

WYROK

z dnia 2 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie **1 lipca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **17 czerwca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Viridian Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu medycznego – kardiomonitor* (nr postępowania PN-12/19)

prowadzonym przez Zamawiającego: **Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy: **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w części nr 1 zamówienia unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtórnej ocenie ofert przyznanie ofercie Odwołującego w kryterium jakości po 5 pkt za parametry opisane w pkt 62. i 65. wypełnionego załącznika nr 1.1. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
- 2. Oddala odwołanie w zakresie żądania nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża po połowie Odwołującego i Przystępującego:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 9300 zł 00 gr**

(słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika,

- 3) zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Przystępującego** kwotę **1800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą połowę uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4) zasądza od **Odwołującego i Przystępującego** na rzecz **Zamawiającego** kwoty **po 1004 zł 25 gr** (słownie: tysiąc cztery złote dwadzieścia pięć groszy) stanowiące łącznie połowę uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa sprzętu medycznego – kardiomonitory* (nr postępowania PN-12/19).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 marca 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_062 pod poz. 143333.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

7 czerwca 2019 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom informację w zakresie części I zamówienia o unieważnieniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Viridian Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Viridian”} oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „GE”}.

17 czerwca 2019 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty GE.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez GE, pomimo że nie spełniała podstawowego wymagania Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, opisanego jednoznacznie i wyraźnie w postanowieniach SIWZ (tj. w rozdziale VI pkt 1.3. SIWZ oraz w innych zapisach oraz załącznikach do SIWZ), gdyż w ogóle nie zawiera (ani w ramach lp. od 1. do 4. „Opisu przedmiotu zamówienia”, sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1.1. do SIWZ, ani w innym miejscu) jakichkolwiek informacji precyzujących oferowany przedmiot zamówienia w odniesieniu do wyrobu medycznego, jakim jest „Stanowisko do zdalnego podglądu i obsługi 12 kardiomonitorów z możliwością rozbudowy do min. 16 takich stanowisk” (określanego w SIWZ także mianem „centrali monitorującej” - vide lp. 24, 54, 55, 68 „Opisu przedmiotu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 1.1 do SIWZ),

a w szczególności co do producenta, modelu, kraju pochodzenia i roku produkcji centrali monitorującej.

2. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 – przez dokonanie niewłaściwej oceny oferty Odwołującego, polegającej na przyznaniu zaniżonej liczby punktów w kryterium „Jakości” wskutek nieprzyznania punktów za parametry: (1) „Monitor wyposażony w pamięć min. 200 zdarzeń alarmowych i zapisywanych ręcznie, zawierających wycinki min. 3 krzywych dynamicznych” (poz. 62 załącznika nr 1.1. do SIWZ) oraz (2) „Możliwość rozbudowy monitora o funkcję pamięci pełnych przebiegów krzywych dynamicznych – Full Disclosure” (poz. 65 załącznika nr 1.1. do SIWZ), co spowodowało zniżenie łącznej liczby punktów w ramach końcowej oceny oferty, a w efekcie zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert (ofercie Odwołującego powinna zostać przyznana maksymalna liczba punktów w odniesieniu do każdego z ww. parametrów, po 5 punktów za każdy, łącznie 10 punktów), co miało taki wpływ na wynik postępowania, że udzielono zamówienia GE wybranemu niezgodnie z przepisami pzp, a także skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów pzp).
3. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty GE, która – jako niezgodna z przepisami pzp oraz dodatkowo z postanowieniami specyfikacji – podlegała odrzuceniu i nie była najkorzystniejsza.
4. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów pzp) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w odniesieniu do części I zamówienia:

1. Unieważnienia wyboru oferty GE.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz przyznania Odwołującemu po 5 pkt w kryterium opisanym pod poz. lp. 62 i lp. 65 załącznika nr 1.1. do SIWZ za każde z tych kryteriów (tj. łącznie 10 punktów).
3. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty GE jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ.
4. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności przez podanie

następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów – pkt II uzasadnienia}

Odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności faktyczne:

Przedmiot zamówienia części I, wbrew jej nazwie, obejmuje nie tylko 12 szt. kardiomonitorów, ale także wspomnianą powyżej centralę monitorującą, która jest ujęta w przywołanych powyżej pkt opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 1.1. do SIWZ.

Zgodnie z brzmieniem postanowień SIWZ:

- (rozdział VI pkt 1.3.) *OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: Załącznik nr 1 do SIWZ, który winien być złożony w formie oryginału podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ww. załączniki nie podlegają procedurze uzupełnienia i z tego względu niezłożenie opisu oferowanego przedmiotu spowoduje odrzucenie oferty. Nadto, wszystkie pozycje opisu muszą być wypełnione pod rygorem odrzuceniem oferty. Opis winien zawierać istotne elementy będące przedmiotem przyszłej umowy tj. nazwy bądź inne wyczerpujące dane techniczne wymagane i wskazane przez Zamawiającego w odpowiednich miejscach opisu oferowanego sprzętu, umożliwiające Zamawiającemu identyfikację konkretnego oferowanego przedmiotu w celu weryfikacji ich zgodności z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia.*
- (§ 1 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SWIZ) *Przedmiotem umowy jest dostawa urządzeń o parametrach technicznych oraz na warunkach określonych w ofercie z dnia stanowiącej załącznik do niniejszej umowy i jej integralną część”.*
- (§ 1 ust. 3 wzoru umowy) *Przedmiot umowy obejmuje: a. dostawę urządzeń: o wymaganych parametrach technicznych opisanych w formularzu stanowiącym Załącznik Nr 1 do Umowy.*
- (rozdział III pkt 8.3) *Wykonawca zobowiązany jest do dostawy urządzeń identycznych z zaproponowanymi w ofercie.*

GE, choć w złożonym według wzoru z załącznika nr 1.1. do SIWZ „Opisie przedmiotu zamówienia” zadeklarowało odpowiedź „TAK” w lp. 24, 54, 55 i 68 odnoszących się do parametrów centrali monitorującej, nigdzie w ofercie nie sprecyzowało producenta, modelu, kraju pochodzenia i roku produkcji dla tego wyrobu medycznego, tak jak uczyniło to w odniesieniu do oferowanych kardiomonitorów („Monitor pacjenta B125”, wyprodukowany w USA w 2019 r. przez GE Medical Systems Information Technologies, Inc.).

Na rynku dostępnych jest szereg urządzeń, które spełniają parametry i kryteria,

których spełnienie zadeklarowało GE.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, że wbrew przywołanym powyżej postanowieniom SIWZ GE nie sprecyzowało swojej oferty w odniesieniu do producenta, modelu, kraju pochodzenia i roku produkcji centrali monitorującej, co pozbawia Zamawiającego możliwości zidentyfikowania oferowanego sprzętu, a w konsekwencji jego weryfikacji pod kątem spełniania zadeklarowanych parametrów oraz sprawdzenia wywiązywania się przez wykonawcę z umowy w tym aspekcie, a wykonawcy pozostawia niedopuszczalną możliwość precyzowania oferty po upływie terminu na jej złożenie.

{ad pkt 2. listy zarzutów – pkt III uzasadnienia}

Odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności faktyczne:

Zarówno za spełnianie parametru z pkt 62., jak i pkt 65. można było uzyskać po 5 pkt, a w razie ich niespełniania – 0 pkt.

Zamawiający nie wskazał, ale jednocześnie nie wykluczył, żadnego technicznego sposobu realizacji tych (przywołanych powyżej) funkcjonalności monitorów. W szczególności SIWZ nie wymaga zrealizowania ich za pomocą rozbudowania monitora o określone urządzenie pamięci (np. dysku SSD, dysku twardego, pendrive, pamięci flash itp.) fizycznie wbudowane wewnątrz obudowy monitora. Oznacza to, że Zamawiający dopuścił zrealizowanie tej funkcjonalności przez monitor dzięki korzystaniu za pośrednictwem opcji programowej z zasobów pamięci zewnętrznej centrali monitorującej, która wraz z monitorami stanowi integralny przedmiot tego zamówienia.

Odwołujący potwierdził spełnianie powyżej przywołanych parametrów przez wskazanie w następujący sposób dodatkowej funkcjonalności zaoferowanych kardiomonitorów Philips IntelliVue MX500:

- (pkt 62.) *TAK, Monitor wyposażony w pamięć 200 zdarzeń alarmowych i zapisywanych ręcznie, zawierających wycinki 4 krzywych dynamicznych. Funkcja realizowana dzięki rozbudowie kardiomonitora o opcję CP5 Access, która umożliwi dostęp do poglądu 200 lub więcej zdarzeń alarmowych i zapisywanych ręcznie (do 4 krzywych dynamicznych).*

- (pkt 65.) *TAK, Możliwość rozbudowy monitora o funkcję pamięci pełnych przebiegów krzywych dynamicznych – Full Disclosure. Funkcja realizowana dzięki rozbudowie kardiomonitora o opcję CP5 Access, która umożliwi dostęp do poglądu krzywych full disclosure.*

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie miał podstaw, aby nie przyznać ofercie Odwołującego, w której zadeklarowano spełnianie tych funkcjonalności

przez oferowany typ monitora dzięki jego rozbudowie za pośrednictwem opcji programowej „CP5 Access” z zasobów pamięci oferowanej również w pakiecie centrali monitorującej.

Zamawiający poinformował Izbę, że 17 czerwca 2019 r. przekazał kopię odwołania drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom.

19 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

W piśmie z 1 lipca 2019 r. Przystępujący przedstawił w szczególności następującą argumentację.

{ad pkt 1. listy zarzutów oraz pkt II uzasadnienia}

Według Przystępującego z przywołanego w odwołaniu postanowienia zawartego w rozdziale VI pkt 1.3. SIWZ nie wynika bezwzględny obowiązek podania producenta, modelu, kraju pochodzenia i roku produkcji centrali monitorującej, gdyż dopuszczone zostało aby opis zawierał istotne elementy będące przedmiotem przyszłej umowy tj. nazwy bądź inne wyczerpujące dane techniczne wymagane i wskazane przez Zamawiającego w odpowiednich miejscach opisu oferowanego sprzętu. Przystępujący wywiódł, że kluczowe znaczenie ma możliwość stwierdzenia zgodności oferowanego wyrobu z wymaganiami technicznymi, a nie nazwa oferowanego urządzenia.

Zdaniem Przystępującego również z tabeli zamieszczonej w załączniku nr 1.1., opatrzonej nagłówkiem „Cz. Nr 1 – Kardiomonitorzy 12 szt.”, gdzie lp. od 1. do 4. odnoszą się kolejno do producenta, modelu, kraju pochodzenia i roku produkcji, których podania wymagano, nie wynika, że wymagano podania nazwy centrali. Natomiast w ramach opisu kardiomonitorów zawartego w załączniku nr 1.1. do SIWZ znajdują się wymagania, których spełnienie wiązało się z koniecznością zaoferowania dodatkowych urządzeń, również będących wyrobami medycznymi, w tym centrali monitorującej, wskazanej w pkt 54. *[Stanowisko do zdalnego podglądu i obsługi 12 kardiomonitorów z możliwością rozbudowy*

do min. 16 takich stanowisk. Prezentacja danych na 2 ekranach o przekątnej min. 21,5" lub jednym ekranie min. 40". Ekran dotykowe, certyfikowane jako wyroby medyczne. Interaktywna komunikacja stanowiska z kardiomonitorem (min. wyciszenie i regulacja granic alarmów). Stanowisko wyposażone w laserową drukarkę sieciową A4 oraz zasilanie awaryjne typu UPS] i 55. [Opisana powyżej centrala monitorująca umożliwia podgląd oferowanych monitorów, a także innych: najwyższej klasy monitorów modułowych z modułem transportowym tego samego producenta], gdzie należało potwierdzić słowem „TAK” spełnienie tych wymagań.

Niezależnie pod powyższego Przystępujący podniósł, że zaoferowane przez niego Monitory Pacjenta B125 współpracują tylko z jedną centralą, która posiada cechy wyspecyfikowane w pkt 54 i 55, tj. CARESCAPE Central Station v2 (dostępnej w wariantach komputera biurkowego oraz komputera typu All-in-One, wbudowanego w ekran dotykowy klasy medycznej). Przystępujący oświadczył, że był i jest gotowy to potwierdzić w każdej chwili, jeśli byłyby co do tego jakiegokolwiek wątpliwości.

{ad pkt 2. listy zarzutów oraz pkt III uzasadnienia}

Według Odwołującego brzmienie pkt 62. i 65. wskazuje, że Zamawiający premiował monitory o określonych cechach fizycznych (posiadające pamięć określonych zdarzeń), precyzując wymagania techniczne, a nie funkcjonalne. Zamawiający nie wskazał, że chodzi mu o monitor, na którym może być wyświetlone min. 200 zdarzeń alarmowych czy przebieg krzywych dynamicznych (niezależnie od tego, gdzie są zapisane), co byłoby opisem o charakterze funkcjonalnym. Zamawiający określił, że zależy mu na możliwości zapamiętywania przez monitor pewnych informacji. Natomiast centrala jest niezależnym urządzeniem, które ma się komunikować z kardiomonitorem, ale wcale nie warunkuje ich prawidłowej pracy. W przypadku awarii centrali lub sieci, która łączy ją z monitorami, nie będą one zapamiętywać tych zdarzeń ani odtwarzać tego, co wcześniej zostało zapisane w pamięci centrali. To jest właśnie obiektywna zaleta monitorów wyposażonych w pamięć, o której mowa w pkt 62. i 65. zał. nr 1.1. do SIWZ.

Przystępujący stwierdził, że w rozwiązaniu opisanym w ofercie Odwołującego mamy do czynienia nie z pamięcią monitora, lecz odpowiednio: w pkt 62. – możliwością dostępu do poglądu 200 lub więcej zdarzeń alarmowych i zapisywanych ręcznie (do 4 krzywych dynamicznych), w pkt 65. – możliwością dostępu do poglądu krzywych full disclosure. Przystępujący nadmienił, że dokumentacja oferowanych przez Viridian monitorów firmy Philips – zarówno instrukcja obsługi, jak i prospekty techniczne – dowodzi, że kardiomonitory

MX500, wyposażone w opcje Advanced Event Surveillance (C07) lub Neonatal Event Review (C04), mogą przechowywać nie więcej niż 50 zdarzeń. Opcja programowa „CP5 Access” wcale nie rozszerza pamięci monitora do wymaganego w pkt 62. poziomie, lecz *umożliwia dostęp do podglądu 200 lub więcej zdarzeń alarmowych (...)* Analogicznie w przypadku pkt 65 opcja programowa „CP5 Access” nie umożliwia rozbudowy monitora o wymaganą pamięć pełnych przebiegów krzywych dynamicznych, lecz *umożliwi dostęp do podglądu krzywych full disclosure.*

Powyższe według Przystępującego potwierdzają dodatkowo wyjaśnienia Vjridian z 20 maja 2019 r. złożone na wezwanie Zamawiającego, a w szczególności dołączone do nich zrzuty z ekranu.

Zdaniem Przystępującego potwierdzeniem, że pamięci monitora nie można było utożsamiać z pamięcią, czy ogólnie właściwościami centrali są również wyjaśnienia treści SIWZ z 16 kwietnia 2019 r. gdzie na pytanie nr 9 pytanie nr 9: *Ad pkt 65 – Wnosimy o wykreślenie tej funkcjonalności z parametrów punktowanych jako bezzasadne z uwagi na zamawiane przez Zamawiającego stanowisko zdalnego podglądu, które zawsze jest wyposażone w taką funkcjonalność i do tego celu jest stworzone? – Zamawiający odpowiedział: Zgodnie z SIWZ.* Pytający nie miał wątpliwości, że realizacja funkcjonalności za pośrednictwem centrali nie stanowi potwierdzenia wymogu z pkt 65. Zarazem Zamawiający, podtrzymując postanowienia SIWZ, dał wyraz temu, że realizacja opcji dzięki centrali nie jest tożsama z pamięcią monitora.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 26 czerwca 2019 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Przystępujący na posiedzeniu zgłosił do protokołu sprzeciw co do tej czynności procesowej Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty GE zostało złożone z przekroczeniem zawitego terminu na jego wniesienie, gdyż Odwołujący powinien był i mógł podnieść te zarzuty, gdy jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Zdaniem składu orzekającego Izby wykonawca, którego oferta została wybrana nie musi skarżyć zaniechania odrzucenia oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu. Nie do zaakceptowania jest taka interpretacja przepisów ustawy pzp, że potencjalnie wybrany wykonawca, aby zabezpieczyć wybór swojej oferty, musi dodatkowo ponieść koszty przegranego postępowania odwoławczego przeciwko wykonawcy sklasyfikowanemu na drugim miejscu. Z uwagi na to, że odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli naruszenie przepisów ustawy pzp miało wpływ na wynik postępowania, niezależnie od zasadności zarzutów odwołania wniesionego przez takiego wykonawcę podlega ono oddaleniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, na skutek wniesionego sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania w całości, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę pierwotnie sklasyfikowaną na pierwszym miejscu, a przy ostatecznej ocenie ofert – na drugim miejscu. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, zarówno dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jak i zaniżenia punktacji oferty Odwołującego, gdyż każde z tych naruszeń uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. listy zarzutów oraz pkt II uzasadnienia odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie przywołano mające znaczenie postanowienia s.i.w.z., więc nie ma potrzeby ich powtarzania, skoro zostały już przytoczone powyżej przy okazji relacjonowania treści odwołania.

Wynika z nich, że Zamawiający wymagał złożenia jako treści oferty załącznika nr 1.1. do s.i.w.z. wypełnionego przez wykonawcę opisem zawierającym istotne elementy będące przedmiotem przyszłej umowy, polegającym na podaniu dla oferowanego sprzętu medycznego jego nazwy bądź wyczerpujących danych technicznych w zakresie odpowiadającym szczegółowości opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby umożliwiło to Zamawiającemu identyfikację konkretnie oferowanego przedmiotu w celu weryfikacji jego zgodności z parametrami opisu przedmiotu zamówienia (patrz pkt 1.3. rozdziału VI s.i.w.z.). Wymaganie to koreluje z postanowieniem umowy, które przewiduje wpisanie do jej treści nazwy urządzeń (patrz § 1 ust. 3), a także umożliwia egzekwowanie przez Zamawiającego wywiązania się przez wykonawcę ze zobowiązania do dostawy urządzeń identycznych z zaproponowanymi w ofercie (patrz pkt 8.3. rozdziału III s.i.w.z.). W tym celu w tabeli zamieszczonej w załączniku nr 1.1. do s.i.w.z. na początku zamieszczono wiersze przeznaczone na wpisanie kolejno producenta, modelu, kraju pochodzenia i roku produkcji oferowanych w danej części zamówienia wyrobów medycznych, którymi w przypadku części nr 1 są nie tylko kardiomonitorry wskazane w nazwie tej części zamówienia, ale i obsługująca je centrala monitorująca.

Wbrew temu, co twierdził Przystępujący, samo potwierdzenie spełniania parametrów opisanych w pkt 54. i 55. załącznika nr 1.1. do s.i.w.z. nie pozwala na identyfikację zaoferowanej centrali monitorującej, gdyż w opisie podanym przez Zamawiającego część parametrów została określona jako minimalne lub alternatywne względem siebie (2 ekrany o przekątnej min. 21,5" lub jednym ekranie min. 40"). Wreszcie co do zasady trafnie podniósł i wykazał na rozprawie Odwołujący, że tak ogólnie opisane dla centrali monitorującej parametry może spełniać wiele urządzeń różnych producentów (patrz wydruki złożone na rozprawie).

Jednakże Odwołujący nie zaprzeczył, a w każdym razie nie był w stanie podważyć dowodowo twierdzenia Przystępującego, że zaoferowane przez niego Monitory Pacjenta B125 marki GE współpracują tylko z jedną centralą marki GE, która posiada cechy wyspecyfikowane w pkt 54. i 55., tj. CARESCAPE Central Station v2 (dostępnej w wariacie komputera biurkowego oraz komputera typu All-in-One, wbudowanego w ekran dotykowy klasy medycznej).

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zarzut odwołania jest niezasadny z następujących powodów.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta

i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, typu lub modelu oferowanych urządzeń, jak w tym postępowaniu).

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również jednoznaczne uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją (zwykle opisem przedmiotu zamówienia) zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

O ile w odwołaniu trafnie podniesiono, że oferta GE nie została dostatecznie sprecyzowana w odniesieniu do centrali monitorującej, gdyż nie podano ani jej nazwy, ani konkretnych parametrów, jakimi się cechuje, o tyle nie jest to wystarczające, aby przesądzić, że oferta GE podlega definitywnemu odrzuceniu, czego stwierdzenia domagał się Odwołujący. Zupełnie poza zakresem odwołania pozostała kwestia wykazania, że w tym przypadku nie może znaleźć zastosowania procedura z art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, która nie wyklucza również uprzedniego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Specyfika tego przypadku jest taka, że oferta GE nie została sprecyzowana w odniesieniu do centrali monitorującej, która nie jest samoistnym przedmiotem w tej części zamówienia, a dodatkowym w stosunku do kardiomonitatorów, z którym ma współpracować. W konsekwencji nie można z góry wykluczyć – w razie potwierdzenia się, że sprecyzowane w ofercie GE kardiomonitory współpracowały na upływ terminu składania ofert wyłącznie z jednym, konkretnym typem centrali monitorującej – możliwości poprawienia załącznika nr 1.1. do s.i.w.z. złożonego przez GE, polegającego na wpisaniu nazwy i innych danych

identyfikujących to urządzenie.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2. listy zarzutów oraz pkt III uzasadnienia odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie przywołano brzmienie parametrów określonych w pkt 62. i 65. załącznika nr 1.1. s.i.w.z. dla kardiomonitora (a także brzmienie treści oferty Viridian w tych punktach), a w piśmie Przystępującego to samo uczyniono w stosunku do parametrów opisu przedmiotu zamówienia określonych w pkt 54. i 55. dla centrali monitorującej, więc nie ma potrzeby ich powtarzania, skoro zostały już przytoczone powyżej przy okazji relacjonowania treści odwołania i pisma.

Istotne jest, że w szczególności z tych postanowień, a także z całości zawartego w załączniku nr 1.1. do s.i.w.z. opisu części I zamówienia, wynika, że jej przedmiotem jest system monitorowania pacjentów składający się z 12 kardiomonitorów podłączonych do centrali monitorującej, która dodatkowo w opcji ma mieć możliwość rozbudowy tego systemu: o co najmniej kolejne 4 monitory (pkt 54.) oraz o funkcję podglądu parametrów życiowych pacjentów na komputerach PC podłączonych do sieci szpitalnej (pkt 56.).

Ponadto według pkt 55. centrala monitorująca ma umożliwić podgląd oferowanych monitorów (a także innych najwyższej klasy monitorów modułowych z modułem transportowym tego samego producenta).

Stąd istotą parametrów określonych w pkt 62. i 65. dla kardiomonitorów jest możliwość zapisania w pamięci dla każdego z nich odrębnie zdarzeń alarmowych i wprowadzonych ręcznie (pkt 62.) czy pełnych przebiegów krzywych dynamicznych (pkt 65.), aby je można było później przeglądać na danym monitorze, a nie to, gdzie fizycznie nośnik tej pamięci został zamontowany – w obudowie kardiomonitora czy centrali monitorującej.

Opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie ma charakter funkcjonalny, polegający na wskazaniu, jakich funkcji oczekuje Zamawiający w stosunku do danego elementu systemu monitoringu pacjentów. Z opisem technicznym mielibyśmy do czynienia, gdyby wprost określono, że monitor ma być wyposażony w nośnik pamięci o określonej pojemności. W tym przypadku Zamawiający wymaga natomiast, aby monitory zapewniały możliwość zapisania i odczytania określonej liczby zdarzeń lub pełnych krzywych dynamicznych.

Wbrew odmiennemu stanowisku Przystępującego z przywołanych przez niego wyjaśnień treści s.i.w.z. nic konkretnego nie wynika, gdyż Zamawiający nie ustosunkował się

konkretnie do treści pytania, odmawiając *de facto* dokonania wykładni autentycznej treści s.i.w.z. w odniesieniu do zagadnienia zgłoszonego przez wykonawcę.

Wreszcie należy zauważyć, że skoro zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie można Zamawiającemu przypisywać, że opisał parametry kardiomonitorów w taki sposób, że dopuścił tylko urządzenia jednego producenta (GE) kosztem innego (Philips), choć oba mogą zapewnić oczekiwane dla monitoringu pacjenta funkcjonalności.

Zamawiający dokonał oceny oferty Viridian w zakresie pkt 62. i 65. niezgodnie z jej treścią, gdyż nie przyznał pkt za te funkcjonalności, które zostały potwierdzone wraz ze sprecyzowaniem, w jaki sposób zostaną osiągnięte.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty odwołania są zasadne.

Art. 91 ust. 1 pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym zgodnie z art. 91 ust. 2 pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności, jak wskazano w pkt 1, jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne. Z kolei według art. 91 ust. 2d pzp zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców

Skoro Zamawiający ocenił ofertę Viridian niezgodnie z kryterium, które określił w s.i.w.z., pomijając treść tej oferty w tych punktach, a także nie uwzględniając udzielonych wyjaśnień, doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 pzp.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3. i 4. listy zarzutów}

Ponieważ zarzuty te mają charakter niesamoistny, gdyż opierają się na tych samych okolicznościach faktycznych co poprzednie zarzuty, należy uznać, że:

- doszło do naruszenia art. 7 ust. 3 pzp, skoro została wybrana inna oferta, niż gdyby nie doszło do naruszenia art. 91 ust.1 pzp;
- nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, gdyż w odwołaniu nie sprecyzowano, na czym miałyby polegać nierówne traktowanie lub niezachowanie uczciwej konkurencji przez

Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z 186 ust. 6. pkt 3 lit. a oraz b ustawy pzp. ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponieważ odwołanie okazało się zasadne w połowie, zgodnie z takim wynikiem postępowania odwoławczego Odwołujący i Przystępujący zostali obciążeni jego kosztami, na które złożył się wpis oraz uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, potwierdzone stosownymi rachunkami, oraz, przy zastosowaniu § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia, połowa uzasadnionych i potwierdzonych rachunkami kosztów Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Przewodniczący: