

WYROK

z dnia 20 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 05.11.2018 r. przez wykonawcę **Medline Sp. z o.o., ul. Fabryczna 17, 65-410 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzką Stację Pogotowia Ratunkowego, ul. ks. R. Markwarta 7, 85-015 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy **Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp.k., ul. Żołny 11, 02-815 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny oferty przy przyjęciu, iż oferta odwołującego winna uzyskać dodatkowe 4 punkty z tytułu spełniania wymagania nr 38 Załącznika nr 2 do SIWZ
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
4. zasądza od zamawiającego Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego, ul. ks. R. Markwarta 7, 85-015 Bydgoszcz na rzecz odwołującego Medline Sp. z o.o., ul. Fabryczna 17, 65-410 Zielona Góra kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze orzeczenie- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Bydgoszczy ul. ks. R. Markwarta 7 85-015 Bydgoszcz, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zakup 20 defibrylatorów na potrzeby Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Bydgoszczy (znak sprawy: DOZP.240.7.2018)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2018/S 155-355020 z dnia 16.08.2018.

W dniu 25.10.2018r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania wraz z ogólną (łącznie) oceną punktową ofert. Unieważnienie postępowania było skutkiem tego, że cena oferty najwyższej ocenionej przez Zamawiającego przekraczała kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Od czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert oraz unieważniania postępowania odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca Medline Sp. z o.o., ul. Fabryczna 17, 65-410 Zielona Góra, zwany dalej „Odwołującym”.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) poprzez błędną ocenę oferty Odwołującej i w konsekwencji błędne ustalenie, która ze złożonych ofert jest ofertą najkorzystniejszą,
- 2) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w konsekwencji naruszenia wskazanego w punkcie 1).

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 25.10.2018r. oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i w jej konsekwencji przyznania ofercie Odwołującego punktów należnych z uwagi na parametry techniczne oferowanego defibrylatora, z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych w dniu 25.09.2018r.,

Na wstępie wykazywania zasadności podniesionych zarzutów podał, że wskutek błędnej, zaniżonej oceny parametrów technicznych oferty Odwołującej w świetle poza cenowych kryteriów oceny ofert - jakość 40%, oferta Odwołującej nie została uznana za najkorzystniejszą, co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego wyjaśnień Odwołującego co do błędnie ocenionych parametrów technicznych oferty, oferta Odwołującej musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co wobec faktu, iż oferta ta mieści się w kwocie, jaką Zamawiający może

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, doprowadziłoby do udzielenia zamówienia Odwołującemu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający opisał parametry dodatkowo oceniane, za które można było uzyskać dodatkowe punkty, które w ocenie końcowej przekładały się na wybór najkorzystniejszej oferty. Przy wyborze oferty Zamawiający kierował się następującymi kryteriami o znaczeniu (wadze):

- cena 60%
- kryteria poza cenowe - jakość 40%

Do powyższego opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy zadali pytania zgodnie z prawem Zamówień Publicznych, do których Zamawiający ustosunkował się w pismach z dnia 5 i 11 września 2018 roku. W dniu 20.09.2018 wpłynęła do Zamawiającego informacja firmy Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k., w której zarzucono ofercie Odwołującego niespełnienie wymagań zawartych w SIWZ przez zaoferowany sprzęt w szczególności w zakresie ocenianych parametrów technicznych, opisanych w poz. 18, 38 i 40 załącznika nr 2 do SIWZ.

Pismem z dnia 21.09.2018 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień co do treści złożonej oferty w celu ustosunkowania się do zarzutów firmy Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 25.09.2018 r. przedstawił stosowną argumentację, dając tym samym potwierdzenie spełnienia parametrów. W piśmie z dnia 12.10.2018 roku Zamawiający pozytywnie rozpatrzył wyjaśnienia Odwołującego, nie zgłaszając tym samym żadnych wątpliwości co do zasadności przyznania ofercie Odwołującej maksymalnej oceny w zakresie parametrów opisanych w poz. 18, 38 i 40 załącznika nr 2 do SIWZ.

W dniu 12 października 2018 roku Odwołujący został wezwany do złożenia w terminie do 23.10.2018 roku dokumentów wyszczególnionych w SIWZ, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp. Dokumenty te Odwołująca złożyła w wymaganym terminie.

Odwołujący podkreślił, że pomimo przyjęcia przez Zamawiającego wyjaśnień i odniesienia się negatywnie do zastrzeżeń wykonawcy Paramedica to jednak na dalszym etapie oceny, z niewiadomych przyczyn Zamawiający nie przyznał Odwołującemu dodatkowych punktów za spełnianie wymagań technicznych w pkt 38 i 40 Załącznika nr 2 do SIWZ. Z analizy informacji Zamawiającego z 31.10.2018r. dotyczącej oceny ww. pkt 38 i 40 SIWZ wynika, Zamawiający nie przyznał ofercie Odwołującej punktów w następujących parametrach technicznych ocenianych w kryteriach poza cenowych - jakość:

- *Pomiar w trakcie napełniania mankietu, typowy czas pomiaru max 30 sek.* - tj. parametru opisanego w załączniku nr 2 do SIWZ (zał. nr 1 do odwołania) w poz. 38 tego załącznika,

- *Informacja zwrotna na ekranie o prawidłowości uciśnień klatki piersiowej: właściwego tempa i prawidłowej głębokości uciśnień z prezentacją na ekranie cyfrowych wartości rzeczywistej częstości i głębokości uciśnień i wskaźnika prawidłowej relaksacji klatki piersiowej* - tj. parametru opisanego w załączniku nr 2 do SIWZ (zał. nr 1 do odwołania) w poz. 40 tego załącznika (poz. 1 w kategorii „Monitorowanie RKO”).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający z niewyjaśnionych względów postanowił nie przyznać należnych ofercie Odwołującego punktów w powyższych dwóch parametrach i doprowadził tym samym do bezzasadnego unieważnienia postępowania, tracąc możliwość pozyskania zamówienia o najwyższej jakości i w cenie mieszczącej się w zakładanym budżecie zamówienia. Zamawiający nie wskazał żadnego uzasadnienia dla przyznanych ocen w kryteriach poza cenowych, w szczególności w zakresie parametrów, co do których żądał wyjaśnień ze strony Odwołującego. Odwołujący nie otrzymał informacji o powodach, dla których Zamawiający ostatecznie uznał wyjaśnienia dot. powyższych dwóch parametrów za niewiarygodne.

Reasumując wskazane argumenty mające potwierdzać zasadność podniesionych zarzutów i żądań podał, że Odwołujący uznaje, iż Zamawiający dokonał błędnej oceny jego oferty poprzez bezpodstawne nieprzyznanie pełnej liczby punktów w ww. parametrach, co miało istotny wpływ na wynik postępowania i pozbawiło Odwołującego możliwości pozyskania zamówienia.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie na piśmie. W prezentowanym na rozprawie stanowisku podał, że odwołanie jest niezasadne bo Odwołujący nie spełnił wymagań w zakresie parametru technicznego wg. treści literalnej postawionych w pkt 38 i 40 załącznika nr 2 do SIWZ. Podał, że odnosząc się do wymagań w zakresie 38 pkt oraz stanowiska Odwołującego zawartego m. in. w pytaniu z dn.05.09.2018r. (pytanie nr 7), Zamawiający zgodnie z wymaganiami oczekiwał, że zostanie zaoferowane urządzenie, które dokona pomiaru ciśnienia w maksymalnym czasie 30 sekund i pomiar będzie następował już w trakcie napełniania mankietu. Z przedłożonej instrukcji nie wynikało w szczególności iż pomiar będzie już dokonywany w trakcie napełniania mankietu. Wskazał, że gdyby nawet przyjąć najkorzystniejszą wersję Odwołującego tj., obniżanie wskaźnika pomiaru nawet 6 mmHg na sekundę to i tak oferowanym urządzeniem w czasie 30 sekund można by zmierzyć ciśnienie nie wyższe niż 180 mmHg.

Natomiast w zakresie zarzuconego w odwołaniu nieprzyznania dodatkowych punktów za zaoferowane urządzenie opisane w pkt 40, to wskazuje, że tutaj z analizy treści tj. instrukcja obsługi (str. 93) wynika w sposób jednoznaczny, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań. Wskazał, że Zamawiający oczekiwał, iż wskazanie przy dokonywaniu masażu ucisku klatki piersiowej miałyby być podawane w rzeczywistym okresie czasu, natomiast z instrukcji wynika jednoznacznie, że komunikat pojawiał się będzie tylko w ustalonych

odstępach czasu, więc nie jest to pomiar ciągły w czasie rzeczywistym, którego oczekiwał Zamawiający. Natomiast jeśli chodzi o głębokość ucisku, to na ekranie według instrukcji przedłożonej przez Odwołującego pojawia się tylko zakres referencyjnych głębokości uciśnień, pomiędzy 5cm a 6 cm, czyli nie ma rzeczywistych wartości w postaci cyfrowej, a jest tylko wykres w postaci słupków mogących być w kolorze czerwonym lub zielonym sugerującym prawidłową bądź nieprawidłową głębokość ucisku klatki piersiowej.

Przystępujący do postępowania wykonawca Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp.k., ul. Żołąty 11, 02-815 Warszawa w prezentowanym na rozprawie stanowisku poparł stanowisko i argumentację Zamawiającego i w zakresie parametru wymagań technicznych ozn. nr 38 podał, że jeśli chodzi o zaoferowane urządzenie do pomiarów ciśnienia, to Zamawiający postawił w szczególności 2 wymagania polegające na tym, że pomiar ciśnienia winien mieć miejsce także w trakcie napełniania mankietu, a ponadto czas pomiaru nie może być dłuższy niż 30sec. Niewątpliwym jest, zdaniem Przystępującego że ciśnieniomierz zaoferowany przez Odwołującego nie spełnia wymagania pomiaru ciśnienia w trakcie napełniania, a ponadto odnosząc się do czasu pomiaru, to ten czas 30 sek. może być zachowany tylko przy wykonywaniu pomiaru ciśnienia o niskiej wartości. Podkreślił, że nie jest zasadne wywodzenie przez Odwołującego stanowiska, że w odpowiedzi zarówno na pytanie Odwołującego, jak i innego wykonawcy Zamawiający zaakceptował tę technologię pomiaru i wskazane parametry urządzenia, jako wystarczające do tego, żeby uzyskać dodatkowe punkty. Podkreślił, że z odpowiedzi na pytanie 7 z dn.11.11.2018 jednoznacznie wynika, zdaniem Przystępującego Zamawiający oświadczył tylko, że dopuszcza zaoferowanie tego typu rozwiązania dla spełnienia postawionemu urządzeniu wymagań, natomiast nie może to być podstawą do przyznania dodatkowych punktów. Podkreślił, że Zamawiający w odpowiedzi nie stwierdza, że zaoferowanie tej technologii przy parametrach wskazanych w pytaniu gwarantuje wykonawcy uzyskanie dodatkowej punktacji.

Natomiast jeśli chodzi o wymaganie z pkt 40, to tutaj zdaniem Przystępującego w sposób jednoznaczny należy wywieść, że zaoferowane urządzenie nie spełnia postawionych w SIWZ wymagań, zarówno co do głębokości ucisku klatki piersiowej i właściwej relaksacji klatki piersiowej tj., aby dane w tym zakresie pojawiały się na ekranie w wersji cyfrowej. Przystępujący nie kwestionuje cyfrowego wyświetlania na ekranie, co do częstotliwości ucisku. Natomiast co do relaksacji wskazał na str. 93 instrukcji, gdzie w pkt 5.7.1. jednoznacznie wskazano, że informacja komunikat o relaksacji pojawia się w ustalonych odstępach czasu, jako przypomnienie o rekaliibracji urządzenia. Również informacja o głębokości ucisku pojawia się co 7sek do momentu uzyskania odpowiedniej głębokości. Tym samym jednoznacznie stwierdza, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagania, aby w formie cyfrowej w czasie rzeczywistym wyświetlało na ekranie informacje, których wymagał Zamawiający za wyjątkiem częstotliwości ucisku.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane jest zasadne i podlega uwzględnieniu mimo tego, że część zarzutów nie znalazła potwierdzenia w materiale dowodowym i została oddalona.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.. Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga kwestia, że stan faktyczny sprawy wynikający z treści odwołania i prezentowany przez strony na etapie rozprawy jest taki jak podany w odwołaniu, co skutkuje brakiem potrzeby ponownej jego prezentacji dla wykazania stanu faktycznego w oparciu o który dokonano przedmiotowego rozstrzygnięcia sprawy.

Na wstępie wskazać należy, że osią sporu pomiędzy stronami była kwestia czy Zamawiający zasadnie nie przyznał Odwołującemu dodatkowych punktów (po cztery za spełnianie wymagania 38 i 40 zał. Nr 2) co doprowadziło do sklasyfikowania jego oferty na drugim miejscu listy rankingowej i skutkowało unieważnieniem postępowania.

Izba uznała, że odwołanie winno być uwzględnione, gdyż niewątpliwie Odwołujący wykazał spełnianie wymagania technicznego do dodatkowej punktacji wymagania z pkt 38.

W ramach tego punktu zamawiający wymagał w SIWZ – zał. nr 2, zaoferowania aparatu do pomiaru ciśnienia tętniczego. W tym zakresie wymaganie SIWZ brzmiało „*pomiar w trakcie napełniania mankietu, typowy czas pomiaru max 30 s*”. Dla tak postawionego wymagania Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w ramach art. 38 ust. 1 i 2 Pzp. wskazując na wstępie, iż zamierza zaoferować urządzenie do pomiaru ciśnienia będące urządzeniem oscylometrycznym.

Odwołujący w pytaniu podał, cyt. „*Działanie ciśnieniomierza oscylometrycznego stosowanego w defibrylatorach oparte jest na wypełnieniu mankietu w stopniu koniecznym do zamknięcia przepływu w tętnicy, a pomiar odbywa się w trakcie stopniowego opróżniania mankietu. Tym samym napełnianie mankietu wyklucza pomiar w tym czasie*”.

W dalszej części wskazał, że „*W związku z tym pytamy, czy Zamawiający uzna za spełnienie punktu poprzez nieinwazyjny pomiar ciśnienia tętniczego z zakresem spadku ciśnienia > 3 mmHg/s, na przykład 6 mmHg/s, co przy napełnieniu mankietu do górnej wartości 180 mmHg daje czas spadku ciśnienia i pomiaru 30 sekund?*”

Zamawiający odpowiedział: TAK.

Następne pytanie w tym zakresie zostało sformułowane przez innego wykonawcę w którym wykonawca wnosił o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuszcza zaoferowanie urządzenia

oscylometrycznego. Zamawiający w odpowiedzi na pyt 7 z dnia 11 września 2018 roku odpowiedział iż, „*odpowiedź TAK (niewątpliwie nawiązuje to do odpowiedzi na pyt 7 z dnia 5 września) oznacza dopuszczenie do zaferowania urządzenia o pomiarze oscylometrycznym o opisanych parametrach*”.

Wskazać należy także, że Przystępujący wykonawca pismem z dnia 19 września 2018 roku, (już po terminie otwarcia ofert) wystąpił do Zamawiającego z sygnalizacją, iż oferta wykonawcy Medlinie niezasadnie potwierdza spełnianie parametrów wskazanych w pkt 18,38 i 40 zał. nr 2 do SIWZ. W następstwie tego pisma Zamawiający zwrócił się do Odwołującego się wykonawcy pismem z dnia 21.09.2018 roku o złożenie wyjaśnień co do treści złożonej oferty oraz złożenia instrukcji obsługi urządzenia Corpulus 3 w celu ustosunkowania się do zarzutów firmy Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k.

W nawiązaniu do powyższych zapytań wykonawców w trybie art 38 ust.1 i 2 Pzp oraz pisma Paramedica i wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający pismem z dnia 12 października 2018 roku skierowanym do Paramedica Polska odniósł się całościowo do postawionych wymagań w zakresie pkt 38 i 40, a także jego oczekiwań, przy spełnieniu których wykonawca winien uzyskać po dodatkowe 4 pkt.

W przedmiotowym piśmie Zamawiający odnosząc się do wymogów podanych w pkt 38 i 40 Zamawiający oświadczył, cyt: „*Po szczegółowej analizie instrukcji obsługi urządzenia oraz wyjaśnień złożonych przez firmę Medline Sp. z o.o., Zamawiający uznał za zasadne przyznanie punktów w parametrach dodatkowo ocenianych zakwestionowanych przez firmę Paramedica Sp. z o.o. Sp. k.*”

W zakresie wymagań pkt 38 podał, że „*Wskazać należy, że przedmiotem podlegającym wątpliwościom ze strony Wykonawców (pyt. 7 w piśmie Zamawiającego z dnia 05.09.2018 r. oraz pytanie w piśmie Zamawiającego z dnia 11.09.2018 r.) jest w istocie parametr określony w zał. nr 2 do SIWZ w pkt nr 38 „pomiar w trakcie napełniania mankietu, typowy czas pomiaru max. 30 sek.”. Parametr ten odnosi się do czasu pomiaru, który Zamawiający określił jako max. 30 sek. i w przypadku spełnienia tego wymogu przez zaferowany produkt, premiowane jest to dodatkowymi punktami.*

Pytanie nr 7 z pisma Zamawiającego z dnia 05.09.2018 r. odnosi się do sposobu pomiaru ciśnienia przy zachowaniu parametru czasu jego trwania max. 30 sek. Dla Zamawiającego przedmiotem dodatkowej punktacji (pkt 38 załącznika nr 2 do SIWZ) jest parametr czasu, który w tym pytaniu został zachowany, stąd odpowiedź Zamawiającego „TAK”. Podobnie należy interpretować odpowiedź Zamawiającego udzieloną w piśmie z dnia 11.09.2018 r. (pyt. nr 7), Udzielając odpowiedzi twierdzącej Zamawiający konsekwentnie potwierdza warunki uzyskania dodatkowych 4 punktów (pkt 38 załącznika nr 2 do SIWZ) w przypadku, gdy czas pomiaru nie przekracza 30 sek., a więc jest to maksymalny czas skutkujący dodatkową punktacją. Pytanie przytoczone w piśmie Zamawiającego z dnia 11.09.2018 r.

zawiera wprost potrzebę potwierdzenia ze strony Zamawiającego, czy urządzenia o różnych sposobach pomiaru ciśnienia uzyskają taką samą punktację dodatkową (4 punkty). Zamawiający konsekwentnie utrzymuje uzyskanie dodatkowej punktacji dla każdego Wykonawcy, gwarantującego pomiar w czasie max. 30 sek. i w żadnym miejscu nie dywersyfikuje w zakresie możliwej punktacji dodatkowej pomiarów krótszych niż 30 sek.”.

Dla oceny zasadności stanowiska stron prezentowanego na rozprawie, wskazać należy na dokonaną ocenę oferty Odwołującego przez Zamawiającego, a wskazaną w ww. piśmie z 12.10.2018 roku. Otóż Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że „Zamawiający nie znalazł uzasadnienia dla zarzutów dotyczących błędów formalnych w ofercie firmy Medline Sp. z o.o. Sposób wypełnienia przez Wykonawcę załącznika nr 2 do SIWZ nie utrudnia i nie umożliwia oceny jego oferty, gdyż treści umieszczone przez tego Wykonawcę we wskazanych polach tabeli nie pozostawiają wątpliwości co do spełniania bądź nie spełniania określonego warunku,....”

Odnosząc te ustalenia Zamawiającego do ustaleń z części wstępnej przedmiotowego pisma, zdaniem Izby, nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż Zamawiający po pierwsze zmienił treść wymagań SIWZ poprzez rezygnację z wymogu, aby pomiar ciśnienia następował już w trakcie napełniania mankietu, a po drugie, niewątpliwym jest, że Zamawiający po analizie treści oferty, otrzymanych wyjaśnień od Odwołującego i instrukcji obsługi oferowanych urządzeń uznał, że oferta wykonawcy Medline – Odwołującego winna uzyskać dodatkowo po 4 punkty za spełnianie wymagań technicznych podanych w pkt 38 i 40 zał. Nr 2 do SIWZ.

Nawiązując do stanowisk Zamawiającego i Przystępującego podnoszonych na rozprawie, iż spełnianie przedmiotowych wymagań SIWZ należy dokonywać w oparciu o literalną treść SIWZ, a nie o treść udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień zasadnym jest, zdaniem Izby odniesienie się do tej kwestii. Opierając się na ugruntowanym od wielu lat orzecznictwie sądowym i KIO w tym zakresie wskazać należy za wyrokiem SO W Krakowie z dnia 28 kwietnia 2005 roku sygn. II Ca42/05 – że udzielone odpowiedzi dotyczące treści SIWZ są wiążące dla wszystkich uczestników postępowania. Nadto za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 roku (sygn. akt V Ca 1311/02), wskazać należy, że wyjaśnienia do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu. Taką wykładnię utrzymuje również KIO, wskazując, że zmiany SIWZ, w tym w postaci wyjaśnień, wiążą i zamawiającego, i wykonawców, zaś wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wobec zastosowania się do wyjaśnień zamawiającego (wyrok KIO z 10 maja 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 687/10); Nadto w wyroku KIO z 12 maja 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 729/10 Izba wskazała, że przekazując wyjaśnienia do SIWZ, zamawiający nie musi wyraźnie stwierdzić, że w powyższym zakresie dokonuje zmiany SIWZ, ponieważ wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia

do SIWZ są wiążące dla wykonawców i stanowią ze swojej istoty uzupełnienie treści SIWZ, które wykonawcy muszą brać pod uwagę sporządzając ofertę.

Oceniając ww. wywody Zamawiającego i argumentacje z przedstawionych orzeczeń Izba uznaje, że Zamawiający jest związany treścią udzielonych odpowiedzi, a wykonawca stosując się do nich nie może ponosić negatywnych konsekwencji w zakresie oceny treści złożonej przez niego oferty. Nadto dla reasumpcji powyższej sytuacji Izba przywołuje stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 28 stycznia 2015 r., sygn. KIO 110/15, w którym Izba wskazała na wpływ udzielonych wyjaśnień treści SIWZ, uznając, że „To zamawiający jest gospodarzem postępowania i w jego gestii jest kształtowanie przedmiotu zamówienia - czy to w formule ukształtowania SIWZ w momencie wszczęcia postępowania, czy też następczo - w toku postępowania przy okazji udzielanych wyjaśnień do SIWZ. Nie jest także przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ fakt, że Zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie ich zatytułowanie jako „zmiana SIWZ”. Zawartość informacyjna wyjaśnień SIWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SIWZ, jest wiążąca w postępowaniu.”

Nawiązując do powyższych ustaleń Izba uznaje, że Zamawiający dokonał zmiany treści wymagań podanych w pkt 38 poprzez pozostawienie tylko wymagania, aby pomiar ciśnienia nie przekraczał 30 sekund i w przypadku jego spełnienia wykonawca spełnia potwierdza warunek uzyskania dodatkowych 4 punktów. Zdaniem Izby zasadnym w tym stanie faktycznym i dokonanym opisie wymagań jest także stanowisko Odwołującego, że czas pomiaru ciśnienia należy liczyć od chwili uruchomienia aparatu do czasu uzyskania wyniku pomiaru, a nie do czasu kiedy nastąpi wyzerowanie wskaźnika napełnienia mankietu. Przy przyjęciu takiego założenia ani Zamawiający ani Przystępujący nie wykazali iż pomiar w czasie poniżej 30 sekund jest niemożliwy, nawet dla pomiarów ciśnienia o wysokich parametrach. Niezasadnym jest przyjmowanie dla oceny czasu pomiaru wskazanie w opisie iż zmniejszanie odczytu na skali urządzenia będzie następowało w czasie około 6 mmHg na sekundę. W tym zakresie wskazać należy na fakt, że Zamawiający nie wskazał kwestionując dopiero na tym etapie możliwość pomiaru ciśnienia w czasie poniżej 30 sekund. Podkreślić należy, że w piśmie z 12 października Zamawiający znając oferowane urządzenie, mając instrukcje oraz wyjaśnienia Odwołującego jednoznacznie stwierdził w zakresie pkt 38 i 40, że *„Po szczegółowej analizie instrukcji obsługi urządzenia oraz wyjaśnień złożonych przez firmę Medline Sp. z o.o., Zamawiający uznał za zasadne przyznanie punktów w parametrach dodatkowo ocenianych...”*. Kwestionowanie dokonanych jednoznacznych ustaleń Zamawiającego w powyższym zakresie na obecnym etapie postępowania jest niczym innym

jak prezentowaniem pewnej strategii nie mającej żadnego ustalenia w przedstawionym materiale dowodowym. Wywodzenie pewnych wniosków z złożonej instrukcji obsługi nie może być dowodem przesadzającym w sprawie. Niewątpliwie Zamawiającego jako unieważniającego przedmiotowe postępowanie obciąża ciężar dowodowy w zakresie potrzeby wykazania, że zostały w sposób obiektywny zostały spełnione wymagane przesłanki, na które się przy unieważnieniu postępowania powołuje.

Izba oddaliła zarzut odwołania w zakresie wykazania spełniania wymagań technicznych w zakresie pkt 40 mimo, jak wskazano powołując się na treść pisma Zamawiającego z dnia 12 października 2018 roku, iż również w tym zakresie zostało zaoferowane urządzenie spełniające postawione wymagania techniczne. Podstawą oddalenia był fakt, że w tym zakresie aktualny w całości pozostał wymóg postawiony w SIWZ, gdyż Zamawiający nie dokonał modyfikacji wymagań poprzez udzielane wyjaśnienia do SIWZ. Dlatego też Izba oceniła spełnianie wymagań w brzmieniu podanym w pkt 40 zał. nr 2 do SIWZ.

Izba w tym zakresie uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, który odnosząc się do opisanych w pkt 40 wymagań podał, że czytając literalnie treść wymagań stwierdzić należy, że użyty sposób sformułowania wymagań wskazuje na koniunkcję wszystkich 3 wymagań, a tym samym na wykazanie ich łącznego spełnienia. Według przedstawionych dowodów niewątpliwym jest, że dokonywane wszystkie trzy wymagane pomiary nie są wyświetlane cyfrowo oraz w czasie rzeczywistym, Są wskazywane w pewnych odstępach czasowych, co neguje możliwość przyznania dodatkowych punktów w tym zakresie. Izba uznała, że zasadnym jest przyjęcie, iż zaoferowane urządzenie nie spełnia postawionych w SIWZ co do cyfrowego wykazywania w czasie rzeczywistym głębokości i właściwej relaksacji klatki piersiowej. Ten wymóg spełnia tylko funkcja wyświetlania na ekranie częstotliwości ucisku klatki w czasie resuscytacji krążeniowo-oddechowej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, uznania spełnienia postawionych wymagań w zakresie wymagań technicznych podanych pkt 38 uzasadniających przyznanie 4 dodatkowych punktów oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Izba orzekła, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący