

WYROK
z dnia 23 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2015 r. przez **Odwołującego – MEDIX Sp. z o.o. Sp. k, ul. Kokoryczki 18, 04-191 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – MEGREZ Sp. z o.o., ul. Edukacji 102, 43-100 Tychy**,

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie dotyczącym braku przyznania ofercie **Odwołującego punktów za parametr „Najważniejsze elementy systemu pochodzą od jednego producenta”**, w pozostały zaś zakresie odwołanie uwzględnia i nakazuje **Zamawiającemu** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy **Siemens Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie do złożenia dokumentów lub wyjaśnień potwierdzających zgodność wszystkich parametrów technicznych zaoferowanych urządzeń z wymaganiami **Zamawiającego** oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym zweryfikowanie oceny ofert w zakresie kryterium „parametry techniczne”.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwolującego** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – MEGREZ Sp. z o.o., ul. Edukacji 102, 43-100 Tychy – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup cyfrowego aparatu rtg typu telekomando do radiografii i fluoroskopii ze zintegrowanym detektorem wraz z zakupem niezbędnych licencji oraz rozbudową i integracją systemów RIS/PACS/HIS – powtórka”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S 233-410322 w dniu 3 grudnia 2014 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 9 lutego 2015 r., Odwołujący – MEDIX Sp. z o.o. Sp. k, ul. Kokoryczki 18, 04-191 Warszawa – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, gdyż dokonane i zaniechane przez Zamawiającego czynności skutkują niezgodnym z prawem uznaniem oferty złożonej przez Siemens Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej złożonej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy w zakresie art. 7 ust 1, art. 7 ust 3, art. 26 ust 3 i 4, art. 91 ust.1, art. 92 ust.1 Pzp poprzez nierzetelną ocenę wszystkich złożonych ofert w kryterium „Parametry techniczne” oraz zaniechanie wezwania wykonawcy Siemens Sp. z o.o. do uzupełnień i wyjaśnień w zakresie dokumentów określonych w art. 25. ust. 1 Ustawy.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty Siemens Sp. z o.o., zweryfikowanie oceny ofert w zakresie kryterium „parametry techniczne” z uwzględnieniem postawionych zarzutów, wezwanie wykonawcy Siemens Sp. z o.o. do uzupełnienia i wyjaśnień w zakresie oferty złożonej przez tego wykonawcę oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z zasadami Ustawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w tym, aby Odwołanie zostało rozstrzygnięte poprzez dokonanie czynności żądanych w odwołaniu, co pozwoliłoby na wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, wyrażonym w piśmie z dnia 30.01.2015r. stanowiącym informację o dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, podstawą uznania oferty spółki Siemens Sp. z o. o. za najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu była najwyższa ocena punktowa tej oferty. Odwołujący przedstawił tabelę sporządzoną przez Zamawiającego z zestawieniem punktacji przyznanej wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu podnosząc, iż łączna punktacja dokonana na podstawie powyższego zestawienia (nota bene sporządzonego i podanego przez Zamawiającego niezgodnie z wymaganiami art. 92 ust.1 pkt.1 Ustawy) wskazuje, że oferta wykonawcy Siemens Sp. z o.o uzyskała 89,46 pkt., oferta Odwołującego 87,34 pkt, oferta wykonawcy OK Medical System 74,60 pkt.

Odwołujący przywołał zapisy SIWZ dotyczące kryteriów oceny ofert oraz sposobu oceny ofert, wskazując, że o ile ocena punktowa przyznana w kryterium „Cena” nie budzi wątpliwości Odwołującego, o tyle kwestionuje on sposób obliczenia przez Zamawiającego punktów uzyskanych przez poszczególne oferty w kryterium „Parametry techniczne”, a w szczególności sposób przyznawania punktów przez Zamawiającego za niżej wymienione parametry określone w Załączniku nr 1 a do SIWZ „Parametry techniczne”. Przyznane przez Zamawiającego punkty w tym zakresie mają bezpośredni wpływ na wartość współczynnika P_u , a tym samym na łączną ocenę złożonych ofert. Na podstawie analizy udostępnionych przez Zamawiającego w dn. 4.02.2015 r. materiałów stanowiących formalne potwierdzenie przyjętych przez Zamawiającego zasad punktacji dla poszczególnych parametrów określonych w przedmiotowym załączniku Odwołujący zakwestionował:

- brak przyznania ofercie Odwołującego 30 pkt. za parametr: „*Najważniejsze elementy systemu pochodzą od jednego producenta*”. Odwołujący w swej ofercie przetargowej złożył jednoznaczną deklarację potwierdzającą literalne spełnianie ww. wymogu, w brzmieniu określonym w SIWZ przez Zamawiającego, stąd nieprzyznanie Odwołującemu punktów w tym zakresie jest niezgodne z treścią oferty Odwołującego.
- przyznanie ofercie wykonawcy Siemens Sp. z o.o. 5 pkt w zakresie parametru „*Pochylenie ścianki w zakresie min. +90° do -25°*”. Zamawiający w kolumnie „Ocena” podał dla tego parametru następujące zasady punktacji: „*Największy zakres ruchu -10 pkt, Najmniejszy zakres ruchu -0 pkt*”. W postępowaniu zaoferowano urządzenia o zakresie ruchu (pochylenia ścianki) 135° (Siemens Sp.z o.o.) oraz 180° (pozostali Wykonawcy). Z powyższego jednoznacznie wynika, że Wykonawcy należało przyznać w zakresie spornego parametru 0 pkt a nie 5 pkt.
- przyznanie 8 pkt ofercie Wykonawcy Siemens Sp. z o.o. w zakresie parametru „*Prędkość pochylania blatu stołu Min. 4,5%/sek.*”. Zamawiający w kolumnie „Ocena” podał dla tego parametru następujące zasady punktacji: „*Wartość max. - 10 pkt Wartość graniczna - 0 pkt.*”. Maksymalna zaoferowana w postępowaniu wartość

wynosiła 6,5%/sek. W opinii Odwołującego za zaoferowaną przez Siemens Sp. z o.o. wartość parametru (6%/sek) nie można, zgodnie z warunkami oceny przyznać 8 pkt tylko 0 pkt.

- przyznanie ofercie Wykonawcy OK. MEDICAL SYSTEMS Sp. z o.o. S.K.A 7,93 pkt w zakresie parametru „*Względny ruch lampy rtg - suma zakresów ruchu kolumny lampy z detektorem (dla promienia centralnego) i ruchu podłużnego blatu stołu (jeżeli występuje) [cm] ≥ 162 cm, podać oba zakresy i sumę*”. Zamawiający w kolumnie „Ocena podał dla tego parametru następujące zasady punktacji: „*Wartość max. sumy zakresów - 20 pkt., Wartość graniczna - 0 pkt., pozostałe proporcjonalnie*”. Maksymalna zaoferowana w postępowaniu wartość parametru wynosiła 273 cm. Z powyższego wynika, że za zaoferowaną przez OK. MEDICAL SYSTEMS Sp. z o.o. S.K.A wartość parametru (203 cm) należało przyznać mniej punktów, niż uczynił to Zamawiający.

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że nie znajduje uzasadnienia dla przyjęcia przez Zamawiającego różnych zasad w zakresie zaokrąglania przyznanych punktów za parametry oceniane. Niektóre z parametrów oceniane są przez Zamawiającego z dokładnością do jednego miejsca po przecinku (np. „*Odległość blat stołu-detektor [mm]*” inne zaś z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (np. „*Skala szarości w akwizycji fluoroskopii pulsacyjnej ≥ 15 kl/s*”), co implikuje błędy rachunkowe.

Podniesiono, że finalnym efektem powyżej wskazanych błędów popełnionych przez Zamawiającego w toku przyznawania punktów poszczególnym ofertom w zakresie kryterium „parametry techniczne” jest zniżenie oceny oferty Odwołującego oraz nieuzasadnione względami merytorycznymi zawyżenie oceny ofert pozostałych Wykonawców. Błędne postępowanie Zamawiającego w tym zakresie pozostaje w całkowitej sprzeczności z obowiązkiem udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z zasadami Ustawy. Dodatkowo jednoznacznie wskazuje ono na naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 Ustawy

Odwołujący argumentował następnie, że w punkcie VIII.1.a SIWZ w celu potwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego bezwzględnie wymagane było, aby wraz z ofertą zostały złożone „*materiały informacyjne tj.: katalogi, foldery/opisy techniczne pochodzące od producenta lub informacje wygenerowane elektronicznie z oficjalnego portalu lub strony producenta, które potwierdzą zgodność wszystkich parametrów technicznych zaoferowanych urządzeń z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ*”.

Analiza treści oferty złożonej przez Siemens Sp. z o.o. wskazuje, że wykonawca ten nie dopełnił tego obowiązku. W ofercie ww. Wykonawcy stwierdza się brak wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, potwierdzających zgodność wszystkich parametrów

technicznych zaoferowanych urządzeń z wymaganiami Zamawiającego. Przykładem takich niepotwierdzonych w ofercie SIEMENS Sp. z o.o. parametrów są:

- Generator wyposażony w automatyczne zabezpieczenia przed przegrzaniem lampy (Punkt III.11 Załącznika nr 1 a Parametry techniczne); - Brak potwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ.
- Interkom do komunikacji głosowej sterownia - pokój badań (Punkt VIII. 1 Załącznika nr 1a Parametry techniczne); - *Brak potwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ.*
- Podpórki do nóg dla badań urologicznych i ginekologicznych (Punkt VIII. 5 Załącznika nr 1a Parametry techniczne); - *Brak potwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ.*
- Karta graficzna tego samego producenta co monitory diagnostyczne z możliwością podpięcia trzech monitorów (Punkt 3 dla Stacji do opisów badań RTG i TK opisanej w Załączniku nr 1a Parametry techniczne); - Brak potwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ.
- Funkcja obrotu obrazu o 180 ° oraz o 90 ° stopni w lewo/w prawo (Punkt 26 dla Stacji do opisów badań RTG i TK opisanej w Załączniku nr 1 a Parametry techniczne). - Brak potwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ.

Odwołujący wskazał, że nie znajduje żadnego uzasadnienia dla uznania za najkorzystniejszą oferty pomimo jej ewidentnej niezgodności z SIWZ. Zdaniem Odwołującego istnieje brak podstaw prawnych, aby ofertę niespełniającą SIWZ - tj. ofertę spółki Siemens sp. z o. o. uznać za najkorzystniejszą w Postępowaniu. Załączone do oferty ww. Wykonawcy dokumenty nie tylko nie potwierdzają wymagań określonych przez Zamawiającego, ale wręcz im przeczą. Dowodem na to jest załączona na stronie 93 ww. oferty informacja dotycząca grafiki (dostępnych kart graficznych) dla zaoferowanej stacji roboczej HP Z230. Skoro żadna z określonych w tym dokumencie kart grafiki nie spełnia wymogu Zamawiającego z punktu 3 wymogów dla stacji roboczej tj. *„Karta graficzna tego samego producenta co monitory diagnostyczne z możliwością podpięcia trzech monitorów”* to uznanie tego dokumentu przez Zamawiającego za potwierdzającego wymagania SIWZ jest niedopuszczalne.

Odwołujący podniósł także, że brak jest uzasadnienia dla braku jakichkolwiek, chociażby wyjaśniających, działań ze strony Zamawiającego w zakresie dokumentów złożonych na stronach 108-112 oferty Wykonawcy Siemens Sp. z o.o. Zawarte tam dokumenty (wraz z tłumaczeniami) są deklaracjami zgodności na różne wersje oprogramowania medycznego prod. MERGE. Załączone dokumenty wskazują, że Zamawiającemu zostały zaoferowane obie wersje oprogramowania, co jednak nie znajduje potwierdzenia w ofercie ww. Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego zaniechane wezwanie przez Zamawiającego Wykonawcy Siemens Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o brakujące dokumenty oraz do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 Ustawy przed ewentualnym uznaniem

oferty tego Wykonawcy za najkorzystniejszą było obowiązkiem Zamawiającego wynikającym wprost z przepisów Ustawy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał wszystkie zarzuty poza zarzutami dotyczącymi: braku przyznania ofercie Odwołującego 30 pkt za parametr „*Najważniejsze elementy systemu pochodzą od jednego producenta*”; przyznania ofercie Siemens Sp. z o.o. 8 pkt w zakresie parametru „*Prędkość pochylania blatu stołu Min. 4,5°/sek.*” oraz przyznania wykonawcy OK Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A. 7,93 pkt w zakresie parametru „*Względny ruch lampy rtg - suma zakresów ruchu kolumny lampy z detektorem (dla promienia centralnego) i ruchu podłużnego blatu stołu (jeżeli występuje) [cm] ≥ 162 cm, podać oba zakresy i sumę*”.

Dla uzasadnienia stanowiska dotyczącego zarzutów nie uznanych, Zamawiający wskazał, że w związku z powzięciem wątpliwości, co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, zwrócił się do Odwołującego oraz Przystępującego o wyjaśnienie treści złożonych ofert w zakresie spełnienia wymagań określonych w załączniku nr 1a poz. 1 pkt 2 (Najważniejsze elementy pochodzą od jednego producenta). W odpowiedzi Odwołujący nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi, a jedynie polemizował z pytaniem Zamawiającego. Przystępujący udzielił natomiast odpowiedzi wprost, zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Wobec braku spełnienia przez Odwołującego parametrów opisanych w załączniku nr 1a, Zamawiający przyznał punktację w wysokości „0” pkt, uznając, iż wymagania opisane w ww. załączniku nie zostały spełnione. Wskazano także, że zarówno Odwołujący, jak i oferent OK Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A. oferują ten sam detektor Pixium RF 4343, którego producentem jest Trixell, co wynika z treści oferty firmy OK Medical Systems Sp. z o.o. Jednakże, to nie rolą Zamawiającego jest ustalenie producenta oferowanego urządzenia. Podkreślono także, że Odwołujący nie kwestionował faktu skorzystania przez Zamawiającego ze środka z art. 87 ust. 1 Pzp, a jedynie zakres pytania. W konsekwencji, w związku z faktem, iż Odwołujący nie potwierdził, iż oferowane urządzenia pochodzą od jednego producenta przyznano mu „0” punktów za ww. parametr.

Odnośnie zarzutu dotyczącego przyznania ofercie Siemens Sp. z o.o. 8 pkt w zakresie parametru „*Prędkość pochylania blatu stołu Min. 4,5°/sek.*” Zamawiający wskazał, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący wskazali takie same wartości. W związku z powyższym brak podstaw i zasadności dla przyznania różnej punktacji za takie same parametry.

W kwestii przyznania ofercie OK Medical Systems 7,93 pkt Zamawiający oświadczył, iż przyznanie 7,93 pkt jest wynikiem oczywistej pomyłki pisarskiej ponieważ winno być 7,39. Błędne oznaczenie punktacji jest wynikiem tzw. „czeskiego błędu”, nie mającego jednak wpływu na ostateczny wybór oferty.

W odniesieniu do zarzutów uwzględnionych Zamawiający zobowiązał się jednocześnie do dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

W toku postępowania odwoławczego strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że zarzuty odwołania – jedynie poza zarzutem dotyczącym braku przyznania ofercie Odwołującego 30 pkt za parametr: „*Najważniejsze elementy systemu pochodzą od jednego producenta*” – okazały się zarzutami potwierdzonymi i zasługującymi na uwzględnienie. Jedynie zarzut odnoszący się do braku przyznania ofercie Odwołującego 30 pkt za parametr: „*Najważniejsze elementy systemu pochodzą od jednego producenta*” nie znalazł, w ocenie Izby, potwierdzenia, a tym samym odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

W odniesieniu do części zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego Odwołujący wskazał, że w tym zakresie nie ma dalszego sporu. Zasadnie podtrzymawał przy tym zarzuty uwzględnione, gdyż Zamawiający na moment zamknięcia rozprawy nie dokonał jeszcze żadnych czynności, które realizowałyby uwzględnione zarzuty odwołania. Ewentualne cofnięcie tych zarzutów mogłoby spowodować, że ich uznanie nie znalazłoby finalnie odzwierciedlenia w wydanym wyroku, co mogłoby z kolei powodować brak egzekwowalności uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów. W przypadku uwzględnienia całości zarzutów obowiązek ich wykonania przez Zamawiającego wynika wprost z art. 186 ust. 2 Pzp. W tej sprawie, gdy nastąpiło uwzględnienie częściowe (a stan sprawy na moment zamknięcia rozprawy nie potwierdzał, by zamawiający podjął już czynności będące skutkiem

uwzględnienia), w ocenie składu orzekającego Izby, wyrok wydany w sprawie musiał obejmować zarzuty uwzględnione przez Zamawiającego i za słuszną należało uznać taktykę procesową Odwołującego, który przedmiotowe zarzuty konsekwentnie podtrzymywał. W konsekwencji, Zamawiający obowiązany jest do dokonania czynności będących konsekwencją uwzględnionych zarzutów i dalszego prowadzenia postępowania w taki sposób, by uchybienia potwierdzone tymi zarzutami zostały wyeliminowane. Zamawiający zweryfikuje i w sposób prawidłowy przeprowadzi ponowną ocenę ofert w zakresie kryterium „Parametry techniczne”, w tym wyeliminuje stosowanie różnych zasad w zakresie zaokrąglania przyznanych punktów za parametry, tak by nie implikowało to możliwych do zaistnienia błędów rachunkowych i eliminowało dowolność oceny. W ramach ponownej punktacji Zamawiający uwzględni także brak podstaw do przyznania Przystępującemu 5 pkt w zakresie parametru „*Pochylenie ścianki w zakresie min. +90° do -25°*”. Zamawiający podejmie również czynności, wzywając Przystępującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, celem zweryfikowania zgodności z SIWZ oferty Przystępującego, w tym spełnienia wymogów potwierdzających zgodność wszystkich parametrów technicznych zaoferowanych urządzeń z wymaganiami Zamawiającego, kwestii odnoszące się do potwierdzenia wymagań dotyczących kart graficznych oraz zaoferowanych wersji oprogramowania medycznego.

W zakresie zarzutów nie uznanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, Izba stwierdziła, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest słuszne jedynie w odniesieniu do zarzutu braku przyznania ofercie Odwołującego 30 pkt za parametr „*Najważniejsze elementy systemu pochodzą od jednego producenta*”. Pozostałe zarzuty zdaniem Izby również zasługiwały na uwzględnienie.

W kwestii przyznania wykonawcy OK Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A. 7,93 pkt, będące – jak to wskazał Zamawiający skutkiem tzw. „błędu czeskiego” – za niezrozumiałe należało uznać stanowisko Zamawiającego, który potwierdzając jednocześnie, że do błędu doszło wnosił o oddalenie tego zarzutu. Zarzut ten, gdyby był rozpatrywany osobno, sam w sobie mógłby nie mieć wpływu na wynik tego postępowania (oferta ww. wykonawcy została dotychczas sklasyfikowana na pozycji 3). Mając jednak na uwadze to, że w postępowaniu doszło dotychczas do błędów w punktacji przyznanej oferentom, stosowane też były różne zasady zaokrąglania, co mogło implikować błędy rachunkowe (Zamawiający sam w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty dotyczące m.in. błędnego przyznania 5 pkt Przystępującemu, czy zarzut dotyczący stosowania różnych zasad zaokrąglania) to nie można wykluczyć, że powyższe uchybienie wraz z innymi potwierdzonymi mogło mieć także wpływ na wynik postępowania. Niezależnie od tego, skoro Zamawiający sam wskazał, iż doszło do błędu – nieważne jakiego rodzaju – to powinien zobowiązać się do jego usunięcia i wyeliminować go w toku dalszego postępowania, a nie żądać oddalenia zarzutu odnoszącego

się do niezasadnego przyznania ww. wykonawcy 7,93 pkt. Odwołujący w toku rozprawy wskazał, że jeżeli Zamawiający stosowałby zasadę zaokrąglania punktacji do dwóch miejsc po przecinku to punktacja w tym parametrze dla ww. wykonawcy wyniosłaby 7,39 pkt (tak, jak wskazywał to Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie). Strony w istocie zgodziły się, co do tego, że do błędu doszło oraz jaka winna być punktacja prawidłowa. Tym bardziej żądanie przez Zamawiającego oddalenia przedmiotowego zarzutu nie znajdowało, zdaniem Izby, uzasadnienia. Zamawiający przy ponownej punktacji obowiązany będzie do usunięcia ww. błędu.

W kwestii przyznania ofercie Siemens Sp. z o.o. 8 pkt w zakresie parametru „*Prędkość pochylania blatu stołu Min. 4,5°/sek.*”, Izba również uznała, że zarzut odwołania zasługiwał na uwzględnienie.

W rozdziale XVI SIWZ (Opis kryteriów oraz sposobu oceny ofert), Zamawiający wskazał, że przy wyborze ofert będzie kierował się następującymi kryteriami: cena 60%, parametry techniczne – 40%. Zastrzeżono, że ocena w kryterium „parametry techniczne” dotyczy tylko tych właściwości technicznych i użytkowych, wyszczególnionych w tabeli „Parametry techniczne i eksploatacyjne”, przy których w kolumnie „Ocena” określono sposób przyznawania punktów. Następnie, uzyskanie przez wykonawcę punkty podstawiane są do następującego wzoru: Wartość punktowa Parametry techniczne = $R (P_u/P_{max}) \times 100$. Jednocześnie, Zamawiający zastrzegł, że wartość punktowa będzie określona do dwóch miejsc po przecinku.

Z powyższych zapisów SIWZ wynika, że sposób przyznawania punktów za dany parametr Zamawiający postanowił określić w tabeli „Parametry Techniczne i Eksploatacyjne” zamieszczonej w Załączniku nr 1a do SIWZ (Parametry techniczne). Zamawiający winien więc postępować zgodnie ze sposobem przyznawania punktów, który sam określił w ww. tabeli.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w zakresie parametru „*Prędkość pochylania blatu stołu Min. 4,5°/sek.*”, wykonawca OK Medical Systems Sp. z o.o., S.K.A. zaoferował wartość 6,5°, za co Zamawiający przyznał 10 pkt. Przystępujący i Odwołujący podali wartość 6°, za co Zamawiający przyznał każdemu z nich w tym parametrze po 8 pkt.

Zamawiający argumentował, że skoro za te same wartości przyznał po 8 pkt to brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu odwołania.

Zgodnie z tabelą zawartą w załączniku nr 1a do SIWZ, w zakresie parametru „*Prędkość pochylania blatu stołu Min. 4,5°/sek.*”, Zamawiający przyjął następujący sposób punktacji: Wartość max. – 10 pkt. Wartość graniczna – 0 pkt. Skoro oferta Przystępującego (ale także Odwołującego) przedstawiała wartość większą niż graniczna (odpowiednio po 6°, przy wartości min. 4,5°), to Zamawiający przyznał tym ofertom po 8 pkt w sposób proporcjonalny do przyznania 10 pkt ofercie OK Medical przedstawiającej wartość największą (6,5°). Zamawiający zastosował w tym przypadku proporcję dla wyliczenia punktów za ww. parametr.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, podnoszoną także przez Odwołującego w toku rozprawy, że wszędzie tam, gdzie Zamawiający przewidywał stosowanie proporcji w obliczeniu punktów to w sposób wyraźny zaznaczył to w treści tabeli zawartej w załączniku nr 1a do SIWZ (przykładowo: poz. II.9, II.10, II.18; IV.4; IV.8, IV.10). Zamawiający w konkretnych miejscach tabeli wskazywał: wartość max – (określona ilość punktów); wartość graniczna – 0 pkt; pozostałe proporcjonalnie (podkreślenie Izby). W zakresie parametru „*Prędkość pochylania blatu stołu Min. 4,5°/sek.*”, Zamawiający tego rodzaju zastrzeżenia nie poczynił. Należało więc stwierdzić, że Zamawiający w tym zakresie wyłączył możliwość stosowania proporcji. Żaden z wykonawców nie dopytywał o tą kwestię.

Za argument na rzecz uznania właściwego sposobu działania Zamawiającego Izba nie mogła uznać twierdzeń, że Zamawiający ocenił po równo Przystępującego i Odwołującego. W innym układzie – przykładowo, gdyby (hipotetycznie) przyznanie punktów w tym parametrze mogło decydować o tym, że nie zostałyby wybrana oferta wykonawcy, który otrzymał max. 10 pkt, w przypadku zaskarżenia przez tego wykonawcę faktu przyznania tych punktów w sposób proporcjonalny, pomimo braku takiego zastrzeżenia, tak jak w innych pozycjach – zastosowanie przez Zamawiającego proporcji pomimo, że sam ją wyłączył w tym parametrze, mogłoby stanowić wystarczająca podstawę do uznania, że doszło w tym przypadku do dowolnej modyfikacji zasad specyfikacji na etapie oceny ofert i na potrzeby przyznania punktacji poszczególnym oferentom. Skoro Zamawiający określił sam dla siebie sposób przyznawania punktacji, nie poczynił w tym parametrze zastrzeżenia o proporcji, tak jak w innych pozycjach – niezależnie, czy celowo, czy przez przeoczenie – a kwestia ta nie była wyjaśniana ani modyfikowana na ogłoszenia SIWZ, to aktualnie na etapie oceny ofert Zamawiający powinien stosować reguły, które w tym zakresie wynikają z treści SIWZ. Ewentualnego przeoczenia zamiaru stosowania proporcji także w zakresie tego parametru nie może obecnie konwalidować to, że i tak Zamawiający przyznał wykonawcom „po równo”. Zamawiający przyjął złożony wzór punktacji ofert. Każdy punkt cząstkowy może przekładać się na wynik ogólny. Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie w sposób zapewniający wszystkim wykonawcom równe traktowanie i uczciwą konkurencję. Jedną z podstaw przestrzegania tych zasad jest stosowanie przez zamawiającego reguł przedstawionych wszystkim wykonawcom w treści specyfikacji. Stosownie do tych reguł wykonawcy sporządzają bowiem swoje oferty i oczekują przeprowadzenia ich punktacji, w sposób, jaki został przyjęty przez danego zamawiającego. W niniejszej sprawie, Odwołujący stawiając ten zarzut i go podtrzymując winien się jednocześnie liczyć z tym, że ponowne przeprowadzenie punktacji może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający i jemu nie przyzna w tym parametrze punktacji (skoro zaoferowano tą samą wartość, a Odwołujący podnosił na rozprawie, że przy tym parametrze nie było zastrzeżonej proporcjonalnej metody liczenia w przypadkach „pozostałych”).

Odwołujący w złożonej na rozprawie symulacji sam przedstawiał, że także w zakresie jego oferty w ww. parametrze właściwym było zastosowanie 0 pkt.

Należy także podkreślić, że Zamawiający ograniczył w zasadzie swoją argumentację do tego, iż jego działanie było prawidłowe, gdyż obu wykonawcom przyznał po 8 pkt, a tym samym nie doszło do „pokrzywdzenia” żadnego z nich. Zamawiający nie przedstawił jednak, jak wyglądała by punktacja, gdyby każdemu z tych wykonawców przyznał 0 pkt. Nie można wykluczyć, że z uwagi na złożony i wielostopniowy wzór punktacji ostatecznie punktacja mogłaby okazać się, przynajmniej w jakimś stopniu, korzystniejsza dla Odwołującego. Dodatkowo, Zamawiający nie argumentował, ani nie przedłożył żadnych dowodów, które mogłyby stanowić podstawę dla wykazania, że od początku jego zamiarem było zastosowanie także w tym parametrze metody proporcjonalnej. Sposób ten, jak wskazano wcześniej nie wynikał, z treści tej pozycji załącznika nr 1a do SIWZ. Zamawiający zastosował tu swoistą analogię, jednak nie przedstawił rzeczowych argumentów, ani dowodów, które pozwalałyby Izbie na uznanie, że ostatecznie działanie to nie było obarczone błędem. W postępowaniu przed Izba, strony muszą wykazywać dowody dla potwierdzenia okoliczności, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. W konsekwencji, Izba uznała zarzut Odwołującego za zasadny.

Jako jedyny zarzut, który nie zasługiwał na uwzględnienie Izba uznała zarzut dotyczący braku przyznania ofercie Odwołującego 30 pkt za parametr: *„Najważniejsze elementy systemu pochodzą od jednego producenta”*.

W załączniku nr 1a do SIWZ w pozycji „Parametry Techniczne i Eksploatacyjne” w pkt 2, Zamawiający zawarł następujący opis: „Najważniejsze elementy systemu pochodzą od jednego producenta”. W kolumnie „Ocena” Zamawiający wskazał następujący sposób punktacji: „Min. detektor, generator, lampa, interface stacji akwizycyjnej – 30 pkt. Min. generator, lampa, interface stacji akwizycyjnej – 20 pkt. Nie – 0 pkt”. Odwołujący w załączniku nr 1a do SIWZ złożonym przy ofercie w powyższej pozycji, w kolumnie „Wartość oferowana” podał: „TAK. Wszystkie elementy aparatu w tym detektor, generator, lampa, interface stacji akwizycyjnej pochodzą od jednego producenta będącego producentem kompletnego urządzenia”.

Zaoferowanie najważniejszych elementów systemu wyprodukowanych przez jednego producenta nie było warunkiem decydującym o zgodności oferty z treścią SIWZ. Wykonawca, który zaoferował takie rozwiązanie mógł natomiast liczyć na otrzymanie dodatkowych punktów w zależności od spełnionego minimum, tj. 20 lub 30 pkt.

W ocenie Izby, nie budziło wątpliwości, że warunkiem otrzymania dodatkowych punktów było zaoferowanie rozwiązania, w którym najważniejsze elementy systemu (min. detektor, generator, lampa, interface stacji akwizycyjnej lub generator, lampa, interface stacji

akwizycyjnej) zostały wyprodukowane przez jednego producenta. Argumentacja Odwołujący skoncentrowana została na tezie, iż z powyższego zapisu SIWZ nie można wywodzić, że każdy wyspecyfikowany w tej pozycji element musiał być wyprodukowany przez tego samego producenta. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia stanowiska Odwołującego.

Każdy z pozostałych wykonawców, oprócz Odwołującego, zrozumiał treść i sens powyższego zapisu. Zamawiający jeszcze na etapie udzielenia odpowiedzi na pytania do SIWZ, dał również jednoznaczny wyraz temu, że punktacji podlega rozwiązanie oferujące najważniejsze elementy systemu, które zostały wyprodukowane przez jednego przedsiębiorcę. Jako minimum – stanowiące o zgodności z treścią SIWZ – Zamawiający wymagał deklaracji zgodności CE dla oferowanego aparatu RTG (nie dla części składowych) – pkt 3 tabeli, poz. Parametry techniczne i eksploatacyjne. Wymóg ten, został zawarty bezpośrednio za ww. pkt 2 odnoszący się do możliwości otrzymania dodatkowych punktów, gdy najważniejsze elementy systemu, wyspecyfikowane w treści pkt 2, zostały wyprodukowane przez jednego producenta. Powyższe wymagania korespondowały ze sobą wzajemnie. Wykonawca miał obowiązek przedstawić deklaracje zgodności CE dla aparatu. Nie odnosiło się to do części składowych. Natomiast, gdy wykonawca oferował Zamawiającemu aparat posiadający oznaczenie CE, a części tego aparatu – najważniejsze elementy systemu wyspecyfikowane przez Zamawiającego – zostały wyprodukowane przez jednego producenta, nie tylko wypełniał warunek zgodności oferty z treścią SIWZ, ale również miał możliwość otrzymania dodatkowych punktów. Zamawiający uznał to rozwiązanie za niezbędne i uzasadnione jego potrzebami, w tym przeświadczeniem o lepszym funkcjonowaniu urządzenia, w którym najważniejsze współpracujące ze sobą elementy systemu są wyprodukowane przez jednego producenta. Nie budziło to wątpliwości wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, poza Odwołującym. Pismem z dnia 30 grudnia 2014 r., Zamawiający ustosunkował się do pytania wykonawcy OK Medical, który wskazał, że *„wymóg z pkt 1.2 nie wpływa w istotny sposób na jakość urządzenia. Dodatkowo aparat, który posiada podzespoły od jednego wytwórcy często jest niższej jakości, gdyż poszczególne zespoły różnią się od siebie w tak znacznym zakresie i pełnią tak różne funkcje, że jeden producent nie jest w stanie zagwarantować najwyższej jakości każdego z nich”*. Wykonawca ten nie kwestionował przy tym dopuszczalności rozwiązania przyjętego przez Zamawiającego, tj. punktowania oferty, w którym najważniejsze elementy zostały wyprodukowane przez jednego producenta, ale dążył jedynie do zmniejszenia ilości punktów, które za to rozwiązanie można było otrzymać, wskazując, że wymóg ten nie ma tak istotnego wpływu na jakość urządzenia. Zamawiający w odpowiedzi (na pytanie nr 29) wskazał, że nie dokonuje modyfikacji w sposób postulowany przez wykonawcę (przyjęcie punktacji: 10, 5, 0 zamiast: 30, 20, 0). Nie ulega wątpliwości Izby, że w odpowiedzi na to pytanie Zamawiający potwierdził w sposób jednoznaczny, nie tylko zakres punktacji, ale także przyjęty sposób

punktacji, tj. to, że punktacji będzie podlegała oferta deklarująca, że wszystkie wyspecyfikowane elementy systemu zostały wyprodukowane przez jednego producenta.

Zamawiający konsekwentnie do przyjętych w SIWZ zapisów, w sytuacji powzięcia wątpliwości w tym zakresie, co do oferty Odwołującego, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień. Treść pisma skierowanego do Odwołującego również nie pozostawiała wątpliwości, że Zamawiający żąda udzielenia wyjaśnień właśnie ze względu na to, by móc ustalić, czy Odwołujący zaoferował, że najważniejsze elementy systemu zostały wyprodukowane przez jednego producenta, a w konsekwencji, czy istnieje podstawa do przyznania tej ofercie dodatkowej punktacji. Pismem z dnia 22 stycznia 2015 r., Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty – podania dla zaoferowanego aparatu telekomando nazwy producenta każdego z elementów, które Zamawiający przedstawił Odwołującemu w formie tabeli, wymieniającej: Element: 1. Detektor, 2. Generator, 3. Lapma 4. Interface stacji akwizycyjnej. Istotna tego wezwania została w sposób jednoznaczny zrozumiana przez Odwołującego, który w odpowiedzi nie podał nazwy producenta żadnego z powyższych elementów, a jednocześnie podjął próbę polemiki z treścią SIWZ, wskazując, że Zamawiający oczekiwał określenia „pochodzenia” tych elementów, które nie jest określeniem tożsamym z „produkcją” a ponadto jest określeniem „wieloznacznym”, o czym świadczy odmienne rozumienie tego określenia przez Zamawiającego (vide siwz Postępowania) w stosunku do znaczenia wynikającego z art. 29 ust. 3 Ustawy.

W ocenie Izby, Odwołujący na etapie przed złożeniem ofert, przy zachowaniu należytej staranności, miał możliwość powzięcia wiedzy o tym, że punktacji podlega zaoferowanie, iż najważniejsze elementy zostały wyprodukowane przez jednego producenta. Wystarczające w tym zakresie było chociażby przeanalizowanie pytania nr 29 i odpowiedzi Zamawiającego. Następnie, skoro pojęcie „pochodzenie” było dla Odwołującego pojęciem wieloznacznym – co podnosił już w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – to mógł skorzystać z możliwości wcześniejszego wyjaśnienia tego w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. Skoro wykonawca twierdził, i na moment udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i na etapie rozprawy, że pojęcie to może mieć różne znaczenie to dla potwierdzenia, jakie konkretne znaczenie ma ono w tym postępowaniu, mógł – i dla zabezpieczenia swoich interesów powinien był – skorzystać z prawa przewidzianego w art. 38 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, iż wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis nie warunkuje prawa do skorzystania z tej możliwości od tego, czy wykonawca miał wątpliwości, powziął je, czy mógł je powziąć. Warto w tym miejscu wskazać na pogląd Sądu Najwyższego, wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13, zgodnie z którym w konkretnych okolicznościach danego postępowania brak skorzystania z prawa wynikającego z art. 38 Pzp może świadczyć o braku należytej

staranności. W konsekwencji, zdaniem Izby, może to świadczyć nawet o braku możliwości poniesienia szkody (art. 179 ust. 1 Pzp), skoro wykonawca nie podjął właściwych starań dla zabezpieczenia swojej sytuacji. Stan faktyczny będący podstawą stanowiska Sądu Najwyższego był odmienny, niemniej jednak, w ocenie składu orzekającego Izby, tezy i wnioski powzięte przez Sąd Najwyższy w tamtej sprawie można by uznać za aktualne i adekwatne także na gruncie sprawy niniejszej. Sąd Najwyższy wskazał m.in., że „(...) art. 38 Pzp stanowi w zw. z art. 354 § 2 Kc nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 Kc”.

Jeżeli nawet uznać, by twierdzenie Odwołującego, że miał podstawy do odmiennego rozumienia ww. zapisu, zaś Zamawiający na etapie wezwania do udzielenia wyjaśnień miał zmienić rozumienie treści SIWZ – do czego brak jest jednak rzeczowych podstaw; samo brzmienie i wynikająca z niego istotna spornego zapisu są, zdaniem Izby, jasne w stopniu oczywistym, zrozumienie tego zapisu nie powinno dla profesjonalisty powodować żadnych trudności; jeżeli wykonawca miał świadomość wieloznaczności pojęcia „pochodzenie” to mógł to zweryfikować za pomocą pytania w trybie art. 38 ust. 1 Pzp; wszyscy wykonawcy oprócz Odwołującego zrozumieli treść tego zapisu; wreszcie potwierdzenie jego istoty wynikało wprost z pytania nr 29 i udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi – to niewątpliwie Odwołujący, dążąc do zabezpieczenia swojej sytuacji, powinien był zaskarżyć w odpowiednim terminie czynność wezwania z uwagi na to, że podstawą tego wezwania miałyby być wadliwe (w ocenie Odwołującego) rozumienie treści SIWZ. Odwołujący, posiadał w ocenie Izby pełne rozeznanie, co stanowi podstawę wezwania. Z tego też względu w odpowiedzi podjął próbę przeforsowania swojego rozumienia treści SIWZ, jednocześnie uchylając się od wezwania do podania nazw producentów. Odwołujący nie zaskarżył jednak ww. czynności, ograniczając się do polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego. Próba wykazania wadliwości tego stanowiska podjęta została następnie na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby, należy wskazać, że zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej ustawodawca, na gruncie ustawy Pzp, nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i/lub zaniechań zamawiającego. Tym samym niedopuszczalna jest sytuacja, w której profesjonalny wykonawca przywołuje w odwołaniu okoliczności znane (lub możliwe do ustalenia, przy zachowaniu należytej staranności) na wcześniejszym etapie postępowania, których nie kwestionował w drodze dostępnych mu środków ochrony prawnej. W sprzeczności z zasadą koncentracji byłoby przyzwolenie, aby istniejące uprzednio okoliczności, co do których wykonawca powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł, co najmniej powziąć

wiadomość, służyły za podstawę do wnoszenia odwołania na późniejszym etapie postępowania.

Zdaniem składu orzekającego Izby należy także krytycznie ocenić taktykę procesową wykonawcy, który na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty podejmuje próbę przeforsowania własnego rozumienia treści SIWZ, odpowiadającego tylko jego ofercie – pozostającego przy tym w jawnej sprzeczności z działaniami zamawiającego i działaniami innych wykonawców – jeżeli wykonawca ten wcześniej nie podjął żadnych działań, by potwierdzić przyjętą przez siebie interpretację, jak również nie kwestionował żadnych wcześniejszych czynności zamawiającego, których podstawę stanowiła interpretacja odmienna od interpretacji wykonawcy. Ustawodawca stworzył dla wykonawców, na gruncie Pzp, możliwie szeroki wachlarz środków ochrony swojego interesu. Jeżeli wykonawca rezygnuje z ich podjęcia we właściwym czasie, lub nie podejmuje ich z uwagi na brak wiedzy, którą przy zachowaniu należytej staranności winien był posiadać, to na dalszym etapie postępowania nie powinien rościć prawa do „narzucania” zamawiającemu własnej, odpowiadającego tylko jego ofercie, wykładni treści SIWZ. Jest to tym bardziej uzasadnione w sytuacji nie przedłożenia rzeczowych dowodów dla poparcia stawianych tez.

W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, dokumenty złożone przez Odwołującego, w zakresie powyższego zarzutu, nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności nie stanowiły dowodów, które w sposób jednoznaczny potwierdzałyby stanowisko Odwołującego. Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to strona która z danej okoliczności wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne obowiązana jest do jej udowodnienia. Złożona deklaracja stanowiła jedynie potwierdzenie, że elementy systemu objęte są gwarancją przez producenta kompletnego urządzenia. Słusznie podnosił Przystępujący, że nie był to dowód dla wykazania, że elementy te zostały wyprodukowane przez jednego producenta. Dla urządzenia złożonego z elementów wyprodukowanych przez różnych producentów, sprzedawca może niewątpliwie udzielić gwarancji, co jednak nie jest tożsame z wyprodukowaniem poszczególnych elementów urządzenia przez jednego producenta. Przystępujący zasadnie argumentował także, że przyjęcie stanowiska Odwołującego prowadziłoby do tego, że każdy z wykonawców, który spełniłby wymóg minimalny (deklaracja zgodności CE), byłby jednocześnie premiowany dodatkową punktacją – co byłoby działaniem nielogicznym. Dowód z oferty Przystępującego złożonej w unieważnionym wcześniej postępowaniu okazał się chybiony. Przystępujący w sposób przekonujący wykazał powody wcześniejszego, błędnego wykazywania spełnienia w sposób maksymalny warunków punktacji. Dowody z treści specyfikacji innych postępowań przetargowych dotyczących dostawy aparatu RTG, wskazywały jedynie, że niektórzy zamawiający powyższy wymóg opisują za pomocą wyrażenia „wyprodukowane przez tego samego producenta”. Nie oznacza to, że istnieje w tym względzie jedna obowiązująca zasada, mianowicie – że tylko użycie

takiego sformułowania uprawnia zamawiającego do twierdzenia, iż punktował jedynie zaoferowanie elementów urządzenia, gdy zostały one wyprodukowane przez tego samego producenta, zwłaszcza gdy – tak jak w sprawie niniejszej – Zamawiający swoimi działaniami dał jednoznaczny wyraz temu, jak należało rozumieć zapis użyty w tym postępowaniu. Na podstawie tych dowodów można by przy tym powziąć tezę przeciwną do zamierzonej przez Odwołującego – skoro wykonawca ten wiedział, że zamawiający stosują różną praktykę opisu to dla wykluczenia, że w tym postępowaniu możliwość punktacji nie będzie uzależniona od wykazania wyprodukowania elementów przez jednego producenta, mógł tym bardziej zwrócić się do Zamawiającego z odpowiednim pytaniem. Krytycznie należy też ocenić dowodzenia, za pomocą definicji słownikowych, że w danym postępowaniu jedno słowo powinno być rozumiane w sposób odpowiadający Odwołującemu. Odwołujący złożył definicje słownikowe słowa „pochodzenie”, które wskazywały różnorodność możliwych znaczeń, w tym – jak słusznie podnosił Zamawiający – wskazywały m.in. na „bycie zrobionym przez kogoś” (a nie tylko dostarczonym, które to wyłącznie znaczenie, wśród wielu innych, Odwołujący wyszczególnił dodatkowym kolorem). Nie zostało wykazane dlaczego prymat należałoby w tym przypadku przyznać znaczeniu przyjmowanemu przez Odwołującego, a nie Zamawiającego i innych wykonawców. Odwołujący powołał, że przepisy dyrektywy tzw. klasycznej rozróżniają pojęcie pochodzenia i produkcji. Przepis art. 23 ust. 8 tej dyrektywy stanowi jednak o tym, że specyfikacje techniczne nie mogą zawierać odniesień do konkretnego pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców albo produktów. Trudno zgodzić się, by na podstawie tego przepisu zakazane było używanie w specyfikacji pojęcia pochodzenia w rozumieniu produkcji (niezależnie od tego, że przepisy dyrektywy skierowane są do państw członkowskich). Zamawiający w niniejszej sprawie nie odnosił się do konkretnej produkcji. Nie ograniczał, że dopuszcza jedynie daną metodę produkcji (co mogłoby przykładowo faworyzować podmiot posiadający wyłączność tej metody zabezpieczoną patentami, licencjami, itp.). Punktował jedynie to, czy konkretne elementy są od jednego producenta, a nie to, w jaki sposób zostały one wyprodukowane.

Reasumując, zarzut dotyczący braku przyznania 30 pkt ofercie Odwołującego w parametrze „*Najważniejsze elementy systemu pochodzą od jednego producenta*” nie podlegał uwzględnieniu. Izba nie znalazła podstaw, by w tym zakresie uznać działania Zamawiającego za niewłaściwe i naruszające przepisy ustawy Pzp.

Mając wszystko powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: