

**Sygn. akt KIO 505/20**

**WYROK**  
**z dnia 4 czerwca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2020 r. przez wykonawcę TMS sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu

przy udziale wykonawcy Siemens Healthcare sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża TMS sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TMS sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Zamościu.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa, wraz z montażem i instalacją, aparatury medycznej i wyposażenia dla sal zabiegowych i operacyjnych w nowo wybudowanym budynku kardiologii Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 248-612730. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca TMS sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie 9 marca 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 24 ust 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Siemens Healthcare sp. z o.o. w Warszawie, dalej jako „Siemens”, pomimo wprowadzenia zamawiającego przez tego wykonawcę w błąd co do spełniania przez zaoferowane urządzenie (angiograf Artis Q Ceiling) parametru określonego w pkt A.1.96. załącznika nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ” - Formularz „Zestawienie wymaganych parametrów technicznych i użytkowych” - możliwość rozbudowy o oprogramowanie do wspomagania zabiegów leczenia wad strukturalnych serca (echonawigacji);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Siemens mimo jej niezgodności z treścią SIWZ, z uwagi na brak spełniania przez oferowany przez tego wykonawcę angiograf Artis Q Ceiling obligatoryjnych wymogów dotyczących parametrów zamawianego sprzętu wynikających z punktów A.1.4 załącznika nr 1 do SIWZ w związku z treścią załącznika nr 3 do SIWZ w punktach 2.25 Sala Zabiegowa Kardiochirurgiczna, 2.26 Sala Zabiegowa Hybrydowa oraz 2.29 Sala Zabiegowa Elektroterapii, gdyż oferowany system nie jest przystosowany do warunków architektonicznych pomieszczeń posiadanych przez zamawiającego, przeznaczonych dla potrzeb sali operacyjnej hybrydowej, a nie jest to omyłka

podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp; ustalają wysokość montażu (sufitu) w przedziale 2700 - 2720 mm (106,3 - 107,1");

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Siemens mimo jej niezgodności z treścią SIWZ, z uwagi na brak spełniania przez oferowane lampy iLed7 wraz oferowanym angiografem Artis Q Ceiling obligatoryjnych wymogów dotyczących parametrów zamawianego sprzętu wynikających punktu A.II.5. załącznika nr 1 do SIWZ, zgodnie z którym dolna krawędź uchwytów sterylnych, zainstalowanych w osiach geometrycznych czasz, po maksymalnym uniesieniu czaszy w górę (czasza ustawiona nad polem operacyjnym, poniżej szyn aparatu sufitowego, czasza w pozycji horyzontalnej) musi znajdować się na wysokości min. 2000 mm - a nie jest to omyłka podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy;
- 4) art. 9 ust. 1 i art. 8 ust 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez dopuszczenie przez zamawiającego do przeprowadzenia przez Siemens prezentacji multimedialnej, do udziału w której nie dopuszczono pozostałych wykonawców, nadto przez brak sporządzenia pisemnego protokołu z negocjacji treści oferty i wyjaśnień Siemens złożonych w trakcie prezentacji;
- 5) art. 87 ust. 1 ustawy przez dopuszczenie do zmiany treści oferty Siemens w zakresie spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego w treści pkt A.1.96. załącznika nr 1 do SIWZ - Formularz „Zestawienie wymaganych parametrów technicznych i użytkowych” oraz naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ.

Wskazując na powołane zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy firmy Siemens;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. wykluczenia Siemens z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, względnie odrzucenia oferty Siemens jako niezgodnej z SIWZ.

Wniósł również o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Na potwierdzenie zarzutu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- poglądowej prezentacji interaktywnej 3D zakresu pracy (odwołujący zapewni sprzęt niezbędny do prezentacji);
- opinii biegłego z zakresu funkcjonalności urządzeń medycznych w zakresie spełniania przez angiograf Artis Q Ceiling wymogów dotyczących wynikających z punktów A.1.4

załącznika nr 1 do SIWZ w związku z treścią załącznika nr 3 do SIWZ w punktach 2.25/Sala Zabiegowa Kardiochirurgiczna, 2.26/ Sala Zabiegowa Hybrydowa oraz 2.29 Sala Zabiegowa Elektroterapii, a także pkt A.II.5. załącznika nr 1 do SIWZ.

Wykonawca Siemens przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący Siemens podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający za pisemną odpowiedź na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Ad. 1)** Zamawiający w pkt III. 2 SIWZ wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania określa w załącznik nr 1 do SIWZ zawierającym „Zestawienie wymaganych parametrów technicznych i użytkowych”. Pkt III.9. SIWZ stanowi, że zamawiający informuje, że oferta musi spełniać wymagania opisu przedmiotu zamówienia. W przeciwnym wypadku oferta zostanie odrzucona jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Załącznik nr 1 do SIWZ ma formę tabeli. Zamawiający w kolejnych kolumnach zawarł opis parametru, stwierdzenie, czy jest to warunek graniczny oraz parametr oferowany, w której to kolumnie wykonawcy mieli potwierdzić spełnianie wymagań zamawiającego albo dokonać opisu.

W załączniku nr 1 w pkt A. Sala zabiegowa hybrydowa I. Angiograf zamawiający opisał parametry urządzenia, w tym w pkt 96:

Możliwość rozbudowy o oprogramowanie do wspomaganie zabiegów leczenia wad strukturalnych serca (echonawigacji) pozwalające [na wspólną rejestrację obrazów USG przezprzełykowego i angiograficznego, umożliwiające co najmniej:

- umieszczanie znaczników na obrazie echa przezprzełykowego i rejestrację ich pozycji w

przestrzeni obrazowania ramienia angiografu w sposób umożliwiający ich wizualizację przy dowolnych zmianach projekcji rentgenowskich;

- nałożenie obrazów „na żywo” 3D z USG przezprzełykowego oraz angiografu;
- zmianę widoków oraz wybór płaszczyzny na obrazie z USG przezprzełykowego do nałożenia w czasie rzeczywistym na obraz angio;
- automatyczne obracanie widoku USG przezprzełykowego do płaszczyzny obrazowania angiografu w trakcie wykonywania zabiegu;
- sterowanie systemem USG przezprzełykowego z poziomu ekranu dotykowego angiografu w Sali badań.

Zamawiający wymagał, aby funkcjonalność była dostępna na dzień składania oferty, potwierdzona w oficjalnym dokumencie producenta przedstawiającym dane techniczne - Product Data. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do wystąpienia do wykonawcy o udostępnienie takiego dokumentu celem weryfikacji oraz do żądania w wyznaczonym przez siebie terminie dokonania przez wykonawcę multimedialnej prezentacji opisanej powyżej funkcjonalności. Nakazał również wymienić przykładowe aparaty USG dostępne na rynku polskim spełniające opisaną funkcjonalność i współpracujące z zaoferowanym angiografem.

Zamawiający przewidział przyznanie 20 pkt za posiadanie opisanych właściwości (odpowiedź TAK) lub 0 punktów za odpowiedź NIE.

Powołane postanowienie SIWZ było przedmiotem wyjaśnień zamawiającego z 16 stycznia 2020 r. Pytania i odpowiedzi brzmiały następująco:

„Zamawiający w sposób bardzo szczegółowy wyspecyfikował funkcjonalność do wspomaganie zabiegów leczenia wad strukturalnych serca (echonawigacji) pozwalającą na wspólną rejestrację obrazów USG przezprzełykowego i angiograficznego. Prosimy o potwierdzenie, że pod pojęciem nałożenie obrazów „na żywo” z USG przezprzełykowego oraz angiografu Zamawiający rozumie, że obydwie obrazy tj. obraz z echa przezprzełykowego oraz obraz z angiografu są obrazami wyświetlanymi w czasie rzeczywistym nie w postprocesingu. Dodatkowo prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający przyzna punkty tj. 20 pkt tylko i wyłącznie oferentom, którzy zaoferują rozwiązanie dokładnie takie, jakie zostało opisane w pkt 96.

Prosimy również o potwierdzenie, że pełna pula punktów przewidziana w tym punkcie zostanie przyznana oferentom, którzy posiadają możliwość rozbudowy o rozwiązanie opisane w pkt 96 i są w stanie przedłożyć oficjalne badania klinicznie będące swoistym poświadczeniem posiadania funkcjonalności i jej użyteczności klinicznej, ale nie muszą go zaoferować i tym samym skalkulować wartości w finalnej ofercie.

Tym samym prosimy również o potwierdzenie, że Zamawiający wyklucza wszelkiego rodzaju korelacje obrazów USG przezprzełykowego oraz angiograficznego inne niż wyspecyfikowane przez Zamawiającego w punkcie 96, w tym oprogramowanie do wspomaganie

zabiegów leczenia wad strukturalnych serca, umożliwiające nakładanie (fuzję) wskazanych na obrazach z sondy przezprzełykowej USG anatomicznych punktów orientacyjnych wraz z obrazami z angiografu - w obu przypadkach wraz z zastosowaniem takiego obrazu jako maski do roadmapu.

Wyjaśnienie: Zgodnie z SIWZ”.

„Zamawiający ocenia zaoferowanie oprogramowania do wspomagania zabiegów leczenia wad strukturalnych serca, pozwalającego na wspólną rejestrację obrazów USG przezprzełykowego i angiograficznego z określonym minimalnym zakresem funkcjonalności, obejmującym m.in. „zmianę widoków oraz wybór płaszczyzny na obrazie z USG przezprzełykowego do nałożenia w czasie rzeczywistym na obraz angio” oraz „automatyczne obracanie widoku USG przezprzełykowego do płaszczyzny obrazowania angiografu w trakcie wykonywania zabiegu”. Zamawiający premiuje zaoferowanie powyższego rozwiązania przyznaniem różnej liczby punktów zależnie od działania w czasie rzeczywistym „na żywo”. Tak sformułowany parametr jest dla nas niezrozumiały. Widzimy przy tym niebezpieczeństwo, że wieloznaczności zawarte w powyższych stwierdzeniach będą rzutować na możliwość porównywania uzyskanych przez Zamawiającego ofert. Prosimy zauważyć, że zaawansowane oprogramowanie do echonawigacji jest kosztownym rozwiązaniem i wykonawcy powinni mieć możliwość przeanalizowania, jak jego zaoferowanie wpłynie na konkurencyjność składanych ofert.

W związku z tym prosimy o przyznanie 20 pkt za oprogramowanie do wspomagania zabiegów leczenia wad strukturalnych serca, umożliwiające nakładanie (fuzję) wskazanych na obrazach z sondy przezprzełykowej USG anatomicznych punktów orientacyjnych wraz z obrazami z angiografu - w obu przypadkach wraz z zastosowaniem takiego obrazu jako maski do roadmapu „na żywo”.

Wyjaśnienie: Zgodnie z SIWZ”.

„Czy z uwagi na to, że w instrukcjach, katalogach, ulotkach, folderach przedstawiona jest tylko część parametrów i funkcjonalności aparatu USG, Zamawiający w odniesieniu do wymaganej przez siebie funkcjonalności, która nie jest prezentowana w tych dokumentach dopuści jego potwierdzenie oświadczeniem Wykonawcy i prezentacją opisaną funkcjonalności? Wyjaśnienie: Tak, pod warunkiem że multimedialna prezentacja będzie przedstawiała wszystkie wymagane w pkt A.1.96 funkcjonalności.”

Wykonawca Siemens w swojej ofercie w pkt. A.1.96 w kolumnie „Parametr oferowany” wpisał TAK, nie podał przykładowych aparatów USG dostępnych na rynku polskim spełniających opisaną funkcjonalność i współpracujących z zaoferowanym angiografem.

Zamawiający dostrzegł opisany brak w ofercie wykonawcy i pismem z 5 lutego 2020 r. zwrócił się do Siemens o wyjaśnienie treści złożonej oferty przez wskazanie, czy na rynku

polским faktycznie są dostępne aparaty USG spełniające opisaną w punkcie A.1.96 funkcjonalność i współpracujące z zaoferowanym angiografem, oraz o wymienienie przykładowych aparatów USG dostępnych na rynku polskim. Zwrócił się również o udostępnienie oficjalnego dokumentu producenta przedstawiającego dane techniczne - Product Data w celu potwierdzenia funkcjonalności opisanej w punkcie A.1.96.

W odpowiedzi pismem z 7 lutego 2020 r. Siemens potwierdził spełnianie przez zaoferowany angiograf funkcjonalności określonej w pkt A.1.96. załącznika nr 1 do SIWZ. Wskazał również, że aparat USG dostępny na rynku polskim spełniający opisane funkcjonalności i współpracujący z zaoferowanym angiografem to ACUSON SC2000 PRIME.

Zamawiający 7 lutego 2020 r. zaprosił Siemens do przeprowadzenia 10 lutego 2020 r. prezentacji multimedialnej. W notatce z dnia przeprowadzenia prezentacji stwierdzono, że dotyczyła ona możliwości rozbudowy angiografu o oprogramowanie do wspomagania zabiegów leczenia wad strukturalnych serca (echonawigacji) pozwalające na wspólną rejestrację obrazów USG przezprzełykowego i angiograficznego. Prezentujący przedstawili możliwości integracji dostępne z ich angiografem i aparatem do echokardiografii przezprzełykowej, które pozwalają na nakładanie pewnych punktów i obszarów zaznaczonych w echo przezprzełykowym na obrazie angiograficznym. Przedstawiono dane aparatu do echokardiografii, który taką możliwość posiada. Prezentujący odpowiedzieli na wszystkie pytania członków komisji przetargowej. Po zapoznaniu się z prezentacją oraz odpowiedziami na pytania komisja postanowiła nie przyznać punktów w ocenie jakościowej dotyczącej tej funkcjonalności. Przedstawione możliwości nie spełniają oczekiwań zamawiającego głównie z uwagi na brak możliwości nałożenia obrazów na żywo z 3D USG przezprzełykowego i angiografu. Oferent posiada możliwość integracji echokardiografii z angiografem, jednak nie w takim stopniu zaawansowania, jak oczekiwał tego zamawiający zgodnie z punktem nr 96 SIWZ.

Zamawiający nie przyznał ofercie Siemens 20 pkt w kryterium funkcjonalności, pomimo tego oferta tego wykonawcy okazała się ofertą najkorzystniejszą, co stało się przedmiotem odwołania.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przesłanki konieczne czynności wykluczenia na podstawie powołanego przepisu między którymi powinien istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy to: przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, istotny wpływ tych informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto przedstawienie informacji

wprowadzających w błąd zamawiającego powinno być zawinione przez wykonawcę, czyli wynikać z jego lekkomyślności lub niedbalstwa.

Izba nie podziela poglądu przystępującego, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp mogłoby nastąpić w okolicznościach sprawy jedynie w sytuacji, gdyby nieuznane przez zamawiającego oświadczenie Siemens dotyczące spełniania wymagań opisanych w pkt A1.96 załącznika Nr 1 do SIWZ miało wpływ na wynik postępowania. Wpływ ten miałby polegać na tym, że dzięki niezgodnemu z prawdą oświadczeniu i uzyskanym 20 pkt Siemens uzyskał zamówienie. Zdaniem przystępującego, skoro nie otrzymał on punktów, a pomimo tego zamawiający wybrał jego ofertę, brak jest podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Dostrzec jednak trzeba, że powołany przepis nie wiąże sankcji wykluczenia ze złożeniem informacji, które miały wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zakres przedmiotowy normy ustala szeroko, nie ograniczając go do wyniku postępowania, ani do określonych czynności zamawiającego, - jak uczynił to w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Podstawą wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp mogą być zatem wszelkie informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Nie chodzi przy tym wyłącznie o decyzje zamawiającego, które podjął on pod wpływem tych informacji, czyli o wpływ faktyczny, ale również o wpływ potencjalny, decyzje które zamawiający hipotetycznie mógłby podjąć (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 lipca 2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 849/18, Sądu Okręgowego w Gdańsku z 9 kwietnia 2019 r. sygn. akt XII Ga 206/19 oraz wyroki KIO m.in. z 31 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1401/18, z 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17, z 13 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 185/18, z 18 września 2018 r. sygn. akt KIO 1747/18, z 31 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2517/19 oraz z 21 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 247/20).

Nie można mieć wątpliwości co do tego, że informacje związane z oceną oferty w przyjętych kryteriach mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. W okolicznościach sprawy jest to szczególnie widoczne, gdyż finalna sumaryczna ocena punktowa między ofertami odwołującego i przystępującego wynosiła 0,02 pkt.

Uznając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp za niepotwierdzony Izba miała przede wszystkim na względzie, że informacje dotyczące wprowadzenia w błąd zamawiającego, to informacje dotyczące faktów – twierdzenia wykonawcy wskazują fakty niezgodne z rzeczywistością (*vide*: wyrok SN z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42 oraz wyroki KIO: z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10 oraz z 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2668/19). Oznacza to, że jeżeli oświadczenia wykonawcy dotyczą postanowień SIWZ, treść tych postanowień musi być jasna i niebudząca wątpliwości. Informacje wprowadzające w



błąd zamawiającego to zatem takie informacje, które prezentują stan rzeczy z sprzecznym z wymaganiami zamawiającego.

Izba uwzględniła, że wymagania zamawiającego opisane w pkt A.1.96 załącznika Nr 1 do SIWZ były przedmiotem pytań wykonawców. W szczególności zamawiający został zapytany, czy nałożenie obrazów powinno nastąpić w czasie rzeczywistym, czyli o wykładnię pojęcia „na żywo” oraz o spełnienie wymagań przez rozwiązanie umożliwiające nakładanie (fuzję) wskazanych na obrazach z sondy przezprzełykowej USG anatomicznych punktów orientacyjnych wraz z obrazami z angiografu, czy *de facto* o zakres przedmiotowy słowa obraz. Zdaniem Izby zamawiający w każdym przypadku oświadczając „Zgodnie z SIWZ”, nie udzielił odpowiedzi na te pytania. Oświadczenie takie nie stanowi rzeczywistego wyjaśnienia, gdyż odsyła jedynie SIWZ. Brak udzielenie rzeczywistych wyjaśnień dotyczących postanowienia pkt A.1.96 jest szczególnie widoczny na tle innych odpowiedzi, w których zamawiający potwierdzał pogląd wykonawcy, albo wyjaśniał swoje wymagania.

Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne jest współdziałanie z zamawiającym polegające na zadawaniu pytań wyjaśniających treść SIWZ (*vide*: wyrok SN z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt CSK 626/13), zatem analogicznym obowiązkiem zamawiającego jest udzielanie rzetelnych i jasnych wyjaśnień. Skoro wyjaśnienia nie zostały udzielone przez zamawiającego, to nie można uznać, że opis przedmiotu zamówienia w części dotyczącej możliwości uzyskania punktów był jednoznaczny. Należy podkreślić, że Siemens wykazał się należyłą starannością, sam zadał pytanie zmierzające do ustalenia wymagania zamawiającego oraz zobowiązany był do uwzględnienia w ofercie innych odpowiedzi zamawiającego.

Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniu odwołującego, odpowiedzi udzielone przez zamawiającego nie tylko niczego nie wyjaśnia, ale przede wszystkim nie wykluczają możliwości spełnienia wymagania zamawiającego przez funkcjonalności opisane w pytaniach. W przeciwnym razie zamawiający odpowiedziałyby NIE.

Przebieg postępowania wskazuje w ocenie Izby na to, że intencją zamawiającego było nie wykluczanie żadnego z rozwiązań, które hipotetycznie mogłyby spełnić jego wymagania, lecz zapewnienie sobie możliwości szczegółowego ich zbadania. Świadczą o tym sformułowania użyte w podsumowaniu prezentacji, gdzie zamawiający uznał, że rozwiązanie umożliwiające nakładanie pewnych punktów i obszarów zaznaczonych w echo przezprzełykowym na obrazie angiograficznym, których dotyczyły wcześniejsze pytania o wyjaśnienia treści SIWZ, nie spełnia jego oczekiwań w wystarczającym stopniu.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do uznania, że Siemens złożył oświadczenie o spełnianiu wymagania opisanego w pkt A.1.96 powodowany lekkomyślnością lub

niedbalstwem. Zamawiający nie wyłączył bowiem możliwości spełnienia swoich oczekiwań przez rozwiązanie opisane w pytaniach.

Pogląd, że w sytuacji braku jednoznaczności postanowień SIWZ zarzut dotyczący wprowadzenia zamawiającego w błąd przez złożenie oświadczenia dotyczącego tych postanowień kształtuje się w orzecznictwie Izby (*vide* przykładowo: wyrok z 27 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 1067/19, wyrok z 26 września 2019 r. sygn. akt KIO 1773/19) i Izba w tym składzie orzekającym go podziela.

Uznając zarzut za niepotwierdzony Izba uwzględniła również, że ciężar dowodu przesłanek wykluczenia Siemens spoczywał na odwołującym (art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 k.c.). Odwołujący natomiast skoncentrował się wyłącznie na kwestii podania nieprawdziwych informacji z pominięciem kwestii lekkomyślności lub niedbalstwa konkurenta. Gołosłowne podanie, że w poprzednim postępowaniu na ten sam przedmiot zamawiający udzielił wyjaśnień o innej treści, czym wyraźnie dopuścił rozwiązanie oferowane przez Siemens, nie może być skuteczne. Przedmiotem badania w postępowaniu odwoławczym są okoliczności danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec braku spełniania przesłanek wykluczenia Izba uznała, że Siemens nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

**Ad. 2)** Zamawiający w pkt A.1.4 załącznika nr 1 do SIWZ wymagał, aby oferowany system był przystosowany do warunków architektonicznych pomieszczeń posiadanych przez zamawiającego, przeznaczonych dla potrzeb sali operacyjnej hybrydowej.

W załączniku nr 3 do SIWZ „Opis robót adaptacyjnych i wykończeniowych” zamawiający opisał, że zarówno w sali zabiegowej kardiochirurgicznej, jak i sali zabiegowej hybrydowej oraz sali zabiegowej elektroterapii przewiduje zabudowę panelową wysokości 3,30 m.

W odpowiedziach na pytania wykonawców z 16 stycznia 2020 r. zamawiający dopuścił wykonanie sufitu modułowego od wykończenia podłogi na całej powierzchni na wysokości 3,0 m (nie może być mniejsza).

Siemens zadeklarował w ofercie spełnienie warunków określonych przez zamawiającego. Wymagania techniczne zaoferowanego urządzenia model: Artis Q Ceiling opisane w dokumencie Data Sheet Artis Q Ceiling-mounted system for mounted system for interventional imaging tj. Order No. A91AX-81201-20T3-7600 ustalają wysokość montażu w przedziale 2700 - 2720 mm (106,3 - 107,1").

W związku z tym odwołujący podniósł zarzut niezgodności oferty Siemens z treścią SIWZ żądając jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej odrzucenie oferty na podstawie powołanego przepisu następuje, gdy świadczenie oferowane przez wykonawcę nie spełnia wymagań zamawiającego opisanych w dokumentach postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O możliwości odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp decyduje treści SIWZ. Naruszeniem tego przepisu będzie zatem odrzucenie oferty na podstawie wymagań SIWZ, które nie zostały wyraźnie zapisane. Sankcyjny charakter czynności wykluczenia wymaga bowiem literalnej wykładni przepisu.

Izba zważyła, że odwołujący konstruuje swoje stanowisko na założeniu, widocznym w treści odwołania, że urządzenie oferowane przez Siemens powinno być zamontowane do sufitu, co nie pozwoli na jego użytkowanie zgodnie z dokumentacją producenta. Tymczasem Siemens oświadczył, że przewidział montaż urządzenia na szynach, co zobrazował złożonymi zdjęciami.

Izba uznała, że takie założenie pozwala na możliwość montażu urządzenia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. SIWZ nie zawiera wymagania montażu oferowanych urządzeń bezpośrednio do sufitu, lecz jedynie dostosowania ich do warunków architektonicznych zamawiającego oraz zachowania całej powierzchni sufitu na minimalnej wysokości 3 m. Izba nie znalazła podstaw do podzielenia poglądu odwołującego, że zamontowanie szyn do sufitu, spowoduje miejscowe obniżenie sufitu. Kolokwialnie można to zobrazować przykładem, gdy elementem wystroju wnętrza są belki między przeciwległymi ścianami pomieszczenia. Wysokość pomieszczenia, gdzie się one znajdują, będzie mierzona od podłogi do sufitu, a nie od podłogi do dolnej krawędzi belki.

Powyższe jest wystarczające do oddalenia odwołania w tym zakresie. Dalsza polemika odwołującego przekraczała bowiem granice wyznaczone zarzutem podniesionym w odwołaniu opartym wyłącznie na założeniu montażu urządzenia do sufitu (art. 192 ust. 7 Pzp).

**Ad. 3)** Odwołujący zarzucił, że nie oferta Siemens nie spełnia wymagania zawartego w pkt A.II.5. załącznika nr 1 do SIWZ.

Zamawiający wymagał w nim, aby dolna krawędź uchwytów sterylnych, zainstalowanych w osiach geometrycznych czasz, po maksymalnym uniesieniu czaszy w górę (czasza ustawiona nad polem operacyjnym, poniżej szyn aparatu sufitowego, czasza w pozycji horyzontalnej) musi znajdować się na wysokości min. 2000 mm (licząc od dolnej krawędzi uchwytu do podłogi sali operacyjnej), aby umożliwić swobodę manewrowania

czasami i poruszania się personelu oraz zapewnić bezpieczeństwo dla personelu uniemożliwiając uderzanie głową w uchwyt sterylny lub w czaszę lampy.

Wykonawca Siemens zadeklarował spełnienie tego parametru.

Odwołujący konstruował zarzut odwołania wskazując, że wymaganie to nie może zostać spełnione przez lampy iLed7, które wraz z angiografem Artis Q Ceiling stanowiły przedmiot oferty przystępującego. Wywodził, że temu oświadczeniu przeczą wymagania zawarte w opisach technicznych zaoferowanego urządzenia: model: Artis Q Ceiling (Data Sheet Artis Q Ceiling- mounted system for interventional imaging tj. Order No. A91AX-81201-20T3-7600) w połączeniu z fizycznymi wymiarami zaoferowanej lampy iLed7 produkcji TRUMPF Medizin Systeme GmbH + Co. KG. oraz z danymi zawartymi w dokumencie producenta TRUMPF Medizin Systeme GmbH + Co. KG (Datasheet iLED™ 7 Surgical Light Flyer ID: 2070391).

Na rozprawie Siemens oświadczył, że przedmiotem oferty nie jest standardowa wersja lampy iLed7, lecz lampa iLed7 typu LCH, która jest przeznaczona do sal hybrydowych. Lampa LCH charakteryzuje się znacznie wyższym poziomem zawieszenia i umożliwia spełnianie wymagań SIWZ. Siemens na wzmocnienie tego poglądu złożył zestawienie wersji standardowej lampy iLed7 oraz iLed7 LCH oraz oświadczenie producenta lamp TRUMPF Medizin Systeme GmbH + Co. KG.

Odwołujący nie zaprzeczył spełnianiu przez lampę iLed7 typu LCH wymagania opisanego w pkt A.II.5. załącznika nr 1 do SIWZ. Wywodził natomiast, że lampy te nie spełniają innych wymagań zapisanych w SIWZ.

Izba pominęła tę argumentację. Art. 192 ust. 7 Pzp stanowi, że Izba nie może rozpoznawać zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. Choć pojęcie zarzutu nie posiada definicji ustawowej, to nie może być wątpliwości, że stanowią je wskazane przez odwołującego się wykonawcę okoliczności faktyczne i prawne. Zakreślają one granice sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą, które nie mogą zostać przekroczone bez obrazy zasad prowadzenia postępowania przez organ orzekający.

W okolicznościach sprawy zarzut odwołania dotyczył niespełniania przez lampę iLed7 wymagania opisanego w pkt A.II.5. załącznika nr 1 do SIWZ. Skoro lampa iLed7 typu LCH spełnia to wymaganie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba uznała za niepotwierdzony.

**Ad. 4)** Za niepotwierdzony Izba uznała zarzut naruszenia art. 9 ust 1 i art. 8 ust 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Należy zwrócić uwagę, że postanowienie pkt A.I.96 załącznika Nr 1 do SIWZ nie odnosi się do badania ofert w klasycznym ujęciu, które zakłada badanie wszystkich złożonych ofert w jednakowy sposób.

Zamawiający w badanym postępowaniu dopuścił możliwość przyznania punktów za posiadanie przez oferowane urządzenie oczekiwanej funkcjonalności na podstawie oświadczenia wykonawcy. Natomiast jeśli oświadczenie to okaże się niewystarczające zamawiający przewidział możliwość żądania od danego wykonawcy dokumentów pochodzących od producenta urządzenia oraz przeprowadzenia prezentacji. Zamawiający mógł zatem przeprowadzić czynność oceny oferty albo w sposób uproszczony, albo pełny obejmujący wszystkie opisane etapy, jak w przypadku oferty przystępującego.

W ocenie Izby zamawiający dokumentując ten proces nie naruszył zasady jawności i pisemności postępowania. Załącznikami do protokołu były pisma zamawiającego, odpowiedzi wykonawcy oraz notatka służbowa podsumowująca prezentację Siemens, opisane w pkt ad. 1), które odwołujący otrzymał. Wynika z nich jasno, kiedy i jakie czynności były dokonane przez zamawiającego oraz przyczyny, dla których zamawiający uznał, że oferta Siemens nie otrzymała 20 pkt za spełnianie wymagania opisanego w pkt A.I.96. do SIWZ. Zdaniem Izby jest to wystarczające dla zadośćuczynienia zasadom prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

SIWZ nie przewidywała udziału wykonawców w prezentacji multimedialnej, utrwalania jej przebiegu albo sporządzania protokołu obejmującego pytania zadawane przez zamawiającego oraz odpowiedzi udzielanych przez pracowników Siemens. Jeśli odwołujący chciał sobie zapewnić udział w prezentacji, to powinien wnieść odwołanie wobec treści SIWZ, która takiego uczestnictwa, podobnie jak utrwalania przebiegu prezentacji, nie przewidywała.

Nietrafnie powołuje odwołujący pogląd zawarty w wyroku Izby z dnia 17 grudnia 2015 r. (KIO 2578/15) odnoszącym się do badania próbki. Nie można pominąć, że próbka stanowi co do zasady potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego. Dostarczają ją wraz z ofertami wszyscy wykonawcy ubiegający się o dane zamówienia i zamawiający bada wszystkie otrzymane próbki w taki sam sposób. Tak nie jest w badanym postępowaniu, w którym prezentacja multimedialna miała w badanym postępowaniu inne znaczenie prawne. Nie bez znaczenia jest również to, że powołany wyrok dotyczył systemu informatycznego indywidulanie zamawianego przez zamawiającego, podczas gdy tu przedmiotem dostawy było urządzenie wprawdzie wysoko specjalistyczne, jednak znajdujące się w ofercie handlowej wykonawcy.

Z tych względów Izba uznała zarzut za niepotwierdzony. Jedynie dla porządku należy stwierdzić, że odwołujący zarzucał zamawiającemu brak sporządzenia pisemnego protokołu

z negocjacji treści oferty i wyjaśnień Siemens złożonych w trakcie prezentacji, podczas gdy – w ocenie Izby – brak jest podstaw do stwierdzenia, że prezentacja służyła negocjacji treści oferty, a nie prezentacji oferowanego urządzenia.

**Ad. 5)** Zarzut naruszenia art. 87 ust 1 ustawy przez dopuszczenie do zmiany treści oferty Siemens w zakresie spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego w treści pkt A.1.96. załącznika nr 1 do SIWZ oraz naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ okazał się częściowo trafny.

Izba nie zgodziła się z zamawiającym i przystępującym, że wymaganie zamawiającego wskazania aparatów USG, które mogą zostać zintegrowane z oferowanym angiografem w sposób opisany w pkt A.1.96 załącznika Nr 1 do SIWZ ma charakter wyłącznie informacyjny. Przeciwnie, skoro od istnienia takich aparatów i ich wskazania przez wykonawcę uzależnione było otrzymanie punktów, to niewątpliwie oświadczenie takie stanowiło treść oferty. Tym samym powinno być złożone przez wykonawcę w ofercie i nie może podlegać uzupełnieniu. Pogląd, że treść oferty nie podlega uzupełnieniu w odniesieniu do informacji, od których uzależnione jest przyznanie punktów wyrażany jest w orzecznictwie KIO (*vide*: wyrok KIO z 22 października 2019 r.) i Izba w tym składzie orzekającym go podziela.

Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp wzywając Siemens do wskazania aparatów USG i prowadząc dalszą ocenę oferty tego wykonawcy. Prawidłowym działaniem zamawiającego powinno być nie przyznawanie punktów za spełnienie wymagania opisanego w pkt A.1.96 załącznika Nr 1 do SIWZ i nie podejmowanie dalszych działań zmierzających do badania tej oferty pod kątem spełniania tego wymagania.

Stwierdzone przez Izbę naruszenie nie mogło jednak przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania, gdyż miało ono i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. Oferta Siemens nie otrzymała punktów za spełnianie tego wymagania, a pomimo tego została uznana za najkorzystniejszą.

Izba nie zgodziła się z odwołującym, że skutkiem pominięcia informacji o aparatach USG współpracujących z oferowanym angiografem powinno być odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z brzmieniem postanowienia pkt A.1.96 załącznika do SIWZ wymaganie to nie stanowi minimalnej niezbędnej treści oferty, zatem brak jego spełnienia skutkuje wyłącznie – jak to zostało opisane w tym punkcie SIWZ – brakiem przyznania punktów w kryterium funkcjonalność. To szczegółowe i wyraźne wymaganie zamawiającego nie budzi wątpliwości również w świetle brzmienia przywołanego w pkt ad. 1) postanowienia pkt III.9 SIWZ. Odnosi się ono bowiem wyłącznie do wymagań granicznych opisanych przez zamawiającego w załączniku nr 1 słowem TAK.

Prezentowane ustalenia i oceny zostały oparte na dowodach z oświadczeń i dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia. Okazały się one wespół ze stanowiskami stron i przystępującego Siemens złożonymi na rozprawie, wystarczające do zbadania i oceny zarzutów oraz wydania rozstrzygnięcia. W związku z tym Izba oddaliła wnioski odwołania o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z pogładowej prezentacji interaktywnej 3D zakresu pracy oraz opinii biegłego z zakresu funkcjonalności urządzeń medycznych w zakresie spełniania przez angiograf Artis Q Ceiling wymogów dotyczących wynikających z punktów A.1.4 załącznika nr 1 do SIWZ w związku z treścią załącznika nr 3 do SIWZ w punktach 2.25 Sala Zabiegowa Kardiochirurgiczna, 2.26 Sala Zabiegowa Hybrydowa oraz 2.29 Sala Zabiegowa Elektroterapii, a także pkt A.II.5. załącznika nr 1 do SIWZ. Wobec ustaleń dokonanych w trakcie rozprawy oraz brzmienia postanowień SIWZ dopuszczenie i przeprowadzenie tych dowodów prowadziłyby do nieuzasadnionej zwłoki w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....