

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kosmed” S. O. z siedzibą w Kielcach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach**

przy udziale wykonawcy **Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1,**
2. **oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 2,**
3. **kosztami postępowania obciąża S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kosmed” S. O. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kosmed” S. O. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od

dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę różnego sprzętu medycznego w ramach projektu pn. Rozbudowa i doposażenie na potrzeby Kliniki Kardiologii Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 marca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 056-140776. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kosmed” S. O. wniósł odwołanie w zakresie pakietu 2. „Mobilny cyfrowy aparat RTG – ramię C”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione przyznanie punktacji w sytuacji, w której z treści załącznika nr 2b do specyfikacji warunków zamówienia oraz wyjaśnień złożonych przez Siemens Healthcare Sp. z o.o., zwanego dalej „Przystępującym” z 2 czerwca 2021 r. jednoznacznie wynika, że zaoferowane urządzenie medyczne nie posiada funkcjonalności opisanej w punkcie II.11 załącznika 2b do specyfikacji warunków zamówienia oraz polegające na dokonaniu niedopuszczalnej wykładni oferty w świetle jej treści w zakresie punktu IV.3 załącznika 2b do specyfikacji warunków zamówienia, czego konsekwencją było dokonanie wyboru oferty zamiast jej odrzucenia, jako że treść złożonej przez Przystępującego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której z treści załącznika nr 2b do specyfikacji warunków zamówienia oraz wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w toku postępowania jednoznacznie wynika, że zaoferowane urządzenie medyczne nie posiada funkcjonalności opisanej w punkcie IV.3 załącznika 2b do specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenie oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że po zapoznaniu się z treścią oferty Przystępującego wysłał do Zamawiającego pismo z informacją, że parametry techniczne zaoferowanego aparatu RTG producenta Siemens Healthcare GmbH model Cios Alpha są niezgodne z wymaganiami granicznymi określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, w szczególności w załączniku 2b „Opis przedmiotu zamówienia (wymagane parametry techniczno-funkcjonalne)”, a także Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd podając w ofercie nieprawdziwe informacje dotyczące posiadania przez zaoferowany aparat Cios Alpha parametrów/funkcjonalności premiowanych przez Zamawiającego.

Przystępujący przedłożył Zamawiającemu pismo z 2 czerwca 2021 r., w którym, niezgodnie ze stanem faktycznym, oświadczył, że w przedmiotowym postępowaniu zaoferował aparat RTG posiadający funkcjonalność opisaną w punkcie II.11 załącznika 2b, którą Zamawiający premiuje 10 punktami oraz opisany w punkcie IV.3 załącznika 2b warunek graniczny.

Zamawiający opublikował „Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej”, z której wynika, iż w zakresie pakietu nr 2 wybrał ofertę złożoną przez Przystępującego, której w kryterium „ocena techniczna” przyznał 10 punktów.

Zarzut 1. – dotyczy bezpodstawnego przyznania punktacji za funkcjonalność opisaną w punkcie II.11 załącznika 2b do specyfikacji warunków zamówienia: w punkcie tym Przystępujący podał cztery poziomy dawki, jednakże nie potwierdził posiadania czterech dawek zgodnych z opisem dokonany przez Zamawiającego. W punkcie tym Zamawiający wymagał funkcji redukcji poziomu i dawki promieniowania w trybie fluoroskopii, cztery poziomy: low (niska), normalna, medium (średnia), high (wysoka), za odpowiedź „tak” miał przyznać 10 pkt, a za odpowiedź „nie” 0 pkt. Przystępujący wskazał: „TAK, cztery poziomy: niski, średni, wysoki, high level”. Przystępujący podał więc cztery dawki, jednakże pominął wymaganą dawkę „normalna”. Ponadto wprowadził Zamawiającego w błąd co do czwartego poziomu dawki, poprzez udzielenie odpowiedzi „TAK” na jasno opisane wymaganie, podając świadomie wartości, które nie spełniają oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający wprost wymagał zaoferowania czterech konkretnych poziomów dawki, natomiast z treści dokumentów, które Przystępujący przedłożył w ofercie, jasno wynika, że zaoferowany aparat Cios Alpha posiada tylko trzy poziomy dawki: niski (low), średni (medium) i wysoki (high). Użytkownik może swobodnie przełączać tylko pomiędzy tymi trzema poziomami dawki. „High level” nie jest dodatkowym (czwartym) poziomem redukcji poziomu dawki promieniowania w trybie fluoroskopii, a tylko informacją (ostrzeżeniem/alarmem) dla użytkownika o tym, że została przekroczona maksymalna dawka na skórę przy poziomie dawki „high” (wysoka), co potwierdza wyciąg z instrukcji obsługi aparatu. Przedstawiona w wyjaśnieniach z 2 czerwca 2021 r. tabela „wycinek

instrukcji prezentującej wartości dawek w przypadku programu interwencyjnego” dotyczy dawki promieniowania w trybie radiografii oraz detektora w rozmiarze 20x20. Przystępujący, zgodnie z informacją podaną w ofercie (dział IV, punkt 1 tabeli z załącznika nr 2b) zaoferował aparat z detektorem w rozmiarze 30x30.

Zgodnie z powyższym w punkcie II.11 załącznika nr 2b Przystępujący powinien otrzymać 0 punktów, ponieważ aparat Cios Alpha nie posiada funkcjonalności premiowanej przez Zamawiającego.

Zarzut 2. – dotyczy naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy niezgodności oferty Przystępującego z treścią specyfikacji warunków zamówienia w zakresie punktu IV.3 załącznika 2b.

Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 7 z 22 kwietnia 2021 r. w punkcie IV.3 Zamawiający wymagał: „Obraz z detektora wyświetlany na monitorach jako prostokątny, nieprzycinany (dopuszczone jest jedynie przycięcie do koła przez przesłonę typu Irys w trakcie obrotu obrazu)”. Był to wymóg graniczny, którego niespełnienie powinno skutkować odrzuceniem oferty. W punkcie tym, w kolumnie: „Odpowiedź Wykonawcy: podać parametry oferowane” Przystępujący potwierdził, że zaoferowany aparat Cios Alpha posiada wymaganą funkcję.

Zamawiający w toku postępowania udzielił jednoznacznej odpowiedzi na pytanie nr 7 z 22 kwietnia 2021 r. oraz zmodyfikował treść brzmienia parametru w taki sposób, że wymaga dostarczenia rozwiązania, w którym obraz z detektora wyświetlany jest na monitorach jako prostokątny, nieprzycinany (dopuszczone jest jedynie przycięcie do koła przez przesłonę typu Irys w trakcie obrotu obrazu). Z załączonego do oferty Przystępującego pliku „Obrót obrazu – strona z broszury-sig” wynika, że system Siemens Cios Alpha nie spełnia powyższego (granicznego) wymogu. Zaoferowane rozwiązanie nie przycina obrazu do koła w trakcie jego obrotu, lecz podczas obrotu obraz przycinany jest do wielokąta nieforemnego, czego Zamawiający nie dopuszczał i nie wyspecyfikował w załączniku nr 2b. Zamawiający w sposób precyzyjny i jednoznaczny opisał w granicznym wymogu tego parametru konwencjonalny system z ramieniem C, co stoi w sprzeczności z zaoferowanym przez Przystępującego rozwiązaniem. Zamawiający w punkcie IV.3 klarownie opisał wymóg dostarczenia aparatu wyposażonego w rozwiązanie konwencjonalne jedynie z przycinaniem obrazu do koła przez przesłonę typu Irys w trakcie obrotu obrazu. W treści wyjaśnień z 2 czerwca 2021 r. Przystępujący nie przedstawił, w jaki sposób w zaoferowanym aparacie Cios Alpha jest przycinany obraz w trakcie obrotu obrazu.

Jednoznaczna treść opisu tego parametru wskazuje, że obraz powinien być wyświetlany na monitorze jako prostokątny, nieprzycinany, natomiast gdy użytkownik chce obrócić obraz, dopuszczone jest jedynie przycięcie do koła przez przesłonę typu Irys w trakcie obrotu

obrazu. Zamawiający jasno określił, że przycięcie jest dopuszczone jedynie do koła przez przesłonę typu Irys, a każdy inny sposób przycięcia obrazu jest niedopuszczony. Zamawiający również nie wyklucza rozwiązania, w którym obraz podczas obrotu pozostaje prostokątny i nieprzycięty. Oferowane rozwiązanie Przystępującego posiada obraz przycięty do wielokąta foremnego podczas obrotu obrazu, co zostało potwierdzone w dokumentacji złożonej wraz z ofertą. Opis parametru należy rozumieć jako całość, co oznacza, że brzmienie zapisu powinno być rozpatrywane łącznie, a nie, jak to przedstawił to Przystępujący w treści wyjaśnień z 2 czerwca 2021 r., rozłącznie i alternatywnie. Niespełnienie któregokolwiek z elementów parametru winno skutkować odrzuceniem oferty. Przycięcie obrazu w trakcie jego obrotu musi odbywać się zgodnie z opisem parametru, tj. dopuszczalne jest jedynie przycięcie do koła.

Takie rozumienie opisu parametru przez Zamawiającego znajduje potwierdzenie w jego jednoznacznej treści. Pierwotnie parametr został określony w następujący sposób: „Obraz z detektora wyświetlany na monitorach jako prostokątny (nie ograniczony do koła lub przycinany)”. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 7 treść parametru została zmieniona na obecną. Porównując obecne brzmienie z pierwotną treścią opisu parametru nie ulega wątpliwości, że Zamawiający złagodził restrykcyjny wymóg, by w każdej fazie obrazowania (bez obrotu i podczas obrotu) obraz był zawsze prostokątny, nieprzycinany. Takiego wymogu nie mógłby obecnie spełnić żaden wykonawca, gdyż podczas obrotu zawsze występuje przycięcie obrazu. Niemniej jednak Zamawiający całkowicie nie zrezygnował z ograniczenia w określeniu, jaki kształt ma mieć obraz na monitorze podczas obrotu obrazu. Gdyby Zamawiający rozumiał opis tego parametru jako alternatywę łączną „lub”, czyli że spełnienie wymogu opisanego w parametrze ma miejsce już wtedy, gdy obraz z detektora wyświetlany na monitorach ma kształt prostokątny, nieprzycinany, a w przypadku obrotu obrazu może on przybrać dowolny kształt (koła, wielokąta), pozostawiłby jedynie opis parametru: „Obraz z detektora wyświetlany na monitorach jako prostokątny, nieprzycinany”, ewentualnie sformułowałby opis w formie alternatywnej, czyli „Obraz z detektora wyświetlany na monitorach jako prostokątny, nieprzycinany lub obraz z detektora przycinany do koła przez przesłonę typu Irys w trakcie obrotu obrazu”. Takiej wykładni opisu parametru, którą narzuca Przystępujący w wyjaśnieniach, a którą bezpodstawnie przyjął Zamawiający, przeczy literalne brzmienie treści opisu parametru. Przekonuje o tym dodanie w opisie parametru wyrazów „dopuszczone jest jedynie”, które, po pierwsze, oznacza, że dla Zamawiającego jest relewantne, jak obraz będzie wyświetlany na monitorze w czasie obrotu obrazu, a po drugie, że taki obraz może być wyłącznie przycinany do koła.

Wymóg przycięcia do koła przez przesłonę typu Irys w trakcie obrotu obrazu posiada również uzasadnienie kliniczne, ponieważ podczas przycięcia obrazu do koła pacjent otrzymuje niższą dawkę promieniowania niż w aparacie nie posiadającym tej funkcjonalności.

Zatem oferta Przystępującego we wskazanym zakresie jest niezgodna z wymogami granicznymi określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona.

Art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Powyższy przepis stanowi odpowiednik art. 89 ust. 1 pkt 2 uchylonej ustawy Prawo zamówień publicznych. Aktualne pozostaje zatem stanowisko doktryny i orzecznictwa wyrażone na gruncie uchylonego przepisu, dotyczące wykładni pojęcia „niezgodności”. Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały określone w specyfikacji warunków zamówienia. Opisana niezgodność pomiędzy treścią oferty Przystępującego a treścią specyfikacji warunków zamówienia ma taki właśnie charakter, tj. dotyczy wymagań merytorycznych, wprost wynikających z jednoznacznych w swej treści, wiążących wykonawców wymogów specyfikacji.

Tym samym doszło również do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż sytuacja, w której Zamawiający na równi traktuje oferty, które winny zostać odrzucone, jak i oferty sporządzone w sposób prawidłowy, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

II Stanowisko Zamawiającego

Podczas posiedzenia Zamawiający oświadczył, iż uwzględni odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 1, tj. nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego w zakresie punktu II.11 oraz wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2, tj. niezgodności ze specyfikacją warunków zamówienia w punkcie IV.3 formularza 2b. Zamawiający nie przedstawił pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Podczas rozprawy Zamawiający wskazał, iż tak musi skonstruować specyfikację warunków zamówienia, by nie ograniczać konkurencji. Odwołanie firmy Philips (sygn. KIO 1014/21) zawierało informacje o ograniczeniu dawki promieniowania, ale modyfikacja specyfikacji warunków zamówienia nastąpiła, by rozszerzyć konkurencję, gdyż zarzutem odwołania KIO 1014/21 było ograniczenie konkurencji.

Oczywiste jest, że obrót figury prostokąta naturalnie skutkuje jej przycięciem. Zamawiającemu chodziło o to, by obraz nie był przycinany, czyli modyfikowany w zakresie wielkości, tj. pomniejszany. Obraz w postaci koła jest mniejszy niż w postaci wielokąta, jak wynika to z rysunku na str. 8 odwołania. Zamawiający w pierwotnej wersji zakazał

ograniczenia obrazu do koła lub przycinania, a na skutek odwołania firmy Philips dopuścił koło. Jednak jego intencją było rozszerzenie konkurencji, natomiast Odwołujący szuka możliwości nadinterpretacji wymogu, która nie była intencją Zamawiającego.

Na pytanie Przewodniczącej, czy są aparaty, które obracając prostokąt zachowują całość figury, ale pomniejszają obraz, stwierdził, iż nie miał takiej wiedzy, ale rynek jest dynamiczny i któryś z producentów mógł taki aparat wprowadzić. Jego intencją było wyeliminowanie takiej opcji.

Zamawiający nie precyzował obrotu obrazów. Obecnie obrót o 360 stopni jest standardowy, było mu obojętne, czy będzie to skokowo, czy płynnie o pojedyncze stopnie.

III Stanowisko przystępującego Siemens Healthcare Sp. z o.o.

Przystępujący oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu w zakresie uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu nr 1, gdyż nie ma to wpływu na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu nr 2 stwierdził, że treść wymagania Zamawiającego dotycząca prezentacji obrazów z aparatu jest jednoznaczna – wymóg podstawowy odnosi się do następującej funkcji: „obraz z detektora wyświetlany na monitorach jako prostokątny, nieprzycinany”. Zaoferowany przez Przystępującego aparat wyświetla obraz z detektora na monitorach jako prostokątny i nieprzycinany. W ten sposób spełniona jest wprost funkcja, jakiej oczekiwał Zamawiający. Odwołujący nie kwestionuje powyższego faktu i powiela fragment dokumentacji technicznej aparatu Siemens, w której wprost prezentowany jest obraz uzyskany z detektora jako prostokątny i nieprzycinany.

W trakcie postępowania Zamawiający dokładnie tą kwestię wyjaśniał w ofercie Przystępującego. Przystępujący wyjaśnieniami z 2 czerwca 2021 r. potwierdził jednoznacznie spełnienie wymagania zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia prezentując dodatkowo obraz, jaki jest uzyskiwany z detektora, spełniający wymogi Zamawiającego. W tej sytuacji nie ulega wątpliwości, że wymóg graniczny jest spełniony, co oznacza, że treść oferty jest zgodna ze specyfikacją warunków zamówienia.

Odwołujący w swojej argumentacji odnosi się do dopisku zawartego w nawiasie, który dotyczy wyłącznie sytuacji, gdyby jednak zaoferowany aparat nie umożliwiał uzyskania z detektora obrazu prostokątnego i nieprzycinanego. Ten przypadek nie odnosi się do Przystępującego, bowiem, jak wykazano, zaoferowany aparat wyświetla obraz jako prostokątny i nieprzycinany. Zamawiający jedynie dopuszczał przycięcie do koła przez przesłone typu Irys w trakcie obrotu obrazu w sytuacji, gdy takie przycięcie jest konieczne, a w przypadku, gdy obraz z detektora wyświetlany jest jako prostokątny, nieprzycinany, zastrzeżenie i dopuszczenie takiej możliwości jak podana w nawiasie nie odnosi się do takiego rozwiązania. W tej sytuacji oświadczenie zawarte w ofercie Przystępującego „Tak”

odnosi się do potwierdzenia podstawowego wymogu i funkcjonalności – zaoferowano bowiem aparat, w którym obraz z detektora jest wyświetlany na monitorach jako prostokątny, nieprzycinany. Przystępujący, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie oświadczył w ofercie, że oferuje aparat, który nie umożliwi wyświetlania obrazów prostokątnych i nieprzycinanych, a zatem nie dotyczy go dopuszczona w specyfikacji warunków zamówienia możliwość przycinania do koła za pomocą przesłony Irys.

Zmiana opisu w specyfikacji warunków zamówienia była skutkiem odwołania wniesionego przez firmy Philips oraz równoległego pytania nr 7 do specyfikacji warunków zamówienia. Odwołujący (Philips) wskazał: „Wnosimy o modyfikację wymogu jak poniżej, co umożliwi odwołującemu złożenie ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty (zmiana treści opisu parametru wyróżniona podkreśleniem): Obraz z detektora wyświetlany na monitorach jako prostokątny, nieprzycinany (dopuszczone jest jedynie przycięcie do koła przez przesłonę typu Irys w trakcie obrotu obrazu)”. Zatem zarówno pytanie, jak i odwołanie, zmierzały do otwarcia postępowania na konkurencję, a nie jej zawężenia. Dodatkowo to produkty firmy Philips miały nie spełniać wymagań, a nie Siemens. Dla Przystępującego treść wymagania była klarowna, a zaoferowany aparat spełniał i spełnia wymaganie, zarówno pierwotne jak i po modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia. Sporne wymaganie odnosi się wyłącznie do wyświetlania obrazu z detektora aparatu na monitorach, który spełnia wymaganie Zamawiającego.

Nawet w przypadku, gdyby dopisek w nawiasie czytać łącznie z poprzedzającym opisem podstawowym wymagania (z czym Przystępujący nie zgadza się), to zaoferowany aparat Siemens gwarantuje utrzymanie obrazu nawet po obrocie jako prostokątnego i nieprzycinanego, co potwierdzają załączone zdjęcia obrazów po obrocie. Specyfikacja nie wskazuje nawet w dopisku wartości kątowych, dla jakich wymóg nieprzycinania ma zastosowanie. Praktyka kliniczna potwierdza przy tym, że najpowszechniej są stosowane, z uwagi na konstrukcję aparatu z ramieniem C oraz ułożenie względem stołu z pacjentem, obroty obrazu jak na załączonych ilustracjach.

IV Stanowisko Izby

Zamawiający, przed otwarciem rozprawy, uwzględnił odwołane w części – w zakresie zarzutu nr 1, tj. nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego w punkcie II.11, a Przystępujący nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu nr 1.

Zgodnie z dyspozycją art. 522 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił

w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wobec powyższego oświadczenia Zamawiającego Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w części – w zakresie zarzutu nr 1, a Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec tego uwzględnienia, zatem, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie i orzekła jak w punkcie 1. sentencji.

Co do pozostałych zarzutów odwołania, tj. zarzutu nr 2 Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący przedmiotowego zarzutu (w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, w tym udzielonych wyjaśnień i modyfikacji jej treści, treść oferty Przystępującego i udzielonych przez niego wyjaśnień i złożonych dokumentów) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 16 pkt 1, art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 266 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Natomiast, jak wynika z art. 266 ustawy Prawo zamówień publicznych, do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Przepis art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi odpowiednik art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., tym samym aktualne pozostają poglądy orzecznictwa i piśmiennictwa w tym zakresie, wypracowane na gruncie dotychczasowych przepisów. Z kolei art. 266 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania w tym postępowaniu ze względu na fakt, że jego wartość przekracza progi unijne.

W zaoferowanym przez Przystępującego aparacie firmy Siemens obraz wyświetlany jest w postaci prostokąta (kwadratu lub prostokąta zbliżonego wymiarami do kwadratu), gdzie jedynie w pozycji 0, 90, 180 i 270 stopni obraz widoczny jest w całości.

W spornym postanowieniu specyfikacji warunków zamówienia – punkt IV.3 załącznika 2b do specyfikacji Zamawiający wymagał: „Obraz z detektora wyświetlany na monitorach jako prostokątny, nieprzycinany (dopuszczone jest jedynie przycięcie do koła przez przesłone typu Irys w trakcie obrotu obrazu)”. Wymóg ten zastąpił wymóg pierwotny o treści: „Obraz z detektora wyświetlany na monitorach jako prostokątny (nie ograniczony do koła lub przycinany”, w ramach odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 7 z 22 kwietnia 2021 r. oraz uwzględnienia odwołania wykonawcy Philips Polska Sp. z o.o., sygn. KIO 1014/21 i był powieleniem treści zaproponowanej przez tego wykonawcę.

Jak wyjaśnił podczas rozprawy Zamawiający, zmiana wymogu nastąpiła wobec zarzutu Philips Polska Sp. z o.o. ograniczenia konkurencji i w celu dopuszczenia do udziału w przetargu produktu tej firmy, którego konstrukcja powoduje przycięcie prostokątnego obrazu do koła w trakcie obrotu obrazu przez przesłone typu Irys.

Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił też, że celem spornego wymogu nie było to, aby obrazy prostokątne podczas obrotu były pomniejszane w celu zachowania pierwotnego kształtu – jest to funkcja wręcz niepożądana i nie jest praktykowana w rozwiązaniach. Oczywiście jest, że obrót figury prostokąta naturalnie skutkuje jej przycięciem. Zamawiającemu chodziło o to, by obraz nie był przycinany, czyli modyfikowany w zakresie

wielkości tj. pomniejszany. Również Odwołujący i Przystępujący potwierdzili, że nie ma aparatów mobilnych, które automatycznie pomniejszają obraz, aby zachować kształt prostokąta.

W ocenie Izby powyższe okoliczności mają istotne znaczenie dla interpretacji postanowienia punktu IV.3 załącznika 2b do specyfikacji warunków zamówienia.

Zgodnie z regułą wykładni oświadczeń woli wyrażoną w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Reguła ta odnosi się również do postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Przy czym pojęcia „okoliczności złożenia, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje” najczęściej można sprowadzić do stwierdzenia „zwykłego”, „normalnego”, ewentualnie „zwykłego profesjonalnego” rozumienia.

Zamawiający wymagał, aby obraz z detektora wyświetlany był na monitorach jako prostokątny (nie ograniczony do koła lub przycinany), a następnie wymóg ten zmienił na: „Obraz z detektora wyświetlany na monitorach jako prostokątny, nieprzycinany (dopuszczone jest jedynie przycięcie do koła przez przesłonę typu Irys w trakcie obrotu obrazu)”.

Rzeczywiście, w pierwotnej wersji Zamawiający w wymogu nie odnosił się wprost do sytuacji obracania obrazu, zatem w przypadku ewentualnego przyszłego sporu co do obrazu w momencie obrotu jego stanowisko było nieznane. Natomiast po zmianie wymogu – nawet jeśli niechący – do takiego obrotu się odniósł wskazując, że możliwe jest jedynie „przycięcie do koła przez przesłonę typu Irys” (niedopuszczalne więc nie tylko w stosunku do innych kształtów, ale nawet innymi metodami). Oczywiście jest natomiast, że, zgodnie z regułami geometrii, obraz prostokątny na prostokątnym ekranie się zmieni, gdyż długość przekątnej jest większa niż długość boku. Tym samym obraz albo będzie musiał być pomniejszony, albo nie zmieści się w całości na ekranie.

Przy czym Zamawiający wyraźnie wskazał podczas rozprawy, że jego intencją w formułowaniu wymogu nie było pomniejszanie obrazu w celu pozostawienia nienaruszonego kształtu prostokąta, było to nawet niepożądane. Intencję tę obiektywnie może potwierdzać fakt, że Strony i Przystępujący jednomyślnie przyznały, że takie rozwiązania w tego typu aparatach nie są stosowane. Wręcz przeciwnie, jak wskazał Zamawiający, jego intencją w formułowaniu tego wymogu było ograniczenie pomniejszania obrazu.

Z jednej więc strony Zamawiający, czy to formułując pierwotny, czy to zmieniając wymóg, nie przeanalizował geometrycznego zachowania prostokąta w trakcie obrotu, z drugiej zaś, godząc się na użycie opisu wymogu w kształcie zaproponowanym przez Philips Polska Sp.

z o.o. – z użyciem wskazania „jedynie” – chcąc rozszerzyć konkurencję, niechcący wpadł w pułapkę tego sformułowania, które, czytane literalnie, czy to celowo, czy nieświadomie, eliminowało inne rozwiązania niż z zastosowaniem przesłony Irys, czyli w praktyce prowadzonego przetargu *de facto* inne niż aparat Philips. Taka eliminacja, w ocenie Izby, naruszałaby reguły prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymienione w art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych i byłaby niedopuszczalna, w szczególności, że wynikała z takich okoliczności, jakie zaistniały w niniejszym postępowaniu, opisanych powyżej.

Dlatego też w interpretacji przedmiotowego wymogu należało zastosować regułę wykładni wskazaną w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, czyli okoliczności złożenia oświadczenia i rzeczywiste, w tym wypadku łatwe do ustalenia intencje Zamawiającego (o których mowa powyżej).

Dodatkowo, w opinii Izby, w przedmiotowym wymogu „obraz z detektora wyświetlany na monitorach jako prostokątny, nieprzycinany”, należy wziąć pod uwagę przede wszystkim znaczenie wymogu „nieprzycinany”. Przycinanie obrazu w zwykłym rozumieniu kojarzone jest z funkcją jego edycji – w taki sposób działają powszechnie stosowane oprogramowania do obróbki obrazu, w którym można „przyciąć” dany obraz, tj. pozbawić go jego części. I jest to inna funkcja oprogramowania niż sytuacja, w której oprogramowanie pomniejsza obraz, który nie mieści się w obszarze widoczności ekranu lub też nie pomniejsza obrazu, lecz nie jest on widoczny na ekranie w całości. Tymczasem, w przypadku obrazu w aparacie Siemens, zachodzi raczej ta druga sytuacja, tj. obraz nie jest przycinany, lecz – w przypadku gdy w danym momencie obrotu przekątna obrazu jest większa niż szerokość ekranu, obraz nie jest widoczny w całości. Jest to też sytuacja odmienna niż w aparacie Philips, w którym aparat – nawet jeśli nie przy użyciu oprogramowania, lecz fizycznie, za pomocą przesłony – „przycina” ten obraz, czyli pozbawia go jego fragmentu i nie jest to spowodowane krawędzią ekranu. Taka sytuacja, zdaniem Izby, odpowiada wymogowi Zamawiającego dotyczącemu „nieprzycinania” obrazu. W ocenie Izby to jedyna logiczna interpretacja wymogu Zamawiającego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w punkcie 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach

postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,

b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,

c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,

b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Zamawiający nie złożył żadnego wniosku kosztowego. W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych.

Przewodniczący: