającego. W przeciwnym wypadku Zamawiający dysponując w toku postępowania przetargowego narzędziem pozwalającym rozwiązać ewentualne jego wątpliwości w tym zakresie co do złożonej przez Przystępującego oferty, to jest wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty — na podstawie przepisu art.87 ust. 1 Pzp., z uprawnienia tego by skorzystał. Zauważył ponadto, że również Odwołujący w przedmiotowym punkcie formularza ofertowego udzielił odpowiedzi w sposób odmienny od dwóch pozostałych oferentów. Mianowicie wskazał: *„Tak Zgodnie z opisem parametru +/- 16,64m/s przy zerowym kącie bramki”, które to stwierdzenie obarczone jest logiczną sprzecznością, albowiem opis parametru wskazuje na wartości: +/- 6m/s.”*

C. wymaganie w pkt. 13:

Przystępujący potwierdza, że zaoferowany przezeń aparat posiada inteligentny Panel dotykowy/touchpad z możliwością wykonania gestów jako skrótów funkcyjnych np.: zmiany stron pulpitu/touchpada. Zaoferowane przez Przystępującego urządzenie jest najnowocześniejszym rozwiązaniem na rynku Panel dotykowy pełniący jednocześnie funkcję touchpada spełnia wymagania określone w SIWZ. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia określił funkcjonalności jakich oczekuje od urządzenia nie precyzując jednak i nie narzucając konkretnych rozwiązań, dopuszczając nawet rozwiązania nietypowe charakterystyczne tylko dla jednego producenta na świecie, dając tym samym możliwość zaoferowania urządzeń wielu producentom i charakterystycznym dla nich rozwiązaniom. Zgodnie z powszechnie przyjętymi definicjami: Touchpad jest to płytką dotykowa, panel dotykowy, gładzik trackpad) — urządzenie wskazujące, zastępujące mysz, które można najczęściej spotkać w laptopach i taką funkcjonalność zaoferowany aparat firmy Samsung posiada. Pragniemy także na marginesie wskazać ich oferowane urządzenia posiadają także klawiaturę alfanumeryczną z funkcją touchpada. Okoliczność powyższa była już weryfikowana przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego, Zamawiający poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego zgodził się z argumentacją j/w oraz udzielonymi wyjaśnieniami. Zamawiający miał okazję testować zaoferowany przez Przystępującego aparat IJSG przed ogłoszeniem postępowania przetargowego i zapoznać się ze wszelkimi jego funkcjonalnościami. Dowód: wezwanie Zamawiającego z dn. 08.02.2021 do udzielenia wyjaśnień w trybie przepisu art.87 ust. 1 Pzp; wyjaśnienia Przystępującego z dnia 12.02.2021; umowa użyczenia aparatury medycznej z dnia 9 czerwca 2020 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - w piśmie z dnia 28 kwietnia 2021 r. – wniósł o jego oddalenie. Podnosząc bezzasadność zarzutów i ich niezgodność ze stanem faktycznym wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

Odnosnie wymagań granicznych zawartych:

(1) w punkcie 86 podał, że w tym punkcie (...) wymagał archiwizacji danych pacjentów, raportów obrazów i pętli na lokalnym HDD o pojemności min. 500 GB i wbudowanym napędzie DVD-R/RW. EUROMED potwierdził, że spełnia ten wymóg udzielając odpowiedzi w poz. 86 „TAK — archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnym SSD o pojemności 512 GB i wbudowanym napędzie DVDD R/RW”. Zamawiający wprowadzając wymóg w pkt 86 posłużył się sformułowaniem „Archiwizacja danych (...) na lokalnym HDD” w znaczeniu lokalny Hard Disk Drive, tj. „lokalny dysk twardy” nie definiując jego charakteru (nie użył sformułowania „lokalny dysk HDD”), ale wskazał na jego kluczową cechę jaką jest integralność z urządzeniem, oczekując przy tym dostarczenia sprzętu zawierającego lokalny dysk o określonej pojemności, na którym będą mogły być przechowywane dane. Określenie „HDD” jest nazwą potoczną, historycznie odnoszącą się do dysków magnetycznych, na co zwraca uwagę Odwołujący, jednak dotyczy to okresu kiedy na rynku nie były jeszcze dostępne inne rozwiązania technologicznie w tym zakresie. Współcześnie tym potocznym terminem określa się po prostu lokalny dysk „twardy” stacji roboczych niezależnie od technologii produkcji. Dla potwierdzenia tego faktu wystarczy w dowolnej wyszukiwarce internetowej wpisać termin „dysk twardy SSD” i sprawdzić uzyskane rezultaty. Widać z nich wyraźnie, że określenie dysk twardy (HDD) jest powszechnie stosowane również w połączeniu z technologią SSD. Zatem przyjęć należy, że Zamawiający celowo nie precyzował technologii w jakiej ma zostać wykonany dysk pozostawiając tą decyzję potencjalnym Wykonawcom nie chcąc w sztuczny sposób ograniczać konkurencji. Nawet gdyby jednak przyjęć argumentację zastosowaną przez Odwołującego, to dyski SSD są pod względem technologicznym wydajniejsze od tradycyjnych rozwiązań magnetycznych — posiadając przy tym wszystkie inne cechy dysków magnetycznych, istotne z punktu widzenia tego postępowania. Jest to zatem kolejny argument za tym, że wskazany zarzut jest bezpodstawny, ponieważ wybrane przez Zamawiającego rozwiązanie jest nie tylko równoważne (a więc dopuszczalne przepisami ustawy Pzp), ale lepsze technologicznie, a przede wszystkim jest rozwiązaniem, które umożliwia uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych (poprawność powyższej argumentacji potwierdzają wyroki KIO 709/15, KIO 940/19, KIO 2911/20). Podsumowując, Zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej w ramach Zadania nr 5 analizował kwestię spełniania przez wybraną ofertę wymogu określonego w punkcie 86 Załącznika nr 2/5 do SIWZ, rozważał i wyjaśniał zastrzeżenia w tej samej kwestii złożone przez innego Wykonawcę (Sonolife Sp. z o. o.) w dniu 05.02.2021 r. i po konsultacji się ze specjalistami z

zakresu IT uznał, że zaoferowanie dysku SSD jako rozwiązania równoważnego i de facto technologicznie lepszego od wskazanego w punkcie 86 dysku HDD było dopuszczalne i tym samym nie może być podstawą do odrzucenia oferty EUROMED. Pomijając kwestie wskazane powyżej Zamawiający uważa, że odrzucenie rozwiązania, które umożliwia zrealizowanie założonego celu i efektu, aczkolwiek przy pomocy innego rozwiązania technicznego, byłoby nielogiczne i niecelowe. Na marginesie Zamawiający wskazuje, że odnośnienie się do kwestii dotyczącej wymogów w zakresie archiwizacji i rodzaju dysku w Zadaniu nr 11 jest bezpodstawne, gdyż przedmiotem odwołania jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Zadania nr 5 a nie Zadania nr 11.

(2) w punkcie 33 podał, że wykonawca EUROMED (...) potwierdził, że spełnia wymóg zawarty w pkt 33 specyfikacji technicznej poprzez potwierdzenie „TAK - zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki powyżej 8.0 m/s”. Tak sformułowana przez EUROMED odpowiedź nie budziła wątpliwości Zamawiającego (w przeciwnym wypadku Zamawiający skorzystałby z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 PZP i wezwał do wyjaśnień treści złożonej oferty) i oznacza, że złożona oferta spełnia wymóg zakresu prędkości Dopplera pulsacyjnego przy zerowym kącie bramki, a nawet przekracza wymaganą minimalną wartość (± 6.0 m/s) za co Zamawiający zasadnie przyznał EUROMED 3 punkty w tym parametrze.

(3) w punkcie 13 podał, że wymóg brzmiał: „Inteligentny touchpad sterujący z możliwością wykonywania gestów jako skrótów funkcyjnych”. Nie był to parametr wymagany tylko punktowany na zasadzie TAK/NIE. W przypadku odpowiedzi twierdzącej Zamawiający przyznawał takiej ofercie punkty, a jeżeli odpowiedź była negatywna punktacja była zerowa. Jak wynika z powyższego brak tej funkcji nie mógł być podstawą do odrzucenia oferty, a jedynie nieprzyznaniem dodatkowych punktów. Nie był to — jak twierdzi Odwołujący — „obligatoryjny parametr”, a dodatkowy element oceny technicznej. Wskazać należy, że w zakresie tego właśnie parametru oferta firmy EUROMED wybrana jako najkorzystniejsza nie otrzymała dodatkowej punktacji, jako że Zamawiający po szczegółowej analizie i wyjaśnieniach EUROMED złożonych w efekcie zarzutów innego Wykonawcy (Sonolife Sp. z o. o.), a także na podstawie własnych doświadczeń wynikających z testowania różnego rodzaju aparatów USG stwierdził, że oferowany przez EUROMED aparat nie spełnia wymogu określonego w punkcie 13 Załącznika nr 2/5a do SIWZ. Mimo, że Zamawiający otrzymał wyjaśnienie od EUROMED, w których Wykonawca potwierdził, że zaoferowany aparat posiada inteligentny panel dotykowy/touchpad z możliwością wykonywania gestów jako skrótów funkcyjnych, Zamawiający po szczegółowej analizie stwierdził, że potwierdzenie spełnienia tego parametru przez Wykonawcę jest nieuzasadnione i wynika z niewłaściwego rozumienia postawionego wymogu. W efekcie powyższego Zamawiający w ramach tego wymogu przyznał

ofercie uznanej za najkorzystniejszą 0 pkt., co jednak ostatecznie nie wpłynęło na wynik postępowania.

W konkluzji Zamawiający uznał zarzuty za bezzasadne, nie mające żadnego potwierdzenia w stanie faktycznym. Rozstrzygnięcie postępowania w zakresie Zadania Nr 5 dokonane zostało – jego zdaniem - zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W toku postępowania dołożono szczególnej staranności, aby dokonać rzetelnej oceny wszystkich złożonych ofert. Wszystkie zastrzeżenia, analizy, wyjaśnienia i wnioski są dostępne w dokumentacji postępowania. Wyboru ofert dokonano z zastosowaniem kryteriów sprecyzowanych i dokładnie opisanych w SIWZ.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) (dalej: nPzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 28 grudnia 2020 r. a odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 26 kwietnia 2021 r. Izba zatem w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r. Natomiast ocena dokonanych przez Zamawiającego czynności nastąpiła na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w oparciu o które było wszczęte i prowadzone przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołanie podlega oddaleniu. Izba za niezasadne uznała zarzuty wobec oferty wykonawcy EUROMED Medical Solution Sp. z o. o., Sp. k. z siedzibą w Poznaniu (wykonawca Euromed lub EUROMED).

Odnosnie wymagania granicznego - parametru opisanego w punkcie 13 załącznika nr 2/5a - tak jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - nie był to parametr wymagany - tylko punktowany i w przypadku odpowiedzi TAK oferta mogła uzyskać 10 punktów, a w przypadku odpowiedzi NIE – 0 pkt. Zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego nie był to „obligatoryjny parametr”, a dodatkowy element oceny technicznej i brak tej funkcji nie mógł być podstawą do odrzucenia oferty, a jedynie nieprzyznaniem dodatkowych punktów. Zamawiający podał, że oferta Euromed w tym parametrze wybrana jako

najkorzystniejsza nie otrzymała dodatkowej punktacji. Zamawiający bowiem po szczegółowej analizie i wyjaśnieniach EUROMED złożonych w efekcie zarzutów innego wykonawcy (Sonolife Sp. z o. o.), a także na podstawie własnych doświadczeń wynikających z testowania różnego rodzaju aparatów USG stwierdził, że oferowany przez EUROMED aparat nie spełnia wymogu określonego w punkcie 13 Załącznika nr 2/5a do SIWZ. W efekcie powyższego Zamawiający w ramach tego wymogu przyznał ofercie uznanej za najkorzystniejszą 0 pkt., co jednocześnie nie wpłynęło ostatecznie na wynik postępowania. Tym samym wskazywany w związku z tym parametrem zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Odnośnie wymagania granicznego - parametru opisanego w punkcie 33 załącznika nr 2/5a - tak jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a także w stanowisku przystępujący wykonawca Euromed i, co wynika z formularza Specyfikacji technicznej wg Załącznika nr 2/5a – nie jest słuszny zarzut, że oferta firmy Euromed nie spełnia wymagań granicznych zawartych w pkt. 33. Przyjęty w kolumnie 3. do pozycji 33 w/w formularza ofertowego sposób udzielenia odpowiedzi wskazuje, że udzielenie odpowiedzi „TAK” stanowi potwierdzenie spełnienia warunków brzegowych to jest, stanowi potwierdzenie, że oferowany aparat posiada minimalny zakres żądanych przez Zamawiającego prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki, to jest min.: +/- 6,0m/s. Z kolei rozszerzenie odpowiedzi - uwzględniając możliwość uzyskania 3 pkt - precyzuje dla celów punktacji wg kolumny 4), czy i o ile rozszerzone wartości przekraczają wartości minimalne., Izba zgodziła się, że użyte przez wykonawcę Euromed określenie „powyżej 8,0m/s” w zestawieniu z wcześniej udzieloną odpowiedzią „TAK” wskazują, iż aparat USG oferowany (z zastosowaniem użytych w tabeli symboli: „ >”) zapewnia zakres prędkości Dopplera pulsacyjnego (PWD) przy zerowym kącie bramki >+/- 8,0m/s. Niewątpliwie także ten przedmiot zamówienia jest skierowany do profesjonalnych w tej dziedzinie wykonawców, a zatem wskazane parametry powinny być interpretowane (o ile byłoby to konieczne) z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru jego uczestników.

Odnośnie wymagania granicznego - parametru opisanego w punkcie 86 załącznika nr 2/5a Izba - uwzględniając stanowiska Zamawiającego i wykonawcy Euromed - miała na uwadze postanowienia specyfikacji i jej załącznika nr 2/5a oraz wyjaśnienia, jakich udzielił wykonawca w piśmie z dnia 12 lutego 2021 r. Niewątpliwie Zamawiający w punkcie 86 podał, że wymaga archiwizacji danych pacjentów, raportów obrazów i pętli na lokalnym HDD o pojemności min. 500 GB i wbudowanym napędzie DVD-R/RW, żądając potwierdzenia w kolumnie 4 z użyciem wyrazu „Tak” wskazanego w kolumnie 3. Wykonawca Euromed potwierdził, że spełnia ten wymóg udzielając odpowiedzi w poz. 86 „TAK” a po myślniku

dodał „ — archiwizacja danych pacjentów, raportów, obrazów i pętli na lokalnym SSD o pojemności 512 GB i wbudowanym napędzie DVDD R/RW'.

Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania stanowiska Zamawiającego, że wprowadzenie wymagania w pkt 86 miało umożliwić zrealizowanie założonego efektu w postaci archiwizacja danych. Stąd posłużył się sformułowaniem „Archiwizacja danych (...) na lokalnym HDD” w znaczeniu lokalny Hard Disk Drive, tj. „lokalny dysk twardy” nie definiując jego charakteru (nie użył sformułowania „lokalny dysk HDD”), a wskazując na jego kluczową cechę jaką jest integralność z urządzeniem, oczekując przy tym dostarczenia sprzętu zawierającego lokalny dysk o określonej pojemności, na którym będą mogły być przechowywane dane. W tym przypadku nie można było pomijać argumentacji wykonawcy EUROMED z jego wyjaśnień, co do zaoferowanego dysku SSD jako rozwiązania – dopuszczonego ustawą Pzp – równoważnego, nie gorszego technologicznie. Wyjaśniając bowiem zwrócił uwagę, że określenie „lokalny HDD” mogło zostać użyte w niniejszej dla wskazania charakteru wewnętrznego dysku twardego, a tym samym dysk SSD zastosowany w zaoferowanym aparacie stanowi rozwiązanie równoważne w rozumieniu przepisu art.30 ust.5 Pzp (w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2020 r.)

Mając na uwadze ustalenia w zakresie braku naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, także podnoszony zarzut naruszenia art. 91 ust 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniała art. 575 Pzp oraz § 8 ust.2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego Euromed o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w kwocie 4.428 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (reprezentacji przed KIO). Przepisy wskazanego rozporządzenia w § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 w przypadku oddalenia odwołania dają możliwość zasądzenia kosztów od odwołującego na rzecz uczestnika w dwóch przypadkach: (pkt 1) uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, albo (2) zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania”.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....