

Sygn. akt: KIO 1740/11

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę: **Siemens Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie**, w imieniu oraz na rzecz którego działa **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie**, z uwagi na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści **Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia**,

2. kosztami postępowania obciąża **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Siemens Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz wykonawcy: **Siemens Sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesienia wpisu od odwołania,
 - 2.3. zasądza od **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Centrum Onkologii - Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie, w imieniu oraz na rzecz którego działa Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Dostawa poz. 1 cyfrowy aparat mammograficzny – 1 kpl.; poz. 2 cyfrowy aparat mammograficzny z wyposażeniem dodatkowym – 3 stacje diagnostyczne, kpl.*” zostało wszczęte przez Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie, w imieniu oraz na rzecz którego działa Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie, zwane dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 47-077162) w dniu 9 marca 2011 r.

W dniu 2 sierpnia 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 12 sierpnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Siemens Sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 16 sierpnia 2011 r. wykonawca: GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Przystępującego. Odwołujący podnosił, iż w jego ocenie dokumenty, złożone Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów zawarte w piśmie z dnia 19 lipca 2011 r., nie potwierdzają, iż na dzień składania ofert zapewniona była możliwość rozbudowy oferowanego

przez Przystępującego aparatu mammograficznego o funkcję tomosyntezy. Ponadto z dokumentów tych nie wynika, aby istniała możliwość wyboru stałego głównego regionu detektora systemu AEC. Dokonanie przez Zamawiającego odmiennych ustaleń stanowiło, w ocenie Odwołującego, odpowiednio naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izłą.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania postanowił on uwzględnić zarzuty postawione przez Odwołującego i w całości popierał jego stanowisko.

Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, na piśmie oraz na rozprawie przed Izłą.

Wniósł on sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W ocenie Odwołującego odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 185 ust. 2 pkt 4) lub 5) ustawy Pzp, ewentualnie oddalone jako niezasadne.

Przystępujący twierdził, iż należycie wykazał spełnianie wymagań Zamawiającego przez oferowane przez siebie urządzenie, zaś Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W szczególności Izba uznała, iż brak było podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4) lub 5) ustawy Pzp, o co wnosił Przystępujący. Twierdzenia Przystępującego związane były z postępowaniem odwoławczym wszczętym wniesieniem odwołania w dniu 22 czerwca 2011 r. przez Wykonawcę: Timko Sp. z o.o. w Warszawie, ostatecznie rozstrzygniętym wyrokiem Izby z dnia 5 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1317/11. W oparciu o tenże wyrok Izby Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej, za jaką uznał ofertę Przystępującego oraz kierując się wskazówkami sformułowanymi przez Izbę, wezwał tegoż wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań odnoszących się do oferowanych mu urządzeń. Następnie, po zbadaniu uzupełnionych dokumentów, ponownie uznał, iż oferta złożona przez Przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą. Rozpatrywane przez Izbę odwołanie w niniejszym postępowaniu kwestionuje prawidłowość powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wskazuje na zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Przystępującego. W tak ustalonym stanie faktycznym Izba uznała wnioski Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie przytoczonych przepisów za niezaskługujące na uwzględnienie. W odniesieniu do pierwszej podstawy, tj. art. 189 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, istotnym jest, iż odwołanie rozpoznawane przez Izbę wniesione zostało przez innego odwołującego – nie zachodziła tu tożsamość podmiotów, ponadto odnosi się ono do innych niż w sprawie o sygn. akt KIO 1317/11 okoliczności – każde z nich zostało wniesione wobec innych czynności Zamawiającego, podjętych w odmiennym stanie faktycznym. Oczywistym jest, iż powołane dwie czynności dzieli uznanie przez Izbę, iż pierwszy wybór oferty złożonej przez Przystępującego został dokonany w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, ponowne badanie ofert i związane z nim wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów oraz ocena tychże ofert. Izba w wyroku z dnia z dnia 5 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1317/11, nakazała Zamawiającemu unieważnienie oferty złożonej przez Przystępującego i ponowną weryfikację prawidłowości złożonych mu ofert. Dopiero po jej dokonaniu Zamawiający był uprawniony ponownie wybrać ofertę najkorzystniejszą. Tym samym brak również podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp. Odwołanie bowiem nie zostało wniesione wobec czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, czy też wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów. Odnosiło się ono do oceny dokumentów złożonych przez Przystępującego już po wydaniu powołanego wyroku przez Izbę oraz do dokonanego na podstawie tych dokumentów wyboru oferty złożonej przez tego Wykonawcę. Celem powołanego przepisu jest zapewnienie szybkości

postępowania oraz uniemożliwienie kwestionowania czynności wykonanych jako bezpośrednie następstwo orzeczenia Izby i w zgodzie z tym orzeczeniem. Jednak dokonana przez Przystępującego wykładnia art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp nie jest zgodna z tym celem i wykracza daleko poza tenże. Prowadziłaby ona raczej do ograniczenia prawa wykonawców do weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego na drodze przysługujących im środków ochrony prawnej. Gdyby przyjąć tę argumentację za słuszną, Odwołujący nie mógłby w ogóle kwestionować prawidłowości wyboru oferty Przystępującego, nawet gdyby ten w ogóle żądanych przez Zamawiającego dokumentów nie uzupełnił. W ocenie Izby, Przystępujący wyciągnął zbyt daleko idące wnioski z treści art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp, dlatego też również w tym zakresie jego wniosek o odrzucenie odwołania nie został uwzględniony.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego przez Przystępującego dowodu z oświadczenia Davida Caumartin'a mającego być, zgodnie z oświadczeniem Przystępującego, pisemną deklaracją producenta oferowanego przez Przystępującego aparatu mammograficznego potwierdzającego posiadanie przez ten aparat możliwości rozbudowy o funkcję tomosyntezy. Izba ustaliła, iż oświadczenie to nie było przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, tym samym jego treść nie mogła w jakikolwiek sposób oddziaływać na czynności Zamawiającego, których prawidłowość kwestionowana jest w odwołaniu. Treść tegoż dokumentu nie była Zamawiającemu znana na etapie badania i oceny ofert, stąd też nie była ona poddana jego ocenie i nie stanowiła dla niego podstawy do podjęcia kwestionowanych w odwołaniu decyzji. Jak słusznie podnosił Odwołujący, dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań Zamawiającego powinny zostać złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 lipca 2011 r., nie mogą zaś być uzupełnione w toku rozprawy przed Izbą. Dlatego też Izba uznała, iż dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki i nie uwzględniła treści powołanego oświadczenia przy rozstrzygnięciu, czy czynności podjęte przez Zamawiającego stanowią naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Z analogicznych względów Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka Pawła Kukołowicza, pełnomocnika Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający opisał szczegółowo przedmiot zamówienia w tabeli zawartej w części A załącznika nr 1 i 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). W pkt IV.9 Zamawiający określił parametr „*Możliwość wyboru stałego głównego regionu detektora systemu AEC*”, zaś w pkt X.9: „*Możliwość rozbudowy aparatu o funkcję tomosyntezy (zapewnione w momencie składania ofert)*”. Powołana tabela opatrzona została następującym komentarzem „*Powyższe parametry/warunki graniczne stanowią wymagania odcinające – niespełnienie nawet jednego z ww. wymagań spowoduje odrzucenie oferty. W przypadku wątpliwości, Komisja zastrzega sobie prawo do weryfikacji parametrów oferowanych urządzeń na podstawie oryginalnych materiałów producenta. W sytuacji braku jednoznacznego potwierdzenia w fmi wartości oferowanych parametrów, zamawiający ma prawo odrzucić ofertę.*” Ponadto Wykonawcy składali oświadczenie następującej treści: „*Do oferty dołączono firmowe materiały informacyjne (fmi), w których zostały zaznaczone parametry dotyczące warunków granicznych (podanych w rubrykach)*”

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający w piśmie z dnia 7 kwietnia 2011 r. w odpowiedzi na pytania 5-6 wyjaśnił, iż poprzez sformułowanie „*możliwość wyboru stałego głównego regionu detektora systemu AEC,*” rozumie „*możliwość wykonywania ekspozycji w trybie, w którym dane na podstawie których dostosowywane są parametry ekspozycji, są zbierane ze znanego użytkownikowi obszaru detektora, identycznego dla wszystkich wykonywanych w tym trybie ekspozycji. Taki tryb jest wykorzystywany przez użytkownika podczas wykonywania testów kontroli jakości aparatury mammograficznej.*” W odniesieniu do wymogu określonego w pkt X.9 części A załącznika nr 1 i 2 do SIWZ w odpowiedzi na pytanie 26 i 29 podtrzymał go, zaś w odpowiedzi na pytanie 27 wyjaśnił, iż „*będzie wymagał aby wykonawca wskazał instalację oferowanego produktu, w której zainstalowano tomosyntezę lub jednoznacznie potwierdził, że w przypadku wyrażenia chęci rozbudowy o tomosyntezę, taka rozbudowa zostanie wykonana*”. Dalej w odpowiedzi na pytanie 33 podtrzymał wymóg dołączenia do ofert firmowych materiałów informacyjnych, które miały być dla niego podstawą do weryfikacji wybranych parametrów określonych w załącznikach nr 1 i 2 do SIWZ, w tym pkt IV.9 i X.9. Wyjaśnił przy tym, iż wymaga dołączenia oryginalnych materiałów firmowych producenta z danymi technicznymi oferowanego urządzenia wraz z tłumaczeniem na język polski. Ponadto w odpowiedzi na pytanie 34 dopuścił w przypadku, „*kiedy brak jest potwierdzenia pojedynczych parametrów w oryginalnych materiałach firmowych producenta, dołączenie oświadczenia producenta o wartości / spełnianiu tych parametrów wraz z jego tłumaczeniem*”.

W dniu 20 kwietnia 2011 r. upłynął termin składania oferty. Przystępujący zaoferował, zarówno w pierwszej, jak i drugiej pozycji formularza ofertowego mammograf - Senographe Essential General Electric Healthcare – Francja, stacja lekarska IDI, Image Diagnost, International GmbH Niemcy.

W dniu 14 czerwca Zamawiający powiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Przystępującego. Powołana czynność została unieważniona w wykonaniu wyroku Izby z dnia 5 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1317/11. Izba uznała bowiem, iż Przystępujący nie wykazał, iż oferowany przez niego aparat mammograficzny spełnia wymagania określone w SIWZ, w tym określone w pkt IV.9 i pkt X.9 części A załącznika nr 1 i 2 do SIWZ. Dlatego też Zamawiający zobowiązany był wezwać tego Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie tych wymogów.

W wykonaniu powołanego orzeczenia Izby, Zamawiający pismem z dnia 19 lipca 2011 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, których brak ustaliła Izba. Następnie, po zbadaniu uzupełnionych dokumentów, ponownie uznał, iż oferta złożona przez Przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istotną jest okoliczność, iż Przystępujący był zobowiązany przedstawić dokumenty potwierdzające spełnianie wymogów Zamawiającego w ściśle określonym terminie, wskazanym w wezwaniu do uzupełnienia tych dokumentów. Wszelkie próby przedstawienia takich dokumentów po upływie tego terminu uznać należy za bezskuteczne, a ich ocena, niezależnie od treści, nie może mieć wpływu na ocenę spełniania wymogów Zamawiającego przez oferowanego urządzenia. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty takie należy złożyć nie później niż w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, a termin ten nie ulega przywróceniu. Ważną jest także treść odpowiedzi na pytanie 34 udzielonej w piśmie z dnia 7 kwietnia 2011 r. Zamawiający dopuścił w niej dołączenie do oferty oświadczenia producenta o wartości / spełnianiu pojedynczych parametrów wraz z jego tłumaczeniem, w przypadku gdy w oryginalnych materiałach firmowych producenta brak takiego potwierdzenia. Co istotne Przystępujący nie skorzystał w toku

postępowania o udzielenie zamówienia z takiej możliwości. Podjęta zaś próba przedstawienia Izbie takiego oświadczenia w toku rozprawy zostać musiała uznana za spóźnioną i nie mającą wpływu na ocenę zasadności odwołania.

Izba rozstrzygając o zasadności zarzutu nieprawidłowej oceny dokumentów mających potwierdzać spełnianie wymogu określonego w pkt IV.9 części A załącznika nr 1 i 2 do SIWZ, a uzupełnionych w odpowiedzi na wezwanie zawarte w piśmie z 19 lipca 2011 r., kierowała się w głównej mierze dokonaną analizą treści powołanego punktu IV.9 oraz odnoszącej się do niego odpowiedzi na pytania 5-6 udzielone w piśmie z dnia 7 kwietnia 2011 r., a także treści strony 3 uzupełnionych przez Przystępującego dokumentów. Izba w oparciu o powołaną analizę ustaliła treść wymogu sformułowanego w pkt IV.9 i w kontekście tejże treści rozstrzygnęła o braku zgodności z tym wymogiem oferowanego Zamawiającemu rozwiązania.

Izba ustaliła, że w uzupełnionych przez Przystępującego dokumentach, na ich stronie trzeciej, w instrukcji obsługi 5307915-6-S-1PL, wersja 1 zawarte zostały dwa rysunki przedstawiające dwie różne wielkości akwizycji obrazu opisane następującym tekstem odpowiadającym poszczególnym rysunkom: rysunek 1 – *„W przypadku ekspozycji kontaktowych z użyciem funkcji AOP i akwizycji obrazu o wielkości 24x31, obszar użyty do identyfikacji najgęstszej części sutka ma powierzchnię 230 mm na 190 mm i przylega do boku ze ścianą klatki piersiowej i jest wycentrowany w obrazie czujnika (przyciemniony obszar na schemacie)”,* oraz rysunek 2 – *„W przypadku ekspozycji kontaktowych z użyciem funkcji AOP i akwizycji obrazu o wielkości 19x23, obszar użyty do identyfikacji najgęstszej części sutka ma powierzchnię 160 mm na 140 mm i przylega do boku ze ścianą klatki piersiowej i jest wycentrowany w obrazie czujnika (przyciemniony obszar na schemacie)”. Ponadto strona ta została opisana odręcznym pismem następującą adnotacją: „pkt IV.9 Możliwość wyboru stałego głównego rejonu detektora systemu AEC”.*

Izba dokonując porównania opisanej powyżej treści z wymaganiami Zamawiającego uznała, iż Przystępujący za pomocą uzupełnionego dokumentu wykazał, iż oferowany przez niego aparat zapewnia zbieranie danych z co najmniej dwóch obszarów detektora, które to obszary zostały wyraźnie identyfikowane na powołanych rysunkach. Z rysunków tych oraz opisującego je tekstu wynika, iż obszary te są stałe – liczby opisujące jego wielkość, tak w przypadku rysunku pierwszego, jak i rysunku drugiego, są danymi jednoznacznie określonymi, nie dopuszczającymi żadnych przesunięć, nie obejmują wahań w określonych granicach. W pierwszym przypadku to obszar o wymiarach 230 mm x 190 mm, w drugim 160 mm x 140 mm. Obszary te są zatem wyraźnie zidentyfikowane i znane użytkownikowi. Z dokumentu tego wynika więc, iż oferowany przez Przystępującego aparat może zbierać

dane z co najmniej dwóch obszarów detektora. Niemniej, w ocenie Izby, dokument ten nie potwierdza w sposób pełny spełniania wymagań Zamawiającego. Z jego treści nie wynika, w jaki sposób użytkownik może dokonać wyboru pomiędzy powołanymi obszarami. Nie zostało wskazane, czy użytkownik ma jakikolwiek wpływ na wybór takiego obszaru. Tymczasem, już w treści, określającego pożądaną przez Zamawiającego funkcjonalność, pkt IV.9 części A załącznika nr 1 i 2 do SIWZ, zostało wyraźnie wskazane, iż istotna jest „możliwość wyboru stałego regionu detektora”. Konieczne jest zatem umożliwienie użytkownikowi aparatu dokonania wyboru stałego regionu detektora. Z samego faktu, iż aparat zapewnia zbieranie danych z co najmniej dwóch obszarów detektora, nie wynika, iż pozwala on również użytkownikowi na wybór, z którego to obszaru te dane mają być zbierane. Wątpliwość tę wzmacnia fakt, iż Przystępujący wraz z ofertą przedłożył inne dokumenty producenta oferowanego przez siebie aparatu (strona 96 oferty), z których wynika, iż urządzenie to automatycznie w trakcie badania definiuje obszar badania detektora. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż złożony przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zawarte w piśmie z dnia 19 lipca 2011 r. dokument mający potwierdzać spełnianie wymogów określonych w pkt IV.9 części A załącznika nr 1 i 2 do SIWZ, w istocie wymogów tych w pełni nie potwierdza. Tym samym zasadnie podnosił odwołujący, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Mając na celu rozstrzygnięcie o zasadności zarzutu nieprawidłowej oceny dokumentów mających potwierdzać spełnianie wymogu określonego w pkt X.9 części A załącznika nr 1 i 2 do SIWZ uwzględniła, jako punkt odniesienia służący do oceny treści uzupełnionych dokumentów, treść powołanego pkt X.9 oraz odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 27 zawartej w piśmie z dnia 7 kwietnia 2011 r.

Jak przyznał sam Przystępujący w toku rozprawy przed Izbą uzupełnione przez niego dokumenty, mające potwierdzać spełnianie przez oferowany Zamawiającemu aparat mammograficzny wymogu określonego w pkt X.9 części A załącznika nr 1 i 2 do SIWZ, w głównej mierze opisują funkcję tomosyntezy. W tym zatem zakresie należy uznać je za niemające wpływu na ocenę okoliczności spełniania wymogów określonych w SIWZ przez powołany aparat mammograficzny.

Istotnym jest, że Wykonawcy mieli obowiązek wykazania, iż oferowany przez nich aparat mammograficzny zapewnia w momencie składania oferty możliwość rozbudowy o funkcję tomosyntezy. W tym celu mieli oni wskazać instalację oferowanego produktu, w której zainstalowano tomosyntezę lub jednoznacznie potwierdzić, że w przypadku wyrażenia chęci rozbudowy o tomosyntezę, taka rozbudowa zostanie wykonana. Odwołujący

podnosił, iż Przystępujący w ogóle nie wykazał, że oferowane Zamawiającemu urządzenie zostało już w jakiegokolwiek lokalizacji zainstalowane wraz z funkcją tomosyntezy. Nie przedstawił też żadnego zapewnienia, że w przypadku wyrażenia chęci rozbudowy o tomosyntezę, taka rozbudowa zostanie wykonana. Co więcej w ocenie Odwołującego z informacji zawartej na stronie 35 uzupełnionych przez Przystępującego dokumentów wynika, iż funkcja ta nie została jeszcze skutecznie wprowadzona do obrotu handlowego, ponieważ producent tegoż aparatu nie przeprowadził jeszcze w stosunku do tego urządzenia odpowiedniego postępowania oznakowania go znakiem CE.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w tym zakresie, w szczególności, że Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na odparcie twierdzeń strony przeciwnej. Za dowód taki nie mogło zostać uznane oświadczenie Przystępującego złożone w toku rozprawy przed Izbą, iż oferowany przez niego aparat posiada pożądaną przez Zamawiającego możliwość rozbudowy o funkcję tomosyntezy. Podjęta przez Przystępującego próba wykazania własnym oświadczeniem, iż oferowany przez niego produkt spełnia wymagania SIWZ, jest działaniem podjętym po upływie terminu przewidzianego przepisami prawa. Jest w istocie usiłowaniem uzupełnienia brakujących dokumentów w toku rozprawy przed Izbą, co należy ocenić jako działanie spóźnione i stanowiące naruszenie regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z tych samych powodów Izba nie uwzględniała jako dowodu, jak to już wcześniej wskazano, przedstawionego w toku rozprawy przez Izbą oświadczenia Davida Caumartin'a. Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż Przystępujący nie jest producentem oferowanego przez siebie urządzenia, stąd też oświadczenie złożone przez niego nie czyni zadość wymaganiom skonkretyzowanym w informacji pod tabelą zawierającą część A załącznika nr 1 i 2 do SIWZ, potwierdzonym i skonkretyzowanym w odpowiedziach na pytania 33 i 34 zawartych w piśmie z dnia 7 kwietnia 2011 r. Zamawiający w sposób wyraźny żądał, aby spełnianie przez oferowany mu sprzęt sformułowanych przez niego wymogów znajdowało potwierdzenie w materiałach pochodzących od producenta tegoż sprzętu. Dlatego też oświadczenie złożone przez Przystępującego, wobec faktu, iż nie jest on producentem oferowanego przez siebie aparatu, nie mogło zostać uznane przez Zamawiającego za wystarczające.

Co istotne Przystępujący nie wykazał, aby z przedstawionych przez niego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wynikało, iż oferowany przez niego aparat spełnia wymóg określony w pkt X.9 części A załącznika nr 1 i 2 do SIWZ. Ponadto Izba uznała jako wiarygodne twierdzenia Odwołującego sformułowane w oparciu o informacje zawarte na 35 stronie uzupełnionych przez Przystępującego materiałów. Poddawał on w wątpliwość istnienie, na dzień składnia ofert, możliwości rozbudowy urządzenia

oferowanego przez Przystępującego o funkcję tomosytezy, tak aby można było z niej potencjalnie korzystać już w dniu składania ofert. Z dokumentu tego wynika bowiem, iż „Opcja ta nie może zostać oddana do użytku, zanim nie stanie się zgodna z oznakowaniem CE. Opcja ta może nie być dostępna we wszystkich regionach. Opcja ta nie jest dopuszczona ani zatwierdzona przez FDA Stanów Zjednoczonych”. W ocenie Izby dokument ten nie może być uznany za potwierdzający spełnianie wymogów zawartych w pkt X.9 części A załącznika nr 1 i 2 do SIWZ. Tym bardziej, iż Przystępujący nie wykazał, na etapie uzupełniania dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 lipca 2011 r., iż w dacie nie późniejszej niż otwarcie ofert oferowane Zamawiającemu urządzenie zostało już w jakiegokolwiek lokalizacji zainstalowane wraz z funkcją tomosytezy. Nie przedstawił też na tym etapie żadnego zapewnienia opatrzonego powołaną datą, że w przypadku wyrażenia chęci rozbudowy o tomosyntezę, taka rozbudowa zostanie wykonana.

W oparciu o powyższe Izba uznała, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3) lit. b) ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła w szczególności przepis § 5 ust. 2 pkt 2), zgodnie z którym w przypadku, uwzględnienia odwołania przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie Zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz uzasadnione koszty stron (odwołującego lub zamawiającego) na ich rzecz. Izba wzięła również pod uwagę przepis

§ 3 pkt 2) lit. b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zaliczone w poczet kosztów postępowania odwoławczego nie mogą być wyższe niż kwota 3 600,00 zł.

Przewodniczący: