

Sygn. akt: KIO 842/20, KIO 844/20

WYROK
z dnia 17 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 i 16 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 20 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 842/20),
- B) w dniu 20 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **Consultronix S.A. w Balicach** (sygn. akt KIO 844/20)

w postępowaniu prowadzonym przez **105. Kresowy Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Żarach**

przy udziale wykonawcy **TIMKO sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 842/20 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Medikol Healthcare sp. z o.o. w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 844/20 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 842/20,**
2. **umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 844/20 w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Medikol Healthcare sp. z o.o. w Poznaniu z powodu jej niezgodności z punktami II.4, IV.12, V.11, VI.2, VI.4, X.12 załącznika nr 9 do SIWZ z powodu wycofania odwołania w tej części,**
3. **uwzględnia częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 844/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w**

zakresie zadania 2 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania 2, w tym:

- a) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w oświadczeniach producenta załączonych do oświadczeń wykonawcy **Medikol Healthcare sp. z o.o. w Poznaniu** z dnia 16 marca 2020 r. i 26 marca 2020 r. z powodu niewykazania przez wykonawcę **Medikol Healthcare sp. z o.o. w Poznaniu** iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
 - b) wezwanie wykonawcy **Medikol Healthcare sp. z o.o. w Poznaniu** w trybie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia materiałów opisowych pochodzących od producenta: oryginalnych ulotek, katalogów, opisów przedmiotu zamówienia, dokumentacji technicznej oferowanego sprzętu/ przedmiotu zamówienia, produkt danych, instrukcji obsługi itp., w których to danych produktowych muszą znajdować swoje potwierdzenie wszystkie dane/parametry z tabeli technicznej z załącznika 9 do SIWZ,
4. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 844/20,
 5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 842/20 obciąża **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 6. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 844/20 obciąża **105. Kresowy Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Żarach w części 1/2** oraz wykonawcę **Consultronix S.A. w Balicach w części 1/2** i:
 - 6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Consultronix S.A. w Balicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 6.2. zasądza od **105. Kresowego Szpitala Wojskowego z Przychodnią Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Żarach** na rzecz wykonawcy **Consultronix S.A. w Balicach** kwotę **9.626 zł 00 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy sześciuset dwudziestu sześciu złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

105. Kresowy Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Żarach, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa cyfrowego aparatu rtg kostno płucnego, cyfrowego mammografu i zestawu EBUS”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 stycznia 2020 r. nr 2020/S 004-004764.

10 kwietnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym I” o wyborze jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania 1, oferty złożonej przez wykonawcę TIMKO sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym I”.

10 kwietnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Consultronix S.A. w Balicach, zwanego dalej „odwołującym II”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, w zakresie zadania 2, oferty złożonej przez wykonawcę Medikol Healthcare sp. z o.o. w Poznaniu, zwanego dalej „przystępującym II”.

W dniu 20 kwietnia 2020 r. do Prezesa Izby wpłynęły odwołania złożone przez odwołującego I i odwołującego II. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 842/20 oraz sygn. akt KIO 844/20.

Odwołujący I wniósł odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 842/20 wobec:

- 1) czynności wyboru oferty przystępującego I jako najkorzystniejszej w zadaniu 1,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego I w zadaniu 1,
- 3) zaniechania czynności wyboru własnej oferty jako najkorzystniejszej w zadaniu 1.

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

Odwołujący I wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego I jako najkorzystniejszej w zadaniu 1,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 1,
- 3) wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego I w zakresie zadania 1.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący I podniósł, że przystępujący I złożył ofertę na mammograf cyfrowy firmy HOLOGIC, model Selenia Dimension 3D, który nie spełnia dwóch wymogów granicznych określonych w załączniku nr 8 SIWZ – potwierdzonych w odpowiedziach na pytania wykonawców.

Odwołujący I wywiódł, że zamawiający w SIWZ w załączniku nr 8 do SIWZ – Specyfikacja parametrów technicznych określił wymagania graniczne jakie powinien spełniać mammograf cyfrowy. W rozdziale V. Detektor cyfrowy, w punkcie 4 tabeli Załącznika nr 8 do SIWZ, Zamawiający wymagał maksymalnego rozmiaru piksela 100 μ m :

Odwołujący I podniósł, że w stosunku do powyższego wymogu w ramach wyjaśnień do SIWZ Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 24.02.2020 r. (zestaw pytań XVIII) potwierdził, iż maksymalna wartość piksela dotyczy zarówno klasycznych obrazów w trybie 2D jak i w tomosyntezie 3D.

Odwołujący I argumentował, że przystępujący I w złożonej ofercie wskazał, iż zaoferowany przez niego system Hologic Selenia Dimension 3D spełnia ten warunek wpisując wartość 70 μ m, odwołując się przy tym do wyjaśnień treści SIWZ z dnia 26.02.2020 r.

Odwołujący I podniósł, że zgodnie z danymi technicznymi zaoferowanego mammografu wartość piksela o równowartości 70 μ m dotyczy jedynie trybu 2D. W trybie tomosyntezy 3D wartość piksela w zaoferowanym przez przystępującego I systemie wynosi 140 μ m (potwierdzają to również wyjaśnienia przystępującego I z 16.03.2020 r.), co wykracza poza ww. wymóg max. 100 μ m, tym samym powodując, iż dane urządzenie jest niezgodne z SIWZ.

Odwołujący I, odnosząc się do odpowiedzi na pytania do SIWZ z 26.02.2020 r., na którą powołuje się przystępujący I zauważył, iż zadane pytanie (pytanie nr 1, zestaw pytań XIX) dotyczyło jedynie tego, czy zamawiający dopuści mammograf cyfrowy, w którym wielkość piksela w trybie tomosyntezy jest wyższa niż w trybie 2D i po rekonstrukcji wynosi ok 100 μ m. Zdaniem odwołującego I, zarówno pytanie jak i udzielona odpowiedź w żadnym miejscu nie dotyczyła możliwości zaoferowania systemu z pikselem w trybach 2D oraz 3D większym od wymaganych 100 μ m, a zatem powoływanie się przez przystępującego I w przedmiotowym punkcie na ww. odpowiedź jest według odwołującego I bezzasadne. Odwołujący I argumentował, że zamawiający odpowiedzią na ww. pytanie dopuścił jedynie mammograf, w którym w trybie 3D wielkość piksela różni się od wielkości piksela w trybie 2D. W świetle powyższego, według odwołującego I, oferta przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W drugiej części uzasadnienia odwołania odwołujący I wskazał, że zamawiający w SIWZ w załączniku nr 8 do SIWZ – Specyfikacja parametrów technicznych określił

wymagania graniczne jakie powinien spełniać mammograf cyfrowy. W rozdziale VI. Funkcja tomosyntezy, w punkcie 9 tabeli Załącznika nr 8 do SIWZ, Zamawiający wymagał:

9.	Rozdzielczość obrazów tomosyntezy taka sama dla wszystkich jej trybów w celu późniejszego jednoznacznego porównania obrazów w procesie diagnostyki (dotyczy mammografów z więcej niż jednym trybem tomosyntezy). Jeśli nie dotyczy wpisać „NIE DOTYCZY”	TAK		-
----	---	-----	--	---

Odwołujący I podniósł, że w pytaniu nr 2 z dnia 24.02.2020r. odnoszącym się do ww. wymogu (zestaw pytań XVIII) zamawiający potwierdził, że rozdzielczość obrazów dla wszystkich trybów tomosyntezy ma być nie gorsza niż obrazów dla klasycznej mammografii 2D.

Odwołujący I wskazał, że przystępujący I w swojej ofercie w pozycji 9 rozdz. VI tabeli Załącznika nr 8 do SIWZ zaznaczył, iż "nie dotyczy", ponownie odwołując się przy tym do odpowiedzi na pytania z dnia 26.02.2020 r., stwierdzając, że zamawiający dopuścił mammograf z większym pikselem w trybie tomosyntezy niż w trybie 2D.

Odwołujący I zwrócił uwagę, iż wymóg z punktu 9 rozdziału VI tabeli załącznika nr 8 do SIWZ dotyczył rozdzielczości obrazów, a nie rozmiaru piksela, który był określony w innym miejscu SIWZ (punkt 5 Rozdział V tabeli Załącznika nr 8 do SIWZ). Ponadto odwołujący I zaznaczy, iż zgodnie z danymi producenta aparatu Hologic Selenia Dimension 3D rozdzielczość w trybie tomosyntezy 3D jest niższa (gorsza) niż w klasycznej mammografii 2D. Tym samym aparat zaoferowany przez przystępującego I nie spełnia wymogu SIWZ.

Według odwołującego I, nie można zakładać, iż odpowiedzią na pytanie nr 1 z 26.02.2020 r. (zestaw pytań XIX) zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania mammografu cyfrowego, w którym rozdzielczość obrazów w trybie 3D może być gorsza niż obrazów w klasycznej mammografii. Zamawiający w żaden sposób nie dopuścił w odpowiedzi na to pytanie możliwości zaoferowania urządzenia o rozdzielczości w trybie 3D gorszej niż w 2D.

Na marginesie odwołujący I zauważył, iż firma przystępujący I posiada w swoim asortymencie cyfrowy aparat mammograficzny HOLOGIC 3Dimensions, który spełnia wymagane przez zamawiającego wymagania, jednak nie zaoferowała go w przedmiotowym postępowaniu na rzecz modelu starszego i tańszego (Selenia Dimension 3D), który jest niezgodny z SIWZ.

Odwołujący I wskazał, że także w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty nie potwierdził, że zaoferowany przez niego system charakteryzuje się w trybie tomosyntezy rozmiarem piksela używanym do rekonstrukcji zdjęć wolumetrycznych na poziomie nie większym niż 100 mikrometrów, a także że zaoferowany system w trybie tomosyntezy 3D posiada rozdzielczość obrazów nie gorszą niż

w trybie 2D zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wskazał, że przystępujący I powołał się jedynie na własną interpretację postanowień SIWZ, które nie mają oparcia w wyjaśnieniach treści SIWZ udzielonych przez zamawiającego. Odwołujący I zauważył, że zamawiający odpowiedzią z dnia 26.02.2020 r., na którą powołał się przystępujący I składając ofertę, dopuścił jedynie sytuację, w której rozmiary piksela dla badań 2D i 3D różnią się, ale nie zrezygnował z wymogu by max. piksel był 100um. Zarazem dopuszczając większy rozmiar piksela dla badań 3D w stosunku do 2D, nie zmodyfikował zapisów SIWZ dotyczących rozdzielczości. Nadal obowiązywał wymóg, aby rozdzielczość obrazów dla wszystkich trybów tomosyntezy była nie gorsza niż obrazów dla klasycznej mammografii 2D. Tymczasem w aparacie zaferowanym przez przystępującego I rozmiar piksela w trybie 3D wynosi 140 um (a więc więcej niż 100um), a rozdzielczość w trybie 3D jest niższa niż w dla klasycznej mammografii 2D. Według odwołującego I powyższe dowodzi niezgodności oferty przystępującego I z SIWZ i konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący II w sprawie o sygn. akt KIO 844/20 wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego II w zadaniu nr 2,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego II w zadaniu nr 2 jako niezgodnej z treścią SIWZ,
- 3) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego II w zadaniu nr 2 mimo przedstawienia przez Wykonawcę informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd,
- 4) zaniechania czynności wezwania przystępującego II do szczegółowych wyjaśnień w tym do złożenia dowodów przez przystępującego II w zadaniu nr 2 – w zakresie rażąco niskiej ceny a w konsekwencji
- 5) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego II w zadaniu nr 2 – z uwagi na rażąco niską cenę,
- 6) zaniechania czynności ujawnienia informacji przekazanych przez przystępującego II w piśmie z dnia 16 marca 2020 r. z uwagi na niezasadne przyjęcie, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa a tym samym naruszenie zasad jawności postępowania,
- 7) zaniechaniu czynności wyboru własnej oferty jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 2.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego II w zadaniu nr 2 pomimo, iż treść oferty wyżej wymienionego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia a w konsekwencji odrzucenia oferty przystępującego II w zadaniu nr 2 z uwagi na

przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na fakt, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę,
- 4) art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieujawnienie wyjaśnień przystępującego II w zadaniu nr 2 dotyczącym parametrów oferowanego sprzętu a tym samym naruszenie zasady jawności postępowania,
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego II w zadaniu nr 2 a zaniechanie dokonania wyboru własnej oferty jako najkorzystniejszej, gdy tymczasem oferta wybrana podlegała odrzuceniu zaś najkorzystniejszą była oferta odwołującego II
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia

z ostrożności procesowej naruszenie:

- 7) art. 90 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia szczegółowej procedury badania oferty przystępującego II w zadaniu nr 2 pod kątem ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący II wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty przystępującego II w zadaniu nr 2,
- 2) wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego II w zadaniu nr 2,
- 3) wykonania czynności wykluczenie przystępującego II w zadaniu nr 2 i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą,
- 4) wykonania czynności wyboru oferty odwołującego II jako najkorzystniejszej ewentualnie z ostrożności procesowej
- 5) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty przystępującego II w zadaniu nr 2,
- 6) wezwanie przystępującego II do szczegółowych wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny,
- 7) ujawnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego w zadaniu nr 2 jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II podniósł, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego II mimo, iż oferta ta w wielu jej miejscach jest niezgodna z SIWZ bowiem zaofferowany przez przystępującego II cyfrowy aparat kostno-płucny GXR-52SD produkcji DRGEM nie spełnia wymagań zawartych w specyfikacji technicznej postępowania.

Odwołujący II wywiódł, że niezgodności te dotyczą odpowiednio wymagań wynikających z załącznika nr 9 do SIWZ w:

- 1) punkcie II.2 – „*Częstotliwość pracy generatora > 400 kHz*” – według informacji Odwołującego II częstotliwości pracy zaofferowanego przez przystępującego II generatora wynoszą nie 400 kHz, lecz 30 kHz. Odwołujący II wskazał, iż na etapie odpowiedzi na pytania (Zestaw pytań X, zapytanie nr 1) zamawiający nie dopuścił osobnego certyfikatu CE na system rtg oraz oddzielnego na generator i detektory cyfrowe, w związku z tym nie ma możliwości zaofferowania innego generatora dla zaofferowanego systemu GXR-52SD.
- 2) punkcie II.4 – „*Zakres ustawień mAs min. 0.1 – 630*” – według odwołującego II zaofferowany generator posiada zakres mAs 0,1-500 z możliwością zwiększenia, jednakże bez podania zakresu tego zwiększenia
- 3) punkcie IV.12 - „*Przyciski regulacji wysokości blatu stołu na kołpaku lampy RTG oraz w podstawie stołu pacjenta*” – aparat zaofferowany nie posiada regulacji wysokości blatu z poziomym kołpakiem lampy RTG.
- 4) punktach IV.17 i 18 „*Wielofunkcyjny wyświetlacz dotykowy zlokalizowany na kołpaku, umożliwiający zmianę parametrów ekspozycji (min. kV i mA), włączenie/wyłączenie funkcji „autotracking”, określenie aktualnego kąta nachylenia oraz obrotu kołpaka. Obraz na wyświetlaczu samoczynnie obraca się o 90 stopni stosownie do tego jak obrócony jest kołpak, „Dotykowy wyświetlacz na kołpaku lampy RTG” - zaofferowany aparat nie posiada funkcjonalności wymaganych w tych punktach, a wyświetlacz na kołpaku lampy nie ma wymaganych min. 8 cali, lecz 7 cali.*
- 5) punkcie V.4 – „*Ruch poprzeczny blatu >26 cm*” – zaofferowany aparat nie posiada ruchu poprzecznego blatu w zakresie 26 cm, lecz w zakresie 25 cm, co jest niezgodne z wymogiem,
- 6) punkcie V.5 – „*Ruch wzdłużny blatu >101 cm*” – aparat nie posiada ruchu wzdłużnego blatu w zakresie 101 cm, lecz w zakresie 100 cm, co jest niezgodne z wymogiem
- 7) punkcie V.6 – „*Zakres ruchu detektora w stole > 55 cm*” – aparat nie posiada zakresu ruchu detektora w stole 55 cm, lecz w zakresie 35 cm, co jest niezgodne z wymogiem Zamawiającego. Wskazać jednocześnie należy, iż na etapie odpowiedzi na pytania (Zestaw pytań X, zapytanie nr 1) Zamawiający nie dopuścił osobnego certyfikatu CE na system rtg oraz oddzielnego na stół, w związku z tym nie ma możliwości zaofferowania innego stołu dla zaofferowanego systemu GXR-52SD

- 8) punkcie V.11 – „*Współczynnik absorpcji blatu stołu <0,8 mmAl*” – aparat nie posiada współczynnika absorpcji blatu stołu poniżej 0,8 mmAl, lecz 1,2 mmAl co jest niezgodne z wymogiem zamawiającego
- 9) punkcie VI.2 – „*Zakres ruchu detektora w pionie*” – przystępujący II podał zakres 40-185 cm, natomiast z powszechnie dostępnych informacji wynika zakres 42 do 181 cm, a co za tym idzie nie jest określone jaki stojak został zaoferowany.
- 10) punkcie VI.4 – „*Współczynnik absorpcji płyty statywu <0,5 mmAl*” – aparat nie posiada absorpcji płyty statywu poniżej 0,5 mmAl, lecz większą co jest niezgodne z wymaganiami.
- 11) punkcie X.12 „*Automatyczne zapisywanie parametrów ekspozycji wraz z wykonanym zdjęciem (bez konieczności manualnego wprowadzania danych przez technika)*” – aparat nie posiada tej funkcjonalności.

Odwołujący II zaznaczył, że przystępujący II nie wskazał w ofercie nazw zaoferowanych detektorów, do czego nie był wprawdzie zobowiązany, jednakże odwołujący II wywiódł, że celem zweryfikowania parametrów urządzeń, na podstawie załączonych do oferty deklaracji zgodności ustalił ich nazwy. Odwołujący II wskazał, że nie widnieją one jednak na stronie internetowej producenta (<http://www.iraygroup.com/>), co dodatkowo prowadzi do wniosku, że oferowany sprzęt nie spełnia wymagań SIWZ.

Odwołujący II wskazał, że deklaracje zgodności zostały wystawione w dniach 08 kwietnia 2019 roku oraz 24 lutego 2020 r., a o ww. detektorach brak jest w sieci jakichkolwiek informacji. Na podstawie informacji ze strony internetowej producenta jak i informacji zawartych w sieci należy przypuszczać, iż detektory o nazwach Mano 4336W oraz Mano 4343T nie są produkowane przez iRay Technology Taicang Ltd., (jak to wskazano na załączonych do oferty deklaracji zgodności), a informacje dostępne w sieci prowadzą do firmy Mano (<https://www.manomedical.com>), produkującej detektory dla weterynarii. Odwołujący II ponadto zauważył, że żaden z detektorów produkowanych przez iRay Technology nie posiada piksela wielkości 130 µm jak zostało to wpisane w punktach VII.9 i VIII.6 tabeli technicznej.

Odwołujący II zauważył także, iż powiadomienia na zaoferowane detektory (podobnie jak cały system RTG) zostały wysłane do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych odpowiednio 27 i 26 lutego 2020 r., a zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych rejestracji dokonuje się do 7 dni po wprowadzeniu wyrobu do obrotu. Należy domniemywać, że przystępujący II nie wprowadził jeszcze do obrotu na terenie Polski oferowanych detektorów i systemu RTG, a rejestracja została dokonana „na potrzeby” przedmiotowego postępowania.

Zdaniem odwołującego II wszystkie te okoliczności dowodzą, że zaoferowany przez

przystępującego II sprzęt nie spełnia wielu wymagań SIWZ. Stąd też jedynym prawidłowym rozwiązaniem podczas dokonywania oceny oferty przez zamawiającego było jej odrzucenie nie zaś wybór jako najkorzystniejszej.

Według odwołującego II opisane wyżej okoliczności wprost wskazują również na fakt, iż przystępujący II przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, w zakresie w jakim one miały a co najmniej mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający dokonał tym samym naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z uwagi na przedstawienie przez niego informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący II wywiódł, że przystępujący II jako profesjonalista ma podwyższony model staranności działania w zakresie formułowania oświadczeń zawartych ofercie, w tym w szczególności w zakresie parametrów oferowanego produktu. Wykonawca zatem musi liczyć się z tym, że podawane przez niego dane, mają bezpośredni wpływ na decyzje dotyczące wyniku postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. W analizowanej sprawie w zakresie znacznej ilości parametrów oferowanego sprzętu oświadczone w ofercie, że sprzęt ten spełnia wymagania, gdy tymczasem parametry te nie odpowiadają parametrom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący II wskazał, że wprawdzie zamawiający wezwał w sposób lakoniczny przystępującego II do ustosunkowania się do zarzutów podniesionych przez odwołującego II, jednak w konsekwencji udzielonych przez przystępującego II wyjaśnień, zamawiający utajnił oświadczenie przedłożone przez przystępującego II a wydane przez Producenta sprzętu, czym uniemożliwił odniesienie się do danych zawartych w tymże oświadczeniu.

Odwołujący II zarzucił, że takie działanie zamawiającego stanowi naruszenie zasady jawności postępowania określonej w art. 8 ustawy Pzp, jaką cechuje co do zasady postępowanie w sprawach zamówień publicznych. Zasada jawności ma na celu zapewnienie każdemu zainteresowanemu dostępu do informacji i dokumentów dotyczących prowadzonego postępowania. Jest ona jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowania i tylko przepisy ustawy mogą tę jawność ograniczyć bądź wyłączyć. Zakres tej regulacji wynika z konstytucyjnej zasady jawności działań podmiotów publicznych.

Odwołujący II podniósł, że prawo utajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dopuszczalne jest, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Argumentował, że aktualnie pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało uregulowane w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym rozumie się ją jako

informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Według odwołującego II w świetle brzmienia wyżej cytowanego przepisu dana informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa po spełnieniu następujących przesłanek:

- informacja ta ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją posiadającą wartość gospodarczą;
- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zdaniem odwołującego II wbrew wymaganiom płynącym z wyżej cytowanych przepisów prawa przystępujący II nie tylko nie udowodnił ale nawet wystarczająco nie uzasadnił z jakich powodów oświadczenie producenta dotyczące parametrów technicznych miałyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Żaden z argumentów podany w lakonicznym piśmie z dnia 16 marca 2020 nie spełnia wymogów uznania danych okoliczności za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący II podniósł, że przystępujący II powołał się w swym piśmie jedynie na wartość gospodarczą informacji, a przecież jest to tylko jeden z trzech koniecznych warunków do spełnienia, by dana informacja mogła zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie podkreślał, że nawet w tym zakresie są to tylko i wyłącznie ogólnikowe stwierdzenia wykonawcy, nie poparte jakimkolwiek dowodem. Tymczasem zarówno w doktrynie jak i judykaturze prawa zamówień publicznych wskazuje się, że jako wartość gospodarcza, która zasługuje na ochronę, mogą być traktowane jedynie konkretne informacje. Odwołujący II argumentował, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa to podlega ocenie, a więc powinno być jak najbardziej wyczerpujące i przekonujące, że istnieją uzasadnione okoliczności przesądzające o tym, że informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich ujawnienie konkurentom skutkowałoby poniesieniem przez zamawiającego nieodwracalnych konsekwencji.

Odwołujący II wskazał także, że wykazanie odnosi się w szczególności do sfery faktycznej, nie zaś prawnej, toteż wykonawca, chcąc udowodnić prawidłowość dokonanego utajnienia, powinien przedstawić przede wszystkim podjęte przez niego działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Jak wskazano powyżej, uzasadnienie

tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być dokonane najpóźniej w momencie jej zastrzegania, zaś niedopuszczalne jest uzupełnianie jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie na etapie postępowania odwoławczego.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący II podniósł, że zamawiający uchybił przepisom PZP tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 również w zakresie w jakim nie odrzucił oferty przystępującego II z uwagi na rażąco niską cenę. Odwołujący II argumentował, że na cenę wskazaną przez oferentów w ofercie złożyły się dwie składowe: koszt aparatu oraz adaptacja i dostosowanie pomieszczenia z Zakładzie Diagnostyki Obrazowej do wykonywania badań przy pomocy cyfrowego aparatu RTG kostno-płucnego. Zdaniem odwołującego II o ile koszty samego aparatu zaoferowane przez niego i przystępującego II nie odbiegały od siebie o tyle druga składowa zamówienia – wartość prac adaptacyjnych jest o co najmniej 30 % tańsza w ofercie przystępującego II. Według odwołującego II rodzi to poważne obawy o możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Odwołujący II argumentował, że załącznik nr 11 do SIWZ w sposób szczegółowy opisał zakres prac, jak również poziom wymagań tych prac, na które oprócz typowych robót budowlanych, składają się prace koncepcyjne oraz sporządzenie dokumentacji powykonawczej. Bazując jedynie na zasadach doświadczenia życiowego, odwołujący II wskazał, że niemożliwym jest wykonanie za kwotę 24 600 zł tak znacznej ilości prac budowlanych i adaptacyjnych, jak malowanie, szpachlowanie, zrywanie wykładzin, prowadzenie przewodów a do tego również prac koncepcyjnych i dokumentacji powykonawczej. Do wykonania takiego zakresu prac potrzebnych jest kilku pracowników fizycznych, jak również inżynierów posiadających specjalistyczną wiedzę i uprawnienia celem sporządzenia odpowiedniej dokumentacji. Tego rodzaju wnioski powinny skłonić zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Brak wezwania o te wyjaśnienia musiał skutkować uznaniem, że cena jest rażąco niska a w konsekwencji odrzuceniem oferty.

Z ostrożności procesowej na wypadek uznania przez Izbę, że zamawiający winien najpierw wezwać przystępującego II do wyjaśnień a dopiero następnie decydować czy jego oferta winna podlegać odrzuceniu, odwołujący II wskazał, że alternatywnie został w odwołaniu postawiony również zarzut zaniechania procedury badania oferty wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny w oparciu o art. 90 ustawy Pzp. Zamawiający zdaniem Odwołującego II powinien co najmniej zastosować wskazany w art. 90 ustawy Pzp tryb a brak jego zastosowania nie mógł prowadzić do uznania, że cena nie jest rażąco niska a do wręcz odwrotnych wniosków.

Odwołujący II wywiódł, że naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazują, że postępowanie prowadzone było w sposób niezapewniający równego traktowania stron a zatem odwołanie należy uznać za konieczne i zasadne. Gdyby

Zamawiający dokonał rzetelnej, jednolitej oceny ofert najkorzystniejszą okazałyby się oferta odwołującego. Zaniechanie wyboru oferty Odwołującego stanowi naruszenie przepisów art. art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp bowiem zamówienie może zostać udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, którego oferta powinna zostać odrzucona.

Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odwołujący II, w trakcie posiedzenia z udziałem stron w dniu 8 czerwca 2020 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego II z powodu jej niezgodności z punktami II.4, IV.12, V.11, VI.2, VI.4, X.12 załącznika nr 9 do SIWZ.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 842/20 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie **przystępujący I**. Złożył pismo procesowe z 8 czerwca 2020 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 844/20 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie **przystępujący II**. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę przystępującego I, ofertę przystępującego II, wezwanie zamawiającego z 13 marca 2020 r. o złożenie wyjaśnień skierowane do przystępującego I, wyjaśnienia przystępującego I z 16 marca 2020 r., wezwanie zamawiającego z 13 marca 2020 r. o złożenie wyjaśnień skierowane do przystępującego II, wyjaśnienia przystępującego I z 16 marca 2020 r. wraz z załącznikiem, wezwanie zamawiającego z 25 marca 2020 r. o złożenie wyjaśnień skierowane do przystępującego II, wyjaśnienia przystępującego I z 26 marca 2020 r. wraz z załącznikiem, zawiadomienie o wyborze ofert najkorzystniejszych z 10 kwietnia 2020 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 842/20 w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego przystępującego I uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący I wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 844/20 w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego przystępującego II uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący II wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że zostały wypełnione przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferty odwołujących I i II zostały sklasyfikowane ma miejscu drugim w częściach odpowiednio I i II, za ofertą odpowiednio przystępującego I i przystępującego II. Odwołujący domagali się nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w części odpowiednio 1 i 2 i odrzucenia ofert swych konkurentów częściach odpowiednio 1 i 2. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał odrzucenia ofert konkurentów odwołujących skutkowało będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołujących. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 842/20

Stosownie do 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.*

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej*

konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 8 do SIWZ – Specyfikacja parametrów technicznych określił wymagania graniczne jakie powinien spełniać mammograf cyfrowy. W rozdziale V. Detektor cyfrowy, w punkcie 4 tabeli Załącznika nr 8 do SIWZ, Zamawiający wpisał:

I.p.	Parametr techniczny	Parametry graniczne (obecne)	Parametry oferowane (podać)	Punktacja
4.	Rozmiar piksela	max. 100µm		< 75 µm – 10pkt ≥ 75 µm – 0pkt

Ustalono także, że zamawiający w załączniku nr 8 do SIWZ – Specyfikacja parametrów technicznych określił wymagania graniczne jakie powinien spełniać mammograf cyfrowy. W rozdziale VI. Funkcja tomosyntezy, w punkcie 9 tabeli Załącznika nr 8 do SIWZ, Zamawiający wpisał:

I.p.	Parametr techniczny	Parametry graniczne (obecne)	Parametry oferowane (podać)	Punktacja
9.	Rozdzielczość obrazów tomosyntezy taka sama dla wszystkich jej trybów w celu późniejszego jednoznacznego porównania obrazów w procesie diagnostyki (dotyczy mammografów z więcej niż jednym trybem tomosyntezy). Jeśli nie dotyczy wpisać „NIE DOTYCZY”	TAK		

Ustalono także, że zamawiający pod tabelą umieścił następującą wzmiankę: *Dla umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji udzielonych odpowiedzi odnośnie spełnienia warunków granicznych i/lub ich wartości należy dołączyć do oferty materiały opisowe pochodzące od producenta: oryginalne ulotki, katalogi, opisy przedmiotu zamówienia, dokumentację techniczną oferowanego sprzętu/ przedmiotu zamówienia, produkt dane, instrukcje obsługi itp. Stosowne materiały opisowe pochodzące od producenta należy załączyć w oryginale lub jako kserokopie poświadczony za zgodność z oryginałem.*

Wszystkie dane/parametry z tabeli technicznej muszą znajdować swoje potwierdzenie w danych produktowych producenta.

Ustalono także, że w dniu 24 lutego 2020 r. w zestawie odpowiedzi nr XVIII, zamawiający, w odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o treści:

1. *Dotyczy załącznik nr 8, zadanie nr 1, specyfikacja parametrów technicznych – parametry techniczne, Detektor cyfrowy, pkt 4:*

Szanowni Państwo, chcąc złożyć ważną ofertę zgodną z SIWZ prosimy o potwierdzenie, że rozumiana przez nas treść tego punktu dotyczy zarówno wielkości piksela dla klasycznych obrazów 2D jak i obrazów tomosyntezy? Parametr ten jest bardzo istotnych w celu późniejszego jednoznacznego porównania obrazów 2D i 3D w procesie diagnostyki
udzielił odpowiedzi:

Tak, Zamawiający potwierdza, że treść pkt 4 dotyczy zarówno wielkości piksela dla klasycznych obrazów 2D jak i obrazów tomosyntezy.

2. *Dotyczy załącznik nr 8, zadanie nr 1, specyfikacja parametrów technicznych – parametry techniczne, Funkcja tomosyntezy, pkt 9:*

Szanowni Państwo, analogicznie do poprzedniego pytania, chcąc złożyć ważną ofertę zgodną z SIWZ prosimy o potwierdzenie, że rozumiana przez nas treść tego punktu oznacza, iż rozdzielczość obrazów dla wszystkich trybów tomosyntezy będzie nie gorsza niż dla zdjęć klasycznej mammografii 2D? Jest to bardzo istotne w procesie późniejszego jednoznacznego porównania obrazów 2D i 3D w procesie diagnostyki.

udzielił odpowiedzi:

Tak, Zamawiający potwierdza, że treść pkt 9 oznacza, iż rozdzielczość obrazów dla wszystkich trybów tomosyntezy będzie nie gorsza niż dla zdjęć klasycznej mammografii 2D.

Ustalono również, że w dniu 26 lutego 2020 r., w zestawie pytań XIX, zamawiający w odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o treści:

1. *Dotyczy odpowiedzi na pytania z dnia 24.02.2020*

W nawiązaniu do zestawu pytań XVIII pragniemy wyjaśnić, że w procesie diagnostyki standardem jest porównywanie do siebie takich samych projekcji piersi lewej i prawej (LCC do RCC oraz LMLO do RLMO)/ Dotyczy to zarówno badań 2D jak i 3D (tomosyntezy). Oferowany przez nas system oprócz automatycznego wyświetlania zdjęć 2D piersi lewej i prawej, dodatkowo umożliwia synchroniczne porównywanie z tomosyntezy dla zdjęć 3D piersi lewej i prawej. Wyjaśniamy, że zdjęcie 2D (dwuwymiarowe) jest zupełnie inną projekcją niż zdjęcie 3D (trójwymiarowe) i nie ma możliwości jednoznacznie porównywać do siebie dwóch odmiennych metod obrazowania w procesie diagnostyki.

Zamawiający dopuszcza systemy o rozmiarze piksela 100 μ m. Jest to obecnie największy rozmiar piksela na rynku, a co za tym idzie najmniejsza rozdzielczość z dostępnych mammografów. W oferowanym przez nas systemie rozmiar piksela wynosi 70 μ m, co przekłada się na dużo większą rozdzielczość otrzymywanych zdjęć i większą skuteczność diagnostyczną. W związku z powyższym prosimy o dopuszczenie systemu

mammograficznego, którego rozdzielczość zdjęć 2D wynosi 70 μm , natomiast do badań 3D używany jest binning i rozmiar piksela jest wyższy niż w badaniach 2D i wynosi po rekonstrukcji ok. 100 μm .

udzielił odpowiedzi:

Tak, Zamawiający dopuszcza system mammograficzny, którego rozdzielczość zdjęć 2D wynosi 70 μm , a dla badań 3D używany jest binning i rozmiar jest wyższy niż w badaniach 2D.

Ustalono także, że przystępujący I złożył ofertę i w wypełnionym załączniku nr 8 oświadczył, że oferuje zamawiającemu Cyfrowy mammograf „Selenia Dimensions 3D”, producenta „Hologic”, rok produkcji 2019r. W rozdziale V załącznika nr 8 (detektor cyfrowy) w pkt 4 oświadczył:

I.p.	Parametr techniczny	Parametry graniczne (obecne)	Parametry oferowane (podać)	Punktacja
4.	Rozmiar piksela	max. 100 μm	Tak, 70 μm (zgodnie z odpowiedziami z dnia 26.02.2020)	< 75 μm – 10pkt ≥ 75 μm – 0pkt

W rozdziale VI załącznika nr 8 (funkcja tomosyntezy) w pkt 9 przystępujący I oświadczył:

I.p.	Parametr techniczny	Parametry graniczne (obecne)	Parametry oferowane (podać)	Punktacja
9.	Rozdzielczość obrazów tomosyntezy taka sama dla wszystkich jej trybów w celu późniejszego jednoznacznego porównania obrazów w procesie diagnostyki (dotyczy mammografów z więcej niż jednym trybem tomosyntezy). Jeśli nie dotyczy wpisać „NIE DOTYCZY”	TAK	NIE DOTYCZY – jeden tryb tomosyntezy. Rozmiar piksela tomosyntezy większy niż w badaniu 2D. (dopuszczono zgodnie z odpowiedziami z dnia 26.02.2020)	

Ustalono ponadto, że do oferty przystępujący I załączył kartę katalogową „firmowe materiały informacyjne Selenia Dimensions 3D”. W karcie tej, w części „detektor cyfrowy”, w wierszu „rozmiar piksela” wpisano „70 μm ”. W karcie tej, w części „tomosynteza” wpisano: „jeden tryb tomosyntezy” oraz „Rozmiar piksela w tomosyntezie większy niż w badaniu 2D, co przekłada się na mniejszą rozdzielczość badań 3D w stosunku do badań standardowych 2D (dopuszczono zgodnie z odpowiedziami z dnia 26.02.2020)”.

Ustalono również, że zamawiający 13 marca 2020 r. wezwał przystępującego I do złożenia wyjaśnień dotyczących zastrzeżeń odwołującego I dotyczących spełniania przez produkt oferowany przez przystępującego I wymagań z pkt 4 rozdziału V załącznika nr 8 do SIWZ i pkt 9 rozdziału VI załącznika nr 8 do SIWZ.

Ustalono także, że 16 marca 2020 r. przystępujący I złożył zamawiającemu wyjaśnienia. W wyjaśnieniach tych oświadczył, co następuje:

W związku z Państwa wezwaniem do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 13.03.2020), informujemy, że Zamawiający w odpowiedziach z dnia 24.02.2020 potwierdził wymóg takiego samego piksela w badaniach 2D i 3D. Natomiast w odpowiedziach z dnia 26.02.2020 Zamawiający dopuścił mammograf o rozmiarze piksela 70 μ gdzie w tomosyntezie używany jest binning (piksel x2) i wtedy rozmiar piksela w badaniach 3D jest większy niż w 2D. Potwierdzamy, że takim systemem jest zaoferowany przez firmę Timko - mammograf firmy Hologic model Selenia Dimensions 3D.

Odpowiedzi na pytania, które mają datę późniejszą są wiążące (w tym przypadku jest to data 26.03.2020). Zamawiający w odpowiedziach z dnia 26.02.2020 dopuszczając większy rozmiar piksela w tomosyntezie jednoznacznie dopuścił mammograf gdzie tomosynteza ma gorszą rozdzielczość niż w badaniach 2D, ponieważ zwiększenia rozmiaru piksela jest bezpośrednio związane z mniejszą rozdzielczością w badaniach 3D.

W związku z powyższym zarzuty firmy GE w notatce z dnia 10.03.2020 uważamy za bezzasadne.

Ustalono także, że 10 kwietnia 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego I o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 oferty złożonej przez przystępującego I.

Ponadto Izba postanowiła o dopuszczeniu w poczet materiału dowodowego:

1. dowód nr 1 - oferta złożona przez przystępującego zamawiającemu -COPERNICUS Podmiot Lecznicy sp. z o.o. w Gdańsku,
2. dowód nr 2 - wyciąg z raportu Narodowego Systemu Zdrowia Wielkiej Brytanii sporządzanego w ramach programu screeningu piersi,
3. dowód nr 3 - zestawianie parametrów urządzenia zaoferowanego przez przystępującego,
4. dowód nr 4 – korespondencję mailową z 4 czerwca 2020 r. prowadzoną przez przystępującego I z Tutku Karabel - specjalistą ds. spraw operacyjnych EMEA z firmy Hologic.com,
5. dowód nr 5 - materiał poglądowy na temat rozdzielczości sporządzony przez przystępującego I,
6. dowód nr 6 - obraz wykonany urządzeniem Selenia Dimensions z parametrami tego obrazu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 842/20 nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby kluczowe dla rozstrzygnięcia sprawy było dokonanie prawidłowej wykładni postanowień załącznika nr 8 do SIWZ z uwzględnieniem odpowiedzi zamawiającego na pytania nr 1 i 2 z dnia 24 lutego 2020 r. oraz odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 26 lutego 2020 r.

Zamawiający w załączniku nr 8 do SIWZ dotyczącym mammografu cyfrowego, w rozdziale V (detektor cyfrowy) w pkt 4 opisał parametr jako „rozmiar piksela” max. 100 μm . W odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 24 lutego 2020 r. zamawiający na pytanie jednego z wykonawców odpowiedział, że treść pkt 4 dotyczy zarówno wielkości piksela dla klasycznych obrazów 2 D jak i obrazów tomosyntezy (3D). Jak słusznie podniósł odwołujący I w trakcie rozprawy, odpowiedź była jednoznaczna.

Dostrzeżenia wymagało jednak, że w dniu 26 lutego 2020 r. , a więc chronologicznie później, zamawiający udzielił kolejnej odpowiedzi na pytanie dotyczącej tego samego postanowienia SIWZ. Dodatkowo, co istotne, jak wynikało wprost z pytania, zadający to pytanie wyraźnie nawiązywał do odpowiedzi na pytania udzielonych dnia 24.02.2020 r.. Powyższe zaznaczono bowiem w treści odpowiedzi na pytanie nr 1 z 26 lutego 2020 r., w której wiernie zacytowano pytanie.

Pytanie brzmiało następująco.

Dotyczy odpowiedzi na pytania z dnia 24.02.2020

(...)

Zamawiający dopuszcza systemy o rozmiarze piksela 100 μm . Jest to obecnie największy rozmiar piksela na rynku, a co za tym idzie najmniejsza rozdzielczość z dostępnych mammografów. W oferowanym przez nas systemie rozmiar piksela wynosi 70 μm , co przekłada się na dużo większą rozdzielczość otrzymywanych zdjęć i większą skuteczność diagnostyczną. W związku z powyższym prosimy o dopuszczenie systemu mammograficznego, którego rozdzielczość zdjęć 2D wynosi 70 μm , natomiast do badań 3D używany jest binning i rozmiar piksela jest wyższy niż w badaniach 2D i wynosi po rekonstrukcji ok. 100 μm .

W odpowiedzi na tak zadane pytanie zamawiający udzielił odpowiedzi:

Tak, Zamawiający dopuszcza system mammograficzny, którego rozdzielczość zdjęć 2D wynosi 70 μm , a dla badań 3D używany jest binning i rozmiar jest wyższy niż w badaniach 2D.

Dokonując analizy postanowień SIWZ i obu odpowiedzi po pierwsze należało uwzględnić wypracowaną i niekwestionowaną w orzecznictwie Izby zasadę, że niejasnych postanowień SIWZ, czy odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ w razie wątpliwości nie można interpretować na niekorzyść wykonawcy. Wykonawcy nie mogą bowiem ponosić

negatywnych konsekwencji niejasności czy wewnętrznych sprzeczności dokumentów przetargowych, będących wynikiem nienależytego działania po stronie zamawiającego. W analizowanej sprawie zamawiający w sposób dynamiczny konstruował swe wymagania, wprowadzał do nich zmiany odpowiedziami bez dokonywania formalnej modyfikacji SIWZ. Następnie wycofywał się ze zmian kolejnymi odpowiedziami, również bez formalnych modyfikacji SIWZ. Taki model działania z pewnością daleki był od wzorcowego i nie służył jasności i przejrzystości opisu przedmiotu zamówienia ostatecznie sformułowanego przez zamawiającego.

Kierując się tymi powyższymi, wstępnymi rozważaniami, należało zinterpretować sporne postanowienia SIWZ i odpowiedzi, z uwzględnieniem ich treści, chronologii zdarzeń, a także zasad logiki i doświadczenia życiowego.

Zestawiając postanowienia załącznika 8 do SIWZ, z odpowiedziami nr 1 i 2 z 24 lutego 2020 r. i odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 26 lutego 2020 r. należało dojść do wniosku, że odpowiedź udzielona 26.02 2020 r., jako chronologicznie ostatnia, korygowała wcześniej udzielone odpowiedzi nr 1 i 2 z dnia 24 lutego 2020 r. Na powyższe wskazywał także fakt, że pytający w dniu 26 lutego 2020 r. wprost nawiązywał do odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego w dniu 24 lutego 2020 r.

O ile rzeczywiście w odpowiedzi na pytanie nr 1 z 24 lutego 2020 r. zamawiający doprecyzował, że wymóg rozmiaru piksela na poziomie max 100 μm należy odnosić zarówno do obrazów 2d jak i obrazów tomosyntezy (3D), o tyle wymóg ten z pewnością nie został przez zamawianego utrzymany po udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 26 lutego 2020 r. Jak wynikało wprost z tej ostatniej odpowiedzi, zamawiający dopuścił zaoferowanie systemu mammograficznego z rozdzielczością zdjęć 2D wynoszącą 70 μm , zaś w odniesieniu do tomosyntezy zezwolił na użycie biningu (czyli łączenia pikseli). Po drugie, zamawiający w odpowiedzi tej ograniczył się do stwierdzenia, że dla badań 3d rozmiar piksela „może być wyższy niż w badaniach 2D”. Zatem, wbrew stanowisku odwołującego I, zamawiający dla rozmiaru piksela w badaniach 3D nie ustanowił żadnego górnego limitu. Po trzecie, treść odpowiedzi należało interpretować z uwzględnieniem zadanego pytania. Wszak odpowiedź „Tak” była reakcją na zadane pytanie. W pytaniu zaś pytający wyraźnie wskazywał, że wnosi o dopuszczenie systemu mammograficznego z wyższym rozmiarem piksela dla badań 3d uzyskanym w wyniku zastosowania biningu oraz - co istotne - „po rekonstrukcji”. Zatem niewątpliwie w odniesieniu do rozmiaru piksela dla badań 3D należało uwzględnić wynik osiągnięty przez oferowany system mammograficzny dopiero „po rekonstrukcji”. W związku z tym nie można się było zgodzić ze stanowiskiem odwołującego I wyrażonym w odwołaniu, gdzie wskazał, że „zadane pytanie i udzielona odpowiedź w żadnym miejscu nie dotyczyła możliwości zaoferowania systemu z pikselem w trybach 2D oraz 3D większym od wymaganych 100 μm .”.

Zdaniem Izby odpowiedź udzielona przez zamawiającego 26 lutego 2020 r. zmieniła także wcześniejszą odpowiedź na pytanie nr 2 dotyczącą postanowienia pkt 9 załącznika nr 8 do SIWZ. W pierwotnym postanowieniu pkt 9 rozdziału VI załącznika nr 8 do SIWZ parametr brzmiał:

Rozdzielczość obrazów tomosyntezy taka sama dla wszystkich jej trybów w celu późniejszego jednoznacznego porównania obrazów w procesie diagnostyki (dotyczy mammografów z więcej niż jednym trybem tomosyntezy). Jeśli nie dotyczy wpisać „NIE DOTYCZY”

Oczywistym więc było, że jeśli wykonawca oferuje urządzenie z jednym trybem tomosyntezy to sporny wymóg go nie dotyczył, co miał obowiązek wpisać jedynie w tabeli.

W odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 24 lutego 2020 r. zamawiający rzeczywiście wskazał, że rozdzielczość obrazów dla wszystkich trybów tomosyntezy miała być także nie gorsza niż dla zdjęć klasycznej mammografii 2d. Odpowiedź ta wykraczała zatem znacząco poza treść pkt 9 załącznika 8 do SIWZ. Wprowadzono bowiem wymóg tej samej rozdzielczości dla klasycznej mammografii 2d jak i dla wszystkich trybów tomosyntezy, podczas gdy pierwotny wymóg dotyczył tylko tej samej rozdzielczości dla wszystkich trybów tomosyntezy.

Jednakże, jak już wcześniej wskazano, w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 26 lutego 2020 r. zamawiający dopuścił system mammograficzny, którego rozdzielczość zdjęć 2d wynosi 70 μm , a dla badań 3D używany jest binning i rozmiar piksela jest wyższy niż w badaniach 2d. Co więcej, zamawiający zaakceptował też system, w którym rozmiar piksela dla badań 3d badany jest „po rekonstrukcji”. Nie ulegało wątpliwości, że rozmiar piksela przekłada się wprost na rozdzielczość. Powyższe wynikało choćby z dowodu nr 5 złożonego przez przystępującego I, na którym zaprezentowano trzy obrazy charakteryzujące się różną wielkością pikseli. Obrazy o większych pikselach odwzorowywały rzeczywistość mniej dokładnie, więc w konsekwencji można je było określić mianem obrazów o mniejszej rozdzielczości. Już samo to oznaczało, wbrew stanowisku odwołującego I, że zamawiający odstąpił od wymogu takiej samej rozdzielczości dla obrazów 2D i obrazów tomosyntezy.

Po drugie, wniosek taki należało wyprowadzić jako logiczną konsekwencję dopuszczenia przez zamawiającego w odpowiedzi z 26 lutego 2020 r. przy obrazach 3D biningu, (łączenia pikseli), a także dopuszczenia większego rozmiaru piksela niż w badaniach 2d (bez dookreślenia jakiegokolwiek górnej granicy) i wreszcie zaaprobowania sytuacji, w której w badaniach 3D rozmiar ten jest ustalany dopiero „po rekonstrukcji”.

Nie ulegało wątpliwości, że tak ustalone wymagania SIWZ spełnia urządzenie Selenia Dimensions 3D producenta Hologic z 2019 r., zaoferowane przez przystępującego I. Urządzenie to posiada detektor cyfrowy z rozmiarem piksela w trybie 2D na poziomie 70 μm . Powyższe nie było sporne między stronami. Wynikało to także z dowodu nr 2 - wyciągu z

raportu Narodowego Systemu Zdrowia Wielkiej Brytanii sporządzanego w ramach programu screeningu piersi, w którym wskazano, iż urządzenie w trybie 2D charakteryzuje się rozmiarem piksela na poziomie 70 μm . Na podstawie tego samego dowodu można było ustalić, że w trybie tomosyntezy urządzenie posiada rozmiar piksela 140 μm , ale po rekonstrukcji osiągnięty jest rozmiar piksela na poziomie 100 μm . Powyższe można było ustalić także na podstawie analizy dowodu nr 3 – karty katalogowej obejmującej zestawienie parametrów urządzenia zaoferowanego przez przystępującego I. W dowodzie tym „rozdzielczość piksela” urządzenia w trybie 2D opisano jako 70 μm , zaś „rozdzielczość piksela Tomo”, a więc po rekonstrukcji jako „100 μm ”. Taką samą wielkość parametru „rozdzielczość piksela Tomo” podano w dowodzie nr 4 - korespondencji mailowej z 4 czerwca 2020 r. prowadzonej przez przystępującego I z Tutku Karabel - specjalistą ds. spraw operacyjnych EMEA z firmy Hologic.com. Z kolei jak wynikało z dowodu nr 6 - obrazu wykonanego urządzeniem Selenia Dimensions – urządzeniem tym po rekonstrukcji uzyskano obraz 3D o rozmiarze piksela 91 μm .

Zdaniem Izby, oferowane urządzenie spełnia także wymóg z pkt 9 rozdziału VI załącznika nr 8 do SIWZ. Jak wynikało z karty katalogowej załączonej do oferty przystępującego I, urządzenie oferowane przez przystępującego I charakteryzuje się tylko jednym trybem tomosyntezy. W konsekwencji przystępujący I prawidłowo wskazał w formularzu, że wymóg z pkt 9 rozdziału VI załącznika 8 do SIWZ go nie obowiązuje. Natomiast wymóg nałożony odpowiedzią nr 2 z 24.02.2020 r. aby rozdzielczość obrazów dla wszystkich trybów tomosyntezy była nie gorsza niż dla zdjęć 2d został – jak wyjaśniono wcześniej – usunięty odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 26 lutego 2020 r. Zamawiający w tym dniu dla badań 3d dopuścił bining, dopuścił większy rozmiar piksela niż w badaniach 2d i wreszcie dopuścił aby ten rozmiar mógł być ustalany „po rekonstrukcji”. Nie można było zatem utrzymywać, że w dalszym ciągu obowiązywał wymóg zachowania takiej samej rozdzielczości zdjęć 2d jak i dla wszystkich trybów tomosyntezy.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp chybionym okazał się także zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego I jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 przestrzegając ww. zasad. Mając powyższe na uwadze, należało orzec jak w pkt 1 sentencji.

KIO 844/20

Stosownie do 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.*

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie (...).

Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) stanowi, że Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 9 do SIWZ – Specyfikacja parametrów technicznych określił wymagania graniczne jakie powinien spełniać cyfrowy Aparat RTG kostno płucny.

W załączniku nr 9 do SIWZ, zamawiający wpisał m.in.:

I.p.	Parametr techniczny	Parametry graniczne	Parametry oferowane (podać)	Punktacja
II	GENERATOR RTG			
2	Częstotliwość pracy generatora	≥ 400 kHz		
IV	LAMPA RTG			
17	Wielofunkcyjny wyświetlacz dotykowy zlokalizowany ma kołpaku, umożliwiający zmianę parametrów ekspozycji (min. kV i mA), włączenie/wyłączenie funkcji „autotracking”, określenie aktualnego kąta nachylenia oraz obrotu kołpaka. Obraz na wyświetlaczu samoczynnie obraca się o 90 stopni stosownie do tego jak obrócony jest kołpak.	TAK		
18	Dotykowy wyświetlacz na kołpaku lampy RTG	≥ 8 cali		
V	STÓŁ PACJENTA			
4	Ruch poprzeczny blatu	≥ 26 cm		
5	Ruch wzdłużny blatu	≥ 101 cm		
6	Zakresu ruchu detektora w stole	≥ 55 cm		
X	TOR CYFROWEJ AKWIZYCJI OBRAZÓW RTG – MOBILNA STACJA AKWIZYCYJNA – 1 szt.			
12	Automatyczne zapisywanie parametrów ekspozycji wraz z wykonanym zdjęciem (bez konieczności manualnego wprowadzania danych przez technika)	TAK		

Ustalono także, że pod tabelą zamawiający zawarł następującą wzmiankę: *Dla umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji udzielonych odpowiedzi odnośnie spełnienia warunków granicznych i/lub ich wartości należy dołączyć do oferty materiały opisowe pochodzące od producenta: oryginalne ulotki, katalogi, opisy przedmiotu zamówienia, dokumentację techniczną oferowanego sprzętu/ przedmiotu zamówienia, produkt dane, instrukcje obsługi itp. Stosowne materiały opisowe pochodzące od producenta należy załączyć w oryginale lub jako kserokopie poświadczone za zgodność z oryginałem.*

Wszystkie dane/parametry z tabeli technicznej muszą znajdować swoje potwierdzenie w danych produktowych producenta.

Ustalono także, że w dniu 31 stycznia 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 7 z zestawu V, w której wyraził zgodę na złożenie ww. dokumentów wymienionych pod tabelą załącznika nr 9 do SIWZ tylko przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, w drugim etapie.

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert oferty zamawiającemu na zadanie 2 złożyli odwołujący II i przystępujący II.

Odwołujący II zaoferował zamawiającemu cyfrowy aparat RTG kostno-płucny producenta General Medical Merate s.p.a. (aparat) / Rayence (detektory), model typ aparatu: Calypso (aparat rtg), 1417 WCC (detektor cyfrowy), 1717SCC (detektor cyfrowy). W załączniku nr 6 asortymentowo – cenowy, odwołujący I wskazał, że koszt netto aparatu wynosi 484.095,20 zł (525.081,38 zł brutto) zaś adaptacja i dostosowanie pomieszczenia w Zakładzie Diagnostyki Obrazowej do wykonywania badań przy pomocy cyfrowego aparatu RTG kostno-płucnego wynosi 60.000 zł netto (73.800 zł brutto).

Ustalono, że przystępujący II zaoferował zamawiającemu cyfrowy aparat RTG kostno-płucny producenta DRGEM, model typ aparatu: GXR-52SD. W załączniku nr 6 asortymentowo – cenowym, przystępujący II wskazał, że koszt netto aparatu wynosi 470.000 zł (507.600 zł brutto) zaś adaptacja i dostosowanie pomieszczenia w Zakładzie Diagnostyki Obrazowej do wykonywania badań przy pomocy cyfrowego aparatu RTG kostno-płucnego wynosi 20.000 zł netto (24.600 zł brutto).

Ustalono także, że przystępujący II złożył zamawiającemu wypełniony załącznik nr 9 do SIWZ. W załączniku tym przystępujący II oświadczył m.in. co następuje:

I.p.	Parametr techniczny	Parametry graniczne	Parametry oferowane (podać)	Punktacja
II	GENERATOR RTG			
2	Częstotliwość pracy generatora	≥ 400 kHz	Tak, 400 kHz	
IV	LAMPA RTG			
17	Wielofunkcyjny wyświetlacz dotykowy zlokalizowany ma kołpaku, umożliwiający zmianę parametrów ekspozycji (min. kV i mA), włączenie/wyłączenie funkcji „autotracking”, określenie aktualnego kąta nachylenia oraz obrotu kołpaka. Obraz na wyświetlaczu samoczynnie obraca się o 90 stopni stosownie do tego jak obrócony jest kołpak.	TAK	Tak, zgodnie z parametrem	
18	Dotykowy wyświetlacz na kołpaku lampy RTG	≥ 8 cali	Tak, 8 cali	
V	STÓŁ PACJENTA			
4	Ruch poprzeczny blatu	≥ 26 cm	Tak, 26 cm	
5	Ruch wzdłużny blatu	≥ 101 cm	Tak, 101 cm	
6	Zakresu ruchu detektora w stole	≥ 55 cm	Tak, 55 cm	
X	TOR CYFROWEJ AKWIZYCJI OBRAZÓW RTG – MOBILNA STACJA AKWIZYCYJNA – 1 szt.			
12	Automatyczne zapisywanie parametrów ekspozycji wraz z	TAK	Tak, zgodnie z	

	wykonanym zdjęciem (bez konieczności manualnego wprowadzania danych przez technika)		parametrem	
--	---	--	------------	--

Ustalono także, że przystępujący II załączył do oferty wypełniony załącznik nr 12, oświadczenie z 3 marca 2020 r., w którym informuje, że *Wszystkie zaoferowane przez nas wyroby medyczne są dopuszczone do obrotu i używania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - zgodnie z przepisami ustawy z dnia 20.05.2010r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. nr 107, poz. 679), a także posiadają autoryzowany serwis stacjonarny i dystrybucję na terenie Polski.*

Na potwierdzenie powyższego załączam:

Certyfikaty CE, deklaracje zgodności, powiadomienie Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych, dokument autoryzacji.

Ustalono także, że przystępujący II załączył do oferty powiadomienie z 27.02.2020 r. skierowane do Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych dla wyrobu „Flat panel x-ray detektor Mano”, w którym jako wytwórcę wyrobu określono: „iRay Technology Taicang Ltd” z siedzibą w Jiāngsū, Taicang wraz z dowodem nadania w dniu 27.02.2020 r. i dowodem doręczenia powiadomienia ww. Urzędowi w dniu 28 lutego 2020 r.

Ustalono także, że przystępujący II załączył do oferty powiadomienie z 26.02.2020 r. skierowane do Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych dla wyrobu „GXR”, w którym jako wytwórcę wyrobu określono: „DRGM Corporation” z siedzibą w Gwangmyeong-si, Gyeonggi-do wraz z dowodem nadania w dniu 27 lutego 2020 r. i dowodem doręczenia powiadomienia ww. Urzędowi w dniu 28 lutego 2020 r.

Ustalono także, że do oferty załączono deklarację zgodności WE pochodzącą od iRay Technology Taicang Ltd., Jiāngsū, Chiny, z 8.4.2019 r., w której jako producent oświadcza, że *produkty Mano4343T (nazwa handlowa Mano4343T), Cyfrowy płaski detektor, Kod GMDN: 61108 spełniają przepisy dyrektywy 93/42/EWG, które mają do nich zastosowanie. Wyrób medyczny został przypisany do klasy I la zgodnie z załącznikiem IX do dyrektywy 93/42/EWG. To nosi znak: CE 0197.*

Ustalono także, że do oferty załączono deklarację zgodności WE pochodzącą od iRay Technology Taicang Ltd., Jiāngsū, Chiny, z 24.02.2019 r., w której jako producent oświadcza, że *produkty Mano4336W, Bezprzewodowy cyfrowy płaski detektor, Kod GMDN: 61108, spełniają przepisy dyrektywy 93/42/EWG, które mają do nich zastosowanie. Wyrób medyczny został przypisany do klasy I la zgodnie z załącznikiem IX do dyrektywy 93/42/EWG. To nosi znak: CE 0191*

Ustalono również, że do oferty przystępujący II załączył deklarację zgodności z 22 grudnia 2017 r. pochodzącą od DRGEM Corporation, Gwangmyeong-si, Gyeonggi-do,

Korea, w której oświadcza na swą wyłączną odpowiedzialność, że produkt: *DIAGNOSTYCZNY SYSTEM X-RAY Model / typ: GXR-32SD, GXR-40SD, GXR-52SD, GXR-68SD, GXR-82SD, Klasyfikacja: Klasa IIb Zasada 10 zgodnie z załącznikiem IX do MDD jest zgodny z zasadniczymi wymogami i przepisami dyrektywy Rady 93/42 / EWG zmieniony 2007/47 / WE jest zgodny z normami zharmonizowanymi EN60601-1:2006 , EN60601-1-2:2007, EN60601-1-3:2008, EN60601-1-6:2010, EN60601-2-54:2009, EN60601-2-28:2010, ENISO15223-1:2016, EN ISO14971:2012, EN62366:2008, EN62304:2006/AC:2008*

Ustalono ponadto, że przystępujący II załączył do oferty certyfikat WE z 5 lipca 2019 r. poświadczający, że system jakości DRGEM Corporation do projektowania i kontroli / testowania produktu końcowego: *diagnostyczny system rentgenowski*, został oceniony pod kątem *procedura oceny zgodności opisana w załączniku II, z wyłączeniem sekcji 4 dyrektywy Rady 93/42 EWG w sprawie wyrobów medycznych, z późniejszymi zmianami* i stwierdzono zgodność. Jako produkt objęty certyfikatem wymieniono m.in. „digital diagnostic X-ray system” GXR-52SD.

Ustalono ponadto, że do oferty załączono Certyfikat CE TUV Rheinland LGA Products GmbH z 28 grudnia 2018 r. *Dyrektywa WE 93/42/EEC Aneks II, z pominięciem Sekcji 4 Pełny System Zapewnienia Jakości Urządzenia medyczne*

Rejestracja nr: HD 60134203 0001

Raport nr: 15096317 002

Wytwórca: iRay Technology Taicang Ltd.

Produkty: Detektory rentgenowskie z płaskim panelem

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 13 marca 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego II do złożenia wyjaśnień dotyczących zastrzeżeń odwołującego II dotyczących spełniania przez produkty oferowane przez przystępującego II wymagań z pkt II. 2, II.4, IV.17 i 18, V.4-6, V.11, VI.2, VI.4 i X.12 załącznika nr 9 do SIWZ.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący II złożył pismo, w którym informuje, co następuje: *składamy oświadczenie producenta dotyczące parametrów technicznych zaoferowanego cyfrowego aparatu RTG kostno płucnego (załącznik nr 1 do pisma). Ponadto pragniemy zauważyć, że Medikol Healthcare jako jedyny autoryzowany przedstawiciel producenta na terytorium Rzeczypospolitej ma legalny dostęp do pełnej dokumentacji technicznej oferowanych przez DRGEM Corporation produktów. Posługiwanie się dokumentami niewiadomego pochodzenia może prowadzić do wprowadzenia klientów w błąd oraz stanowić istotne naruszenie przepisów prawa polegające m.in. na łamaniu tajemnicy handlowej oraz tajemnicy przedsiębiorstwa. Wszystkie takie incydenty będą natychmiast zgłaszane właściwym organom.*

Do pisma załączono także oświadczenie producenta.

Ustalono ponadto, że pismem z 16 marca 2020 r. przystępujący II oświadczył, że na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z treścią art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wnosi o zastrzeżenie załączonego oświadczenia producenta stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego II. Przystępujący II w uzasadnieniu wniosku wskazał, że *rzeczone oświadczenie ma istotną wartość gospodarczą, ponieważ pochodzi od producenta aparatury medycznej, z którym współpracuje wykonawca, a która to współpraca odpowiada za istotną część obrotów wykonawcy. Jednocześnie wykonawca podjął działania w celu utrzymania rzeczonego faktu w poufności.*

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 25 marca 2020 r. wezwał przystępującego II do złożenia wyjaśnień, w którym poprosił przystępującego II o ustosunkowanie się do przedstawionych zarzutów odwołującego II. Zamawiający wskazał, że oczekuje złożenia jednoznacznego, niepodważalnego oświadczenia, z którego treści wynikać będzie, że oferta złożona przez przystępującego II spełnia wymogi zawarte w prowadzonym postępowaniu.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący II złożył pismo z 26 marca 2020 r. w którym oświadczył, że *W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 25.03.2020 r., dotyczące wątpliwości w zakresie parametrów technicznych zaoferowanego w ww. postępowaniu aparatu RTG, w załączeniu przedkładam oświadczenie producenta cyfrowego aparatu rtg kostno płucnego: DRGEM Corporation. W przypadku konieczności uzyskania przez Zamawiającego bardziej wyczerpujących wyjaśnień, prosimy o przedłużenie terminu ich składania do dnia 09.04.2020.*

Do pisma załączono oświadczenie producenta.

Ustalono ponadto, że pismem z 26 marca 2020 r. przystępujący II oświadczył, że na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z treścią art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wnosi o zastrzeżenie załączonego oświadczenia producenta stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego II. Przystępujący II w uzasadnieniu wniosku wskazał, że *rzeczone oświadczenie ma istotną wartość gospodarczą, ponieważ pochodzi od producenta aparatury medycznej, z którym współpracuje wykonawca, a która to współpraca odpowiada za istotną część obrotów wykonawcy. Jednocześnie wykonawca podjął działania w celu utrzymania rzeczonego faktu w poufności.*

Ustalono także, że 10 kwietnia 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego II o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 oferty złożonej przez przystępującego II.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 844/20 zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 844/20 w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego II z powodu jej niezgodności z punktami II.4, IV.12, V.11, VI.2, VI.4, X.12 załącznika nr 9 do SIWZ z powodu wycofania odwołania w tej części przez odwołującego II.

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 8 czerwca 2020 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący II oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku *a maiori ad minus*, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący II w trakcie posiedzenia Izby oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko, interesująco i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego II z powodu niezgodności oferty z pkt II. 2 załącznika nr 9 do SIWZ – (częstotliwość pracy generatora) ustalono, że zamawiający wymagał, aby częstotliwość ta wynosiła ≥ 400 kHz. Przystępujący II w wypełnionym załączniku nr 9 do SIWZ wpisał „tak, 400 kHz”. Odwołujący II podniósł, że oferowane przez przystępującego II urządzenie DRGEM GXR-52SD charakteryzuje się częstotliwością na poziomie 30 kHz.

Celem udowodnienia swego zarzutu odwołujący II powołał się jedynie na dowód nr 6 (karta katalogowa urządzenia - diagnostyczny system rentgenowski FDR Smart, seria FGXR-S firmy Fujifilm). Dowód nr 6 uznano za niewiarygodny i niemogący potwierdzić zasadności zarzutu. Przedstawiony przez odwołującego II dowód dotyczył aparatu firmy Fujifilm, który nie został zaofferowany w postępowaniu przez przystępującego II. Odwołujący omawiając dowód oświadczył, że jest to „aparat bliźniaczy” do oferowanego przez przystępującego II. Przystępujący II w toku rozprawy zaprzeczył tej tezie. W tej sytuacji odwołujący II powinien udowodnić, że rzeczywiście aparaty są bliźniacze. Nic takiego nie zostało jednak Izbie wykazane.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego II z powodu niezgodności oferty z pkt IV.18 załącznika 9 do SIWZ, zarzut ten uznano za chybiony.

W pkt IV.18 załącznika 9 do SIWZ zamawiający wymagał spełnienia parametru opisanego jako: „dotykowy wyświetlacz na kołpaku lampy RTG ≥ 8 cali”. Przystępujący II oświadczył, że oferuje urządzenie które posiada wyświetlacz o wielkości przekątnej 8 cali. Odwołujący II podniósł, że oferowane urządzenie w rzeczywistości posiada wyświetlacz o przekątnej 7 cali. Celem wykazania zarzutu odwołujący II powołał się na dowód nr 6 (karta katalogowa urządzenia diagnostyczny system rentgenowski FDR Smart, seria FGXR-S firmy Fujifilm). Dowód nr 6 uznano za niewiarygodny i niemogący potwierdzić zasadności zarzutu. Dowód dotyczył aparatu firmy Fujifilm, który nie został zaofferowany przez przystępującego II w postępowaniu. Odwołujący omawiając dowód oświadczył, że jest to „aparat bliźniaczy” do oferowanego przez przystępującego II. Przystępujący II w toku rozprawy zaprzeczył tej tezie. W tej sytuacji odwołujący II powinien udowodnić, że rzeczywiście aparaty są bliźniacze. Nic takiego nie zostało jednak Izbie wykazane.

Odwołujący II dodatkowo powołał się na dowód nr 17 (ofertę złożoną w postępowaniu o nr DZ-271-1-14/2020 prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Powiatowego Bochni na zakup aparatu RTG). W ofercie znajdującej się w tym dowodzie oferent rzeczywiście zadeklarował przekątną wyświetlacza LCD 7 cali. Odwołujący II oświadczył w trakcie rozprawy, że w dowodzie nr 17 znajduje się oferta przystępującego II. Nic takiego nie wynikało jednak z treści dowodu. Przystępujący II nie przyznał powyższego faktu. Wobec powyższego Izba nie mogła ustalić tego faktu na podstawie dowodu nr 17. Ponadto z treści dowodu wynikało, że przedmiotem oferty dla SP ZOZ Powiatowego Bochni był cyfrowy aparat z zawieszeniem sufitowym GXR-68SD z roku produkcji 2020 r., podczas gdy przedmiotem oferty przystępującego II w przedmiotowym postępowaniu był aparat GXR-52 SD z roku produkcji 2020. Odwołujący wprawdzie złożył dowód z karty katalogowej aparatów DRGEM, w oparciu o który usiłował wykazać, że aparaty GXR-68SD oraz GXR-52

SD charakteryzują się podobnymi cechami. Dostrzeżenia wymagało jednak, że karta ta została złożona w języku angielskim, nie przedstawiono dla niej tłumaczenia na język polski, więc nie mogła być przedmiotem ustaleń Izby. § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1092) stanowi bowiem, że *wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski*. W konsekwencji Izba nie mogła zatem ustalić, że z pewnością oba urządzenia charakteryzują się tym samym rodzajem wyświetlacza.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego II z powodu niezgodności oferty z pkt V.4 załącznika nr 9 do SIWZ zarzut ten uznano za bezzasadny.

W pkt V.4 załącznika 9 do SIWZ zamawiający wymagał spełnienia parametru opisanego jako: „ruch poprzeczny blatu stołu pacjenta ≥ 26 cm”. Przystępujący II oświadczył, że oferowane przez niego urządzenie charakteryzuje się ruchem poprzecznym blatu na poziomie 26 cm. Odwołujący II zarzucił w odwołaniu, że w rzeczywistości oferowane urządzenie charakteryzuje się parametrem na poziomie 25 cm.

Odwołujący II, celem wykazania zarzutu, powołał się na dowód nr 1 (kartę katalogową produktów DRGEM z 2012 r.). Dowód ten, jak wynikało z dowodu nr 1a, który stanowił jego dalszą część, pochodził z 2012 r., podczas gdy w postępowaniu zaoferowano aparat z 2020 r. Ponadto z treści oferty przystępującego II nie wynikało, jakoby miał on zaoferować stół PBT-6, o którym była mowa w dowodzie nr 1 i 1a.

Odwołujący II powołał się dodatkowo na dowód nr 2. Dowód ten uznano za niewiarygodny. Izba stwierdziła, że nie jest znane źródło pochodzenia dowodu. Na pytanie przewodniczącego odwołujący II wyjaśnił, że dowód ten uzyskał emaliowo od firmy GMM. Oświadczył ponadto, że firma GMM pozyskała ten dowód od jednego ze swoich dystrybutorów. Nie wyjaśnił jednak od jakiego. Odwołujący II na pytanie przewodniczącego oświadczył ponadto, że nie dysponuje informacją skąd ten dowód pozyskał dystrybutor. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego II o pochodzeniu dowodu nie zostało poparte żadnym dowodem. Nawet zaś gdyby zostało udowodnione, to nie zostało wykazane aby dowód ten można było przypisać producentowi urządzenia oferowanego przez przystępującego II, to jest firmie DRGEM. Dostrzeżenia wymagało, że pochodzenie dowodu nie wynikało też żadną miarą z jego treści. W związku z powyższym na tej podstawie Izba nie mogła poczynić ustaleń faktycznych, na jakie wskazywał odwołujący II.

Ponadto, celem wykazania zarzutu, odwołujący II powołał się na treść dowodu nr 6 (karta katalogowa urządzenia - diagnostyczny system rentgenowski FDR Smart, seria

FGXR-S firmy Fujifilm). Dowód nr 6 uznany za niewiarygodny i niemogący potwierdzić zasadności zarzutu. Jak wcześniej wskazano, dowód dotyczył aparatu firmy Fujifilm, który nie został zaoferowany przez przystępującego II w postępowaniu.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego II z powodu niezgodności oferty z pkt V.5 załącznika nr 9 do SIWZ, zarzut ten okazał się chybiony.

W pkt V.5 załącznika 9 do SIWZ zamawiający wymagał spełnienia parametru opisanego jako: „ruch wzdłużny blatu stołu pacjenta ≥ 101 cm”. Przystępujący II oświadczył, że oferowane przez niego urządzenie charakteryzuje się ruchem wzdłużnym blatu stołu na poziomie 101 cm. Odwołujący II zarzucił w odwołaniu, że w rzeczywistości oferowane urządzenie charakteryzuje się parametrem na poziomie 100 cm.

W celu wykazania zarzutu odwołujący II powołał się na dowód nr 17 – (ofertę złożoną w postępowaniu i nr DZ-271-1-14/2020 prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Powiatowego Bochni na zakup aparatu RTG), gdzie oferent określił zakres ruchu wzdłużnego blatu stołu jako 100 cm. Odwołujący II oświadczył w trakcie rozprawy, że w dowodzie nr 17 znajduje się oferta przystępującego II. Nic takiego nie wynikało jednak z treści dowodu. Przystępujący nie przyznał powyższego faktu. Wobec powyższego Izba nie mogła ustalić tego faktu. Ponadto z treści dowodu wynikało, że przedmiotem oferty dla SP ZOZ Powiatowego Bochni był cyfrowy aparat z zawieszeniem sufitowym GXR-68SD z roku produkcji 2020 r., podczas gdy przedmiotem oferty przystępującego II w przedmiotowym postępowaniu był aparat GXR-52 SD z roku produkcji 2020. Odwołujący wprawdzie złożył dowód z karty katalogowej aparatów DRGEM, w oparciu o który usiłował wykazać, że aparaty GXR-68SD oraz GXR-52 SD charakteryzują się podobnymi cechami. Dostrzeżenia wymagało jednak, że karta ta została złożona w języku angielskim, nie przedstawiono dla niej tłumaczenia na język polski, więc nie mogła być przedmiotem ustaleń Izby. W konsekwencji Izba nie mogła zatem ustalić, że z pewnością oba urządzenia charakteryzują się tym samym zakresem ruchu wzdłużnego blatu stołu pacjenta.

Odwołujący II, celem wykazania zarzutu, powołał się ponadto na dowód nr 6 (karta katalogowa urządzenia - diagnostyczny system rentgenowski FDR Smart, seria FGXR-S firmy Fujifilm). Dowód nr 6 uznany za niewiarygodny i niemogący potwierdzić zasadności zarzutu. Jak wcześniej wskazano, dowód dotyczył aparatu firmy Fujifilm, który nie został zaoferowany przez przystępującego II w postępowaniu.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego II z powodu niezgodności oferty z pkt V.6 załącznika nr 9 do SIWZ, zarzut ten okazał się chybiony.

W pkt V.6 załącznika 9 do SIWZ zamawiający wymagał spełnienia parametru opisanego jako: „zakres ruchu detektora w stole ≥ 55 cm”. Przystępujący II oświadczył, że oferowane przez niego urządzenie charakteryzuje się zakresem ruchu detektora w stole na poziomie 55 cm. Odwołujący II zarzucił w odwołaniu, że w rzeczywistości oferowane urządzenie charakteryzuje się parametrem na poziomie 35 cm.

Celem wykazania zarzutu odwołujący powołał się na dowód nr 1 (kartę katalogową DRGEM z 2012 r.). Dowód ten, jak wynikało z dowodu nr 1a, który stanowił jego dalszą część, pochodził z 2012 r., podczas gdy w postępowaniu zaoferowano aparat z 2020 r. Ponadto z treści oferty przystępującego II nie wynikało, jakoby miał zaoferować stół PBT-6, o którym była mowa w dowodzie nr 1 i 1a.

Odwołujący II powołał się ponadto na dowód nr 2. Dowód ten, jak wskazano wcześniej, uznano za niewiarygodny. Izba stwierdziła, że nie jest znane źródło pochodzenia dowodu. Na pytanie przewodniczącego odwołujący II wyjaśnił, że dowód ten uzyskał emaliowo od firmy GMM. Oświadczył ponadto, że firma GMM pozyskała ten dowód od jednego ze swoich dystrybutorów. Nie wyjaśnił jednak od jakiego. Odwołujący II na pytanie przewodniczącego oświadczył ponadto, że nie dysponuje informacją skąd ten dowód pozyskał dystrybutor. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego II o pochodzeniu dowodu nie zostało poparte żadnym dowodem. Nawet zaś gdyby zostało udowodnione, to nie zostało wykazane aby dowód ten można było przypisać producentowi urządzenia oferowanego przez przystępującego II, to jest firmie DRGEM. Dostrzeżenia wymagało, że pochodzenie dowodu nie wynikało też żadną miarą z jego treści. W związku z powyższym na tej podstawie Izba nie mogła poczynić ustaleń faktycznych, na jakie wskazywał odwołujący II.

Odwołujący II powołał się ponadto na dowód nr 6 (karta katalogowa urządzenia - diagnostyczny system rentgenowski FDR Smart, seria FGXR-S firmy Fujifilm). Dowód nr 6 uznany za niewiarygodny i niemogący potwierdzić zasadności zarzutu. Jak wcześniej wskazano, dowód dotyczył aparatu firmy Fujifilm, który nie został zaoferowany przez przystępującego II w postępowaniu.

Odwołujący II dodatkowo powołał się na dowód nr 5 – rzut stołu PBT-6. Oceniając dowód wzięto po pierwsze pod uwagę, że nie wiadomo, czy przystępujący II zaoferował zamawiającemu urządzenie ze stołem PBT-6. Nic takiego nie wynikało z oferty. Po drugie, dostrzeżenia wymagało, iż odwołujący II przyznał na rozprawie, iż dowód nr 5 został sporządzony przez niego samego. Odwołujący sporządził dowód w ten sposób, że nadrukował na kartę papieru A4 rysunek stołu pozyskany z innego dowodu i samodzielnie

naniósł wymiary. Tak wykonany dokument mógł zatem stanowić co najwyżej wyraz własnego twierdzenia (stanowiska) odwołującego II.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego II z powodu niezgodności oferty z pkt IV.17 załącznika nr 9 do SIWZ, zarzut ten okazał się chybiony.

W pkt IV.17 załącznika 9 do SIWZ zamawiający wymagał spełnienia parametru opisanego jako: *„Wielofunkcyjny wyświetlacz dotykowy zlokalizowany ma kołpaku, umożliwiający zmianę parametrów ekspozycji (min. kV i mA), włączenie/wyłączenie funkcji „autotracking”, określenie aktualnego kąta nachylenia oraz obrotu kołpaka. Obraz na wyświetlaczu samoczynnie obraca się o 90 stopni stosownie do tego jak obrócony jest kołpak.”*. Przystępujący II oświadczył w wypełnionym przez siebie załączniku nr 9, że oferowane przez niego urządzenie spełnia ten wymóg. Odwołujący II zarzucił w odwołaniu, że w rzeczywistości oferowane urządzenie nie spełnia tak opisanego parametru.

Izba stwierdziła, że na poparcie ww. zarzutu odwołujący II nie przedstawił żadnego dowodu, ani nawet jakiegokolwiek argumentacji. Wobec powyższego zarzut musiał zostać oddalony.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutu, że przystępujący II miał wprowadzić zamawiającego w błąd, gdyż w rzeczywistości zaoferowane przez niego zaoferowane detektory Mano 4336W oraz Mano 4343T są produkowane przez firmę produkującą detektory dla weterynarii.

Na okoliczność, że oba detektory są produkowane przez firmę Mano Medical produkującą detektory dla weterynarii odwołujący II przedstawił w pierwszej kolejności dowód nr 7 – wynik wyszukiwania w wyszukiwarce internetowej Google.pl frazy „wireless digital flat panel detector Mano 4336 W”, dowód nr 8 – wynik wyszukiwania w wyszukiwarce internetowej Google.pl frazy „digital flat panel detector Mano 4343 T” oraz dowód nr 12 – wydruk ze strony internetowej manomedical.com.

Jeżeli chodzi o dowody nr 7 i 8, to z dowodów tych nie wynikało, że wynik wyszukiwania którejkolwiek z fraz odsyła do firmy Mano Medical. Owszem, na liście wyszukiwania widniały strony manomedical.com, ale w tych wynikach wyszukiwania brakowało kluczowych fragmentów poszukiwanych fraz: frazy „4343T” (dowód nr 8) oraz frazy „Wireless 4343 W” (dowód nr 7). Były to zaś kluczowe elementy indywidualizujące oferowane detektory.

Z kolei dowód nr 12 obejmował wprawdzie wydruk z strony internetowej manomedical.com. Jednakże na wydruku tym próżno było szukać urządzeń o nazwach „Mano 4336 W” ani „Mano 4343 T”. Na wydruku tym znajdował się opis jakiegoś bliżej

niesprecyzowanego „płaskiego detektora krzemowego”. W związku z powyższym na podstawie takiej jakości dowodów niemożliwe było ustalenie, jakoby „informacje dostępne w sieci prowadzą do firmy mano Medical produkującej detektory dla weterynarii”, jak zarzucił odwołujący II. W tej sytuacji zarzut należało uznać za chybiony.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutu, jakoby producentem oferowanych przystępującego II detektorów Mano 4336 W oraz Mano 4343 T miała nie być firma iRay Technology Taicang Ltd.

Ustalono także, że do oferty przystępującego II załączono deklarację zgodności WE pochodzącą od iRay Technology Taicang Ltd., Jiangsu, Chiny z 8.4.2019 r., w której jako producent oświadcza, że *produkty Mano 4343T (nazwa handlowa Mano 4343T), Cyfrowy płaski detektor, Kod GMDN: 61108 spełniają przepisy dyrektywy 93/42/EWG, które mają do nich zastosowanie. Wyrób medyczny został przypisany do klasy I la zgodnie z załącznikiem IX do dyrektywy 93/42/EWG. To nosi znak: CE 0197.*

Ustalono także, że do oferty przystępującego II załączono deklarację zgodności WE pochodzącą od iRay Technology Taicang Ltd., Jiangsu, Chiny, z 24.02.2019 r., w której jako producent oświadcza, że produkty Mano4336W, Bezprzewodowy cyfrowy płaski detektor, Kod GMDN: 61108, spełniają przepisy dyrektywy 93/42/EWG, które mają do nich zastosowanie. Wyrób medyczny został przypisany do klasy I la zgodnie z załącznikiem IX do dyrektywy 93/42/EWG. To nosi znak: CE 0191

Ustalono ponadto, że do oferty załączono Certyfikat CE TUV Rheinland LGA Products GmbH z 28 grudnia 2018 r. Dyrektywa WE 93/42/EEC Aneks II, z pominięciem Sekcji 4 Pełny System Zapewnienia Jakości Urządzenia medyczne

Rejestracja nr: HD 60134203 0001

Raport nr: 15096317 002

Wytwórca: iRay Technology Taicang Ltd.

Produkty: Detektory rentgenowskie z płaskim panelem.

Odwołujący II na poparcie swych twierdzeń przedstawił dowód nr 7 – wynik wyszukiwania w wyszukiwarce internetowej Google.pl frazy „wireless digital flat panel detector Mano 4336 W” oraz dowód nr 8 – wynik wyszukiwania w wyszukiwarce internetowej Google.pl frazy „digital flat panel detector Mano 4343 T”. Na podstawie dowodów nr 7 i 8 można było ustalić, że wyniki wyszukiwania nie prowadzą do firmy iRay Technology. Do powyższego należało jednak podchodzić z ostrożnością z tego powodu, że w każdym z dowodów przedstawiono tylko jedną z dwóch stron wyszukiwania (1/2). Ponadto należało wziąć pod uwagę, rezultat wyszukiwania zależy wprost od szczegółowości pytania. Im bardziej szczegółowe pytanie, tym mniej pasujących odpowiedzi w wyszukiwarce.

Odwołujący II powołał się także na dowód nr 9 – wydruk ze strony internetowej iraygroup.com.site.productList?nid=15&lang=EN. Na podstawie wydruku z dowodu nr 9 można było ustalić, że na wskazanej stronie internetowej rzeczywiście nie widnieją detektory Mano 4336 W oraz 4343T. Na wskazanej stronie widnieją natomiast bezprzewodowe detektory do radiografii o nazwach Mars 1717X, Mars 1417X, Mars 1012 X oraz Mars 1717 V, Mars 1417 V, Luna 1417 X, NDT 1417La, NDT 1012 MA. Odwołujący II powołał się także na dowód nr 13 - wydruk ze strony internetowej iraygroup.com/site/productList?nid=16&lang=EN, gdzie w zakładce „przewodowe detektory do radiografii” figurują urządzenia o nazwach: Venu 1717X, Venu 1012 V, Venu 1012 VD, Venu 1717 XV, Venu 1717 VV, Venu 1717 MN. Nie figurują na tej stronie natomiast detektory Mano 4336 W oraz 4343T.

Odwołujący II powołał się także na dowód nr 14 – wydruk korespondencji mailowej prowadzonej w dniu 7 czerwca 2020 r. przez odwołującego II z panem S. F. z adresu mailowego s.f.@iraygroup.com. W korespondencji odwołujący II zapytał pana S. F. *„otrzymaliśmy informację, że oferuje nowe detektory: Mano 433W oraz Mano 4343T (w załączeniu ich certyfikaty). Czy możemy prosić o przesłanie broszur do tych detektorów, które możemy pokazać naszym klientom. Przygotowujemy ofertę na mobilne kontenery, którą mają być wysłane do Mongolii – mają pracować jako mobilne szpitale. Wszystko to jest przygotowane w Polsce, wszystkie decyzje mają zapaść w Polsce. Jest to projekt na co najmniej tuzin kontenerów, a może więcej jeśli będą zadowoleni”*.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. maila, odwołujący II otrzymał odpowiedź z adresu s.f.@iraygroup.com *„dziękujemy za kontakt, jesteśmy zainteresowani projektem. Poproszę mojego kolegę Z., który jest zlokalizowany w Europie o pomoc w tej sprawie. Z poważaniem S.”*. W dowodzie nr 14 znajduje się także mail z adresu zhe.wang@iraygroup.com, w którym osoba podpisując się niejako Z. W., Zastępca Dyrektora Zarządzającego iRay Europe GmbH Niemcy, *dziękuję za zainteresowanie naszymi produktami, w załączeniu przesyłam stosowne broszury*”. Następnie ustalono, że w dowodzie nr 14 znajduje się mail odwołującego II wysłany na adres z..w.@iraygroup.com, w którym odwołujący II dziękuje za przesłanie broszur i pisze, że *„nasz klient prosi o detektor z pikselem 130 µm. Otrzymaliśmy informację, iż produkujecie nowe detektory, które nazywają się Mano4336W oraz mano4343T o wielkości piksela 130 µm”*. W dowodzie nr 14 znajduje się także mail z adresu z..w.@iraygroup.com o treści: *„Myślę, że nastąpiło nieporozumienie w związku z tą informacją, nie posiadamy detektorów o tych nazwach i nie mamy żadnego detektora który ma piksel 130 µm”*.

Załączono także dowód nr 16, w którym odwołujący II pisze: *„Z. dziękuję za wyjaśnienia. Do projektu, o którym wcześniej rozmawialiśmy powinniśmy zaoferować detektory Mars 1417V oraz 1717 V. Przeglądałem waszą stronę internetową i znalazłem*

dostępne poniższe detektory służące o radiografii człowieka: Mars 1717X, Mars 1417X, Mars 1012 X oraz Mars 1717 V, Mars 1417 V, Luna 1417 X, Venu 1717X, Venu 1012 V, Venu 1717 VV, Jak rozumiem, nie ma innych detektorów w ofercie iRay służących do tego celu?”. W dowodzie nr 16 znajduje się mail z adresu z..w.@iraygroup.com o treści „poniżej znajduje się lista produktów dostępnych obecnie:

Mars 1417v,

Mars 1717V

Venu 1717 X

Venu 1012 V”.

Z kolei przystępujący II złożył dowód przeciwny: korespondencję mailową z 16 czerwca 2020 r., w której osoba podpisana A. L. z adresu a.@drgem.co.kr pisze „*Tak jak wyjaśniałem wcześniej Mano 4336W, Mano 4343W i Mano 4343T są naszą własną marką produkowaną przez iRay. Marka Mano jest przeznaczona tylko dla DRGEM. Zintegrowaliśmy z detektorami nasze własne oprogramowanie RADMAX, a nasze rozwiązania AcquiDR zostały certyfikowane znakiem CE.*”.

Biorąc powyższe dowody pod uwagę Izba stwierdziła z jednej strony, że treść dowodów nr 14 i 16 przedstawionych przez odwołującego II budzi poważne wątpliwości co do pochodzenia detektorów zaoferowanych przez przystępującego II. Na uwagę zasługiwał fakt, że adres s.@iraygroup.com z którego odwołujący II otrzymał odpowiedź w dowodzie nr 14, figuruje na deklaracjach zgodności detektorów Mano załączonych do oferty. Musi budzić wątpliwości, że osoba która odpisuje z tego adresu mailowego nie wie, że jej firma produkuje detektory o nazwie Mano. Powyższe wątpliwości wzmacniają pozostałe dowody odwołującego II, z których wynikał brak jakiegokolwiek informacji o detektorach na stronie internetowej firmy iRay i brak o nich wzmianki w sieci.

Z drugiej jednak strony nie można wykluczyć sytuacji, o której mowa w mailu złożonym przez przystępującego II, że istnieje jakaś kooperacja pomiędzy firmami DRGEM i iRay. Oczywiście do maila z firmy DRGEM należy podchodzić z ostrożnością jako pochodzącego od firmy zainteresowanej wygraniem przez przystępującego II przetargu. Ponadto treść maila z 16 czerwca 2020 r. budziła wątpliwości. Nie do końca wiadomo co to znaczy, że „*Mano są naszą własną marką produkowaną przez iRay*”. Jednak nie można wykluczyć nawet oferowania jakiegoś produktu na wyłączność firmie DRGEM. Nie było to zabronione w SIWZ. Nawet jeśli tak jest, to ten fakt powinien być znany firmie iRay skoro to ona, a nie DRGEM wystawia deklaracje zgodności dla produktu Mano. Ponadto to firma iRay nazwała swój produkt w swej deklaracji zgodności jako Mano.

Wątpliwości w sprawie budzi postępowanie przystępującego II w trakcie rozprawy. Pomimo zadeklarowania w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu, że ma dostęp do pełnej dokumentacji technicznej, nie złożył on żadnych dokumentów technicznych

odnoszących się do spornych detektorów. Dalsze wątpliwości budziło to, że zamawiający dwukrotnie wzywał przystępującego II do złożenia wyjaśnień m.in. co do kwestii pochodzenia oferowanych detektorów. Co więcej, zamawiający 13 marca 2020 r. poprosił o złożenie nie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień wyczerpujących. Również w dniu 25 marca 2020r. w kolejnym wezwaniu domagał się od przystępującego II wyczerpującej odpowiedzi. Pomimo to, żadne szczegółowe wyjaśnienia nie zostały złożone.

Wątpliwości w tym zakresie budziło także postępowanie zamawiającego. Zamawiający, jak wynikało ze wzoru załącznika nr 9 do SIWZ, w części VII oraz w części VII wymagał zadeklarowania określonych parametrów granicznych detektora, w tym m.in. wielkości piksela, którą odwołujący II zakwestionował. Na uwagę zasługiwał fakt, że pod tabelą z załącznika 9 zamawiający zawarł następującą wzmiankę: *Dla umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji udzielonych odpowiedzi odnośnie spełnienia warunków granicznych i/lub ich wartości należy dołączyć do oferty materiały opisowe pochodzące od producenta: oryginalne ulotki, katalogi, opisy przedmiotu zamówienia, dokumentację techniczną oferowanego sprzętu/ przedmiotu zamówienia, produkt dane, instrukcje obsługi itp. Stosowne materiały opisowe pochodzące od producenta należy załączyć w oryginale lub jako kserokopie poświadczone za zgodność z oryginałem.*

Wszystkie dane/parametry z tabeli technicznej muszą znajdować swoje potwierdzenie w danych produktowych producenta.

Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 7 zestaw V z dnia 31 stycznia 2020 r. zamawiający wyraził zgodę na przesunięcie obowiązku złożenia ww. dokumentów na drugi etap i tylko przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Odpowiedź zamawiającego oznaczała, że zamawiający przewidział, iż wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona będzie miał obowiązek złożenia tych dokumentów, w trybie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że *Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.* Z kolei w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, do którego odsyła art. 26 ust. 1 ustawy Pzp jest mowa o *dokumentach, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.* Za dokumenty tego rodzaju bez wątpliwości należało uznać omawiane dokumenty, o których mowa w załączniku nr 9 do SIWZ. Ich rolą jest jednak potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ.

Tymczasem w aktach postępowania o udzielenie zamówienia brak było takiego stosownego wezwania ze strony zamawiającego. Wskutek zaniechania zamawiającego

przystępujący II nie złożył zamawiającemu danych produktowych producenta, w których w znalazłoby się potwierdzenie wszystkich danych/parametrów z tabeli, znajdującej się w załączniku nr 9 do SIWZ. Dotyczyło to także parametru - wielkości piksela detektora wpisanego w tabeli w pkt VII.9 i VIII.6, które kwestionował odwołujący II w odwołalnie na str. 9.

Biorąc pod uwagę cały zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła z jednej strony, że nie jest on wytwarzający do jednoznacznego przesądzenia, iż nie istnieją detektory opisane w deklaracjach zgodności złożonych w ofercie przystępującego II. Jednakże winą za jakość tego materiału dowodowego nie można w całości obciążyć odwołującego II. W sprawie istnieją bowiem poważne, zasadnicze wątpliwości w tym zakresie, które nie zostały wyjaśnione w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Wreszcie, jak ustalono, zamawiający z naruszeniem art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zaniechał wezwania przystępującego II do złożenia dokumentów przedmiotowych, które wątpliwości te mogłyby rozwiązać. Powyższe mogło istotnie wpłynąć na przebieg postępowania dowodowego w tej sprawie, gdyż odwołujący II zmuszony został niejako do poszukiwania dowodów na okoliczność niespełniania wymaganych parametrów przez sprzęt oferowany przez przystępującego II. Tymczasem w świetle SIWZ to przystępujący II miał obowiązek złożyć zamawiającemu dokumenty potwierdzające parametry z tabeli, w tym dotyczące parametrów oferowanych detektorów.

Co więcej, przystępujący II dokumentów takich nie złożył ani w ramach procedury wyjaśniającej przed zamawiającym ani nawet w trakcie rozprawy, gdzie broniąc się przed zarzutami odwołania mógł przedstawiać dowody przeciwnie. W tej sytuacji Izba, nie będąc związana żądaniem odwołania, nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego II w trybie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do złożenia dokumentów, o których mowa w załączniku nr 9 w sposób wskazany w sentencji.

Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego II, który miał zaoferować cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Nie było sporne między stronami, że zamawiający nie kierował do przystępującego II wezwania do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny lub kosztu w trybie art. 90 ust. 1 ani w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „*Art. 29 ust. 5*

Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie (...)”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego II do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący II w odwołaniu nie akcentował wątpliwości co do realności całej ceny ofertowej przystępującego II, na którą składała się cena aparatu oraz cena dostosowania pomieszczenia w zakładzie diagnostyki obrazowej do wykonywania badań przy pomocy cyfrowego aparatu RTG kostno-płucnego, lecz wyłącznie realność skalkulowania tego drugiego elementu cenotwórczego.

Ustalono, że przystępujący II skalkulował ten element oferty na 24.600 zł brutto, zaś odwołujący na kwotę 73.800 zł brutto. Istotnie, rozbieżność w wycenie tego akurat elementu między obu wykonawcami okazała się spora. Dostrzeżenia wymagało jednak, że zamawiający oszacował wartość tego elementu przedmiotu zamówienia w dniu 20 grudnia 2019 r. na kwotę jedynie 40.000 zł brutto, a więc w wysokości, która nie odbiegała już znacznie od wyceny przystępującego II. Odwołujący II w odwołaniu nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, w oparciu o który Izba mogła by ustalić, że szacunek dokonany przez zamawiającego jest zaniżony. W braku dowodu przeciwnego Izba musiała zatem przyjąć, że szacunek ten jest realny. Skoro tak, to należało dojść do wniosku, że cena oferty odwołującego II znacząco odbiegała na plus od tego szacunku, co musiało zostać wzięte pod uwagę.

Dostrzeżenia wymagało również, że adaptacja pomieszczenia do wykonywania badań przy pomocy aparatu RTG nie podlegała jakiejś odrębnej wycenie. Nie wykazano

także, aby sporny element był odrębnym kryterium oceny ofert. Z pkt XVII. 2 SIWZ wynikało, że zamawiający stosuje jednolite kryterium oceny ofert odnoszące się do ceny. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że wykonawca wystawi na rzecz zamawiającego jedną fakturę. W tej sytuacji nawet ewentualnie niedobory w wycenie adaptacji pomieszczenia, czego odwołujący II żadną miarą nie udowodnił, mogą być pokrywane zyskami z pozostałej części oferty. Tymczasem wartość całej oferty przystępującego II wyniosła 532.200,00 zł brutto i nie odbiegała znacząco od ceny całej oferty odwołującego II (598.881,38 zł). Cena ogólna nie odbiegała też od kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, to jest kwoty 551.038,85 zł brutto. Odwołujący II nie wykazał w tej sytuacji, że sporny element kalkulacji jest tzw. istotną częścią składową ceny ofertowej w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wzięto też pod uwagę, że odwołujący II nie wykazał też, że kwota 73.800 zł brutto, na jaką on sam wycenił koszt adaptacji, jest kwota minimalną. Odwołujący II nie złożył nawet w charakterze dowodu kalkulacji minimalnych kosztów przyjętych przez siebie na potrzeby adaptacji pomieszczenia. Nie udowodnił zatem, że zamawiający powinien powziąć jakies wątpliwości co do realności skalkulowania tego elementu wyceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, *postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*.

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t. j. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*.

Ustalono, że przystępujący II zastrzegł, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, oświadczenia producenta załączone do swych wyjaśnień z dnia 16 marca 2020 r. i 26 marca 2020 r. Wykazując zasadność zastrzeżeń, pismem z 16 marca 2020 r., przystępujący II oświadczył, że *rzeczone oświadczenie ma istotną wartość gospodarczą, ponieważ pochodzi od producenta aparatury medycznej, z którym współpracuje wykonawca, a która to*

współpraca odpowiada za istotną część obrotów wykonawcy. Jednocześnie wykonawca podjął działania w celu utrzymania rzeczonego faktu w poufności. Analogiczna argumentacja została przywołana przez przystępującego II w piśmie z 26 marca 2020 r., w którym wykonawca uzasadniał zastrzeżenie w odniesieniu do oświadczenia producenta załączonego do wyjaśnień przystępującego II z 26 marca 2020 r. Ustalono także, że zamawiający uznał zastrzeżenie ww. dokumentów za skuteczne i wobec powyższego nie udostępnił ich odwołującemu II.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.* Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”*

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, obowiązującego w dacie uzasadnienia zastrzeżenia.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). *W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa* (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Po drugie zaś, nie posiada waloru tajemnicy przedsiębiorstwa informacja, która jako całość bądź element większego zbioru jest powszechnie znana lub łatwo dostępna, z tym zastrzeżeniem, że chodzi tu znajomość lub dostępność dla profesjonalisty w dziedzinie danej informacji.

Po trzecie zaś, uprawniony musiał wykazać się należyłą starannością, aby informacje pozostały poufne.

Izba przeanalizowała merytorycznie uzasadnienie zastrzeżenia, jakie przystępujący II sporządził i zastrzeżone informacje. Stwierdziła, że w analizowanej sprawie przystępujący II nie sprostął ciężarowi łącznego udowodnienia przesłanek definicji legalnej pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa”. W konsekwencji zaś zamawiający z naruszeniem art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp zaniechał czynności odtajnienia spornych oświadczeń producenta.

Za całkowicie nieprawdziwe należało uznać oświadczenia przystępującego II, jakoby podjął on działania w celu utrzymania w poufności faktu współpracy z producentem aparatury medycznej, o którym mowa w zastrzeżonych oświadczeniach. Najdobitniej o tym, że przystępujący II nie podjął takich działań świadczy to, że załączył do oferty jawny dokument – specyfikację parametrów technicznych oferowanego cyfrowego aparatu RTG, w którym wskazał, że oferuje aparat producenta DRGEM o nazwie GXR-52SD. Do oferty załączono także jawne certyfikaty WE dotyczące systemu zapewniania jakości ww. firmy. Do oferty załączono także jawne powiadomienie z 26.02.2020 r. skierowane do Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych dla wyrobu „GXR”, w którym jako wytwórcę wyrobu określono: „DRGM Corporation” z siedzibą w Gwangmyeong-si, Gyeonggi-do. Wreszcie sam przystępujący II złożył zamawiającemu jawne wyjaśnienia z dnia 16 marca 2020 r. w których oświadczył, że jest jedynym autoryzowanym przedstawicielem producenta na terytorium RP.

W związku z tym każdy, w tym również odwołujący II po lekturze jawnej oferty i wyjaśnień przystępującego II wie, kto jest tym producentem, a także jakiego rodzaju

współpraca łączy przystępującego II z producentem. Należało zatem stwierdzić, że fakt współpracy przystępującego II z producentem i charakter współpracy nie jest tajny, ale wręcz przeciwnie, jest powszechnie znany, a przystępujący II nie podjął jakichkolwiek działań, żeby ten fakt ukryć. Nie spełniona jest więc przesłanka z pkt 2 i 3.

Jeśli zaś chodzi o wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, to przystępujący II nie wykazał, jaką konkretnie wartość gospodarczą ma mieć informacja, że jest on autoryzowanym przedstawicielem producenta. Nie podano w tym zakresie jakichkolwiek szczegółów. Odnosząc się do argumentu, jakoby współpraca ta odpowiadała za znaczną część obrotów, należało wskazać, że wielkość tej współpracy jest niemożliwa do ustalenia na podstawie zastrzeżonego dokumentu. W dokumencie tym na temat wielkości obrotów nie można odnaleźć ani jednego słowa.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych. Wobec powyższego nakazano zamawiającemu odtajnienie informacji, co do których nie wykazano, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego II.*

Znalazł potwierdzenie także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający bezzasadnie odmawiając odwołującemu II udostępnienia informacji, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu. Naruszeniem tych zasad jest bowiem wybiórcze udostępnianie niektórym wykonawcom dokumentów, które powinny być jawne.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu, *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.* Udzielenie zamówienia następuje z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący II nie wykazał, aby w analizowanej sprawie

zamawiający zawarł już taką umowę w zakresie zadania nr 2. Zamawiający nie mógł zatem naruszyć przywołanego przepisu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 3, 4 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odpowiednich części odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2, 5, 6 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym (pkt 1, 3, 4) i formalnym (pkt 2, 5, 6), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W sprawie o sygn. akt KIO 842/20 nie stwierdzono żadnych naruszeń przepisów ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania. W sprawie o sygn. akt KIO 844/20 stwierdzone naruszenia art. 26 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem zasady jawności postępowania zaniechał czynności odtajnienia dokumentów przedstawionych przez przystępującego II celem wykazania zgodności oferty z SIWZ. Analogicznie należy ocenić naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego II do złożenia dokumentów przedmiotowych wymaganych zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba w pkt 3 wyroku nakazała zamawiającemu

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania 2, w tym:

- a) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w oświadczeniach producenta załączonych do oświadczeń przystępującego II z dnia 16 marca 2020 r. i 26 marca 2020 r. z powodu niewykazania przez przystępującego II iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- b) wezwanie przystępującego II w trybie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do złożenia materiałów opisowych pochodzących od producenta: oryginalnych ulotek, katalogów, opisów przedmiotu zamówienia, dokumentacji technicznej oferowanego sprzętu/ przedmiotu zamówienia, produkt danych, instrukcji obsługi itp., w których to danych produktowych muszą znajdować swoje potwierdzenie wszystkie dane/parametry z tabeli technicznej z załącznika 9 do SIWZ.

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

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

Odnosnie części postępowania odwoławczego, która podlegała umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 842/20 podlegało oddaleniu w całości. Wobec powyższego za wynik postępowania odwoławczego odpowiadał w całości odwołujący I. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 842/20 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego I w wysokości 15.000 zł. Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 842/20 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w

oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 844/20 zostało uwzględnione w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3, art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz w części dotyczącej detektorów Mano. Podlegało oddaleniu w pozostałej części. Wobec powyższego uznano, że odpowiedzialność za wynik postępowania ponoszą zamawiający i odwołujący II po połowie. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 844/20 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego II w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego II z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczalnej kwocie 3.600 zł, oraz koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego II na rozprawę w kwocie 652 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (a zatem łącznie 19.252 zł). Nie zaliczono w poczet kosztów postępowania odwoławczego kosztów zastępstwa pełnomocnika zamawiającego. Jak wynika z przepisu § 3 pkt 2 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) warunkiem zasądzenia tych kosztów jest złożenie rachunku do momentu zamknięcia rozprawy, co nie nastąpiło. Ustalono, że wszystkie koszty postępowania odwoławczego poniósł do tej pory odwołujący II. Wobec ustalenia, że odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego po połowie ponoszą odwołujący II i zamawiający, zasądzono od zamawiającego na rzecz odwołującego obowiązek zwrotu połowy tych kosztów tj. kwoty 9.626,00 zł ($19.252 \text{ zł} / 2 = 9.626 \text{ zł}$).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 844/20 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 w zw. z § 6 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).

Przewodniczący: