

**Sygn. akt KIO 1256/20**  
**Sygn. akt KIO 1260/20**

**WYROK**  
**z dnia 20 lipca 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2020 r. przez:

- A. wykonawcę GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 1256/20;
- B. wykonawcę Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 1260/20;

w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie

przy udziale:

- A. wykonawcy Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1256/20;
- B. wykonawcy GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1260/20;

**orzeka:**

**I. w sprawie o sygn. akt KIO 1256/20:**

- 1. oddała odwołanie;
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą 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 odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

**II. w sprawie o sygn. akt KIO 1260/20:**

1. umarza postępowanie w zakresie, w jakim zarzuty odwołania odnosiły się do następujących pozycji załącznika nr 2.2 do SIWZ: poz. 26 (pkt 3 odwołania), poz. 220 (pkt 5 odwołania), poz. 222 (pkt 6 odwołania), poz. 115 (pkt 7 odwołania), poz. 120 (pkt 8 odwołania), poz. 124 (pkt 9 odwołania), poz. 144 (pkt 11 odwołania);
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
  - 3.1. 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;
  - 3.2. zasądza od odwołującego Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego 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 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1256/20**

**Sygn. akt: KIO 1260/20**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę rezonansu magnetycznego 3T oraz aparatu RTG z dwoma detektorami w ramach projektu pn. „Prospektywna pełnoprofilowa onkologia dla Lubelszczyzny – doposażenie Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie poprzez zwiększenie jakości i dostępności do specjalistycznych świadczeń onkologicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 048-113078. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

### Sygn akt KIO 1256/20

W dniu 8 czerwca 2020 r. wykonawca GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący 1” lub „GE”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Siemens”) w części 2 postępowania. Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Siemens w części 2 postępowania, pomimo iż treść oferty Siemens nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Siemens i w konsekwencji jej odrzucenia w części 2 postępowania, jako oferty której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Jako podstawę faktyczną ww. zarzutu Odwołujący 1 wskazał okoliczność, iż wykonawca Siemens w poz. 16 załącznika nr 2.2. do SIWZ zadeklarował 204 kanały odbiorcze możliwe do wykorzystania jednocześnie w maksymalnym zakresie badania, co zdaniem Odwołującego 1 jest niezgodne ze stanem rzeczywistym i faktycznych. Odwołujący 1 podniósł, iż zgodnie z informacjami w danych technicznych oferowanego przez Siemens produktu, 204 to liczba możliwych do podłączenia jednocześnie elementów cewek (str. 9 dokumentu 06.a. Materiały informacyjne (...)). Jednakże liczba możliwych do podłączenia jednocześnie elementów cewek to nie to samo, co liczba kanałów odbiorczych. Odwołujący 1 wyjaśnił, iż firma Siemens

posiada systemy o 32, 64 lub 128 kanałach (ta sama strona tego samego dokumentu) i właśnie system o 128 kanałach powinien zostać zaoferowany przez firmę Siemens, aby mogła ona spełnić ww. parametr, czego jednak firma Siemens nie uczyniła w niniejszym postępowaniu. Analizując zaoferowane przez Siemens parametry Odwołujący zauważył, że są one właściwe dla systemu o (jedynie) 64 kanałach. Zatem firma Siemens zaoferowała system 64 kanałowy (a dokładnie MAGNETOM Vida Tim [204x64]). Nie zostało zatem spełnione przez Siemens wymaganie z punktu 16 Załącznika nr 2.2 do SIWZ i jej oferta powinna zostać odrzucona.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący przedstawił następujące argumenty:

1. do oferty załączono jedynie dokumenty, które odnoszą się do systemu MR MAGNETOM Vida Tim [204x64] - np. str. 69 -76 . Nie załączono dokumentów odnoszących się do systemu o 128 kanałach (tj. brak dokumentów odnoszących się do systemu MR MAGNETOM Vida Tim [228x128]);
2. z załączonych dokumentów jednoznacznie wynika, że zaoferowany został system o 64 kanałach. Fakt ten potwierdzono m.in.:
  - a) na stronie 75 dokumentu 06.a. Materiały informacyjne (...) firma Siemens umieściła odnośniki do punktów tabeli „Załącznik nr 2.2 do SIWZ - Formularz oferty - Opis przedmiotu zamówienia Rezonans magnetyczny 3 T”, w celu potwierdzenia złożonych w niej odpowiedzi i deklaracji (patrz punkty 176, 177, 178). Potwierdzenia te zostały zamieszczone w sekcji „System komputerowy. Stacja akwizycyjna syngo Acquisition Workplace - Tim [204x64]”, a więc nie dla systemu 128 kanałowego, a jedynie 64 kanałowego;
  - b) na stronie 74 dokumentu 06.a. Materiały informacyjne (...) w sekcji „Cewki. Cewki standardowe - Tim [204x64]” ponownie znajduje się potwierdzenie, że nie zaoferowano systemu o 128 kanałach: Zgodnie z informacją tam zawartą, cewka BioMartix Spine 32 (...) jest cewką standardową dla systemu 64 kanałowego. Zgodnie z materiałami informacyjnymi firmy Siemens dla systemu 128 kanałowego MAGNETOM Vida Tim [228x128] standardową cewką jest cewka BioMartix Spine 72 (...).
  - c) na stronie 75 dokumentu 06.a. Materiały informacyjne (...) w sekcji „System komputerowy. Stacja akwizycyjna syngo Acquisition Workplace - Tim [204x64]”, ponownie znajduje się potwierdzenie, że nie zaoferowano systemu o 128 kanałach: Zgodnie z informacją tam zawartą, zaoferowana szybkość rekonstrukcji to 40 404 rekonstrukcji na sekundę (...), co zostało zadeklarowano w punkcie 176 tabeli „Załącznik nr 2.2 do SIWZ - Formularz oferty - Opis przedmiotu zamówienia Rezonans magnetyczny 3 T”. Zgodnie z materiałami informacyjnymi firmy Siemens dla systemu 128 kanałowego MAGNETOM Vida Tim [228x128] standardowa szybkość

rekonstrukcji to 56 022 rekonstrukcji na sekundę (...). Zatem nie została zaoferowana szybkość rekonstrukcji charakterystyczna dla systemu 128 kanałowego, co potwierdza, że system 128 kanałowy nie został zaoferowany.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego GE zaoferowany przez Siemens system MR nie spełnia wymogu z punktu 16 Załącznika nr 2.2. do SIWZ dot. min. 128 kanałów odbiorczych. Oferta Siemens powinna zostać zatem odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ. Jednocześnie jego zdaniem zaniechanie odrzucenia oferty Siemens jest nierównym traktowaniem wykonawców i narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż dopuszcza wybiórcze traktowanie treści SIWZ w stosunku do tych wykonawców, którzy nie spełniają postawionych w SIWZ wymogów. W przypadku gdy oferta Siemens nie spełnia ww. parametrów granicznych powinna zostać odrzucona bez względu na to, które miejsce zajmuje w rankingu ofert.

Odwołujący 1 uzasadnił także wypełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, iż celem zaskarżenia zaniechania odrzucenia oferty Siemens jest to, aby ocena oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej nie uległa zmianie. Dokonana przez Zamawiającego ocena ofert złożonych przez GE i Siemens oraz decyzja Zamawiającego o wyborze oferty GE jako najkorzystniejszej nie są ostateczne - Siemens wciąż może zaskarżyć te czynności Zamawiającego. Choć ewentualne odwołanie Siemens byłoby w ocenie Odwołującego 1 niezasadne (ocena oferty GE jako najkorzystniejszej jest prawidłowa, zaś oferta Siemens jest niezgodna z treścią SIWZ), istnieje teoretycznie możliwość, że zostanie ono uwzględnione, wybór oferty GE jako najkorzystniejszej zostanie unieważniony, a Zamawiający będzie musiał poddać oferty GE i Siemens ponownemu badaniu i ocenie. Jeżeli oferta Siemens - pomimo że niezgodna z treścią SIWZ - zostanie oceniona wyżej, niż oferta GE, GE nie uzyska zamówienia publicznego. Odwołujący 1 wskazał, iż możliwość wniesienia odwołania od zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy przez innych wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w toku postępowania, potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, powołał się na wyroki w sprawach o sygn. akt KIO 800/12 oraz KIO 1270/16, KIO 1274/16.

#### Sygn akt KIO 1260/20

W dniu 8 czerwca 2020 r. wykonawca Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący 2” lub „Siemens”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „GE”), zaniechaniu odrzucenia oferty GE mimo zaistnienia

nieusuwalnych podstaw jej odrzucenia z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia oraz zaniechaniu wykluczenia wykonawcy GE mimo zaistnienia faktu przedstawienia przez GE informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie parametrów i funkcjonalności zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GE;
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy GE;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty podlegającej odrzuceniu;
4. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, wykluczenie wykonawcy GE z postępowania, odrzucenia oferty wykonawcy GE, powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu w sposób zgodny z żądaniami Odwołującego, co przy uwzględnieniu faktu złożenia w postępowaniu tylko dwóch ofert spowoduje wybór oferty Odwołującego 2 jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności Odwołujący 2 omówił aspekty, które w jego ocenie uzasadniają odrzucenie oferty GE jako niezgodnej z treścią SIWZ, tj. poz. 26, 166, 220, 222 załącznika nr 2.2. do SIWZ.

W zakresie poz. 26 załącznika nr 2.2. do SIWZ (pkt 3 odwołania), wskazał, iż wykonawca GE zaoferował cewkę Anterior Array, która to posiada jedynie 16 elementów obrazujących, co jednoznacznie nie spełnia wymogu SIWZ (Zamawiający wymagał min. 30 elementów obrazujących) i uniemożliwia przeprowadzenie badania w taki sposób, jak wymagał Zamawiający.

W odniesieniu do poz. 166 załącznika nr 2.2. do SIWZ (pkt 4 odwołania), Odwołujący 2 podniósł, iż w punkcie tym, firma GE potwierdziła parametr poprzez podanie nazwy sekwencji 3D COSMIC, która nie jest sekwencją spełniającą wymóg opisany w punkcie 166. Sekwencja 3D COSMIC służy do obrazowania kręgosłupa, tak jak jest to opisane w załączonym przez firmę GE opisie przedstawionym na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego 2 wykonawca GE wprowadził w błąd Zamawiającego, podając nieprawdziwą informację i przypisując oferowanemu urządzeniu parametr, którego nie posiada. Wyżej wskazana niezgodność oferty z treścią SIWZ winna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy GE.

W zakresie poz. 220 (pkt 5 odwołania) podniesiono, iż Zamawiający wymagał zaoferowania aplikacji do oceny badań MR funkcjonalnych fMRI w postaci licencji pływającej, a według wiedzy Odwołującego 2 wymóg spełniany jest przez aplikację BrainWave (zainstalowaną na odrębnej stacji AW Workstation), co zostało potwierdzone przez wykonawcę GE w ofercie na aparat MR w postępowaniu CUMRiK w Krakowie. Odwołujący 2 zauważył, że w przedstawionym przez GE katalogu nie ma nazwy aplikacji realizującej tę funkcjonalność oraz informacji, iż jest ona integralnym składnikiem oferowanego serwera aplikacyjnego AW Server 3.2. Brak takich informacji pozwala na stwierdzenie, iż funkcjonalność jest realizowana jako np. zdalny pulpit odrębnej stacji, czyli nie jako licencja pływająca, tym samym nie spełnia wymogu postawionego przez Zamawiającego. Wskazał także na wymijającą treść odpowiedzi wykonawcy GE na pytanie Zamawiającego co do poz. 220.

W odniesieniu do poz. 222 załącznika nr 2.2. do SIWZ (pkt 6 odwołania), Odwołujący Siemens wskazał, iż wymaga zaoferowania aplikacji do oceny badań MR kardiologicznych w postaci licencji pływającej, a z wyjaśnień wykonawcy GE wynika, iż funkcjonalność jest realizowana jako zdalny pulpit odrębnej stacji, co nie spełnia wymogu Zamawiającego.

Następnie Odwołujący 2 odniósł się do pozycji załącznika nr 2.2. do SIWZ, które były przez Zamawiającego dodatkowo punktowane w ustalonych kryteriach oceny ofert, co do których Odwołujący 2 zarzucał zaniechanie wykluczenia wykonawcy GE na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (poz. 115, 120, 124, 131, 144, 203, 224).

W zakresie poz. 115 (pkt 7 odwołania) podniósł, iż w złożonej ofercie firmy GE potwierdzono tę funkcjonalność techniką DISCO z PB/Auto Navigator, która to nie wykorzystuje technik typu Compressed Sensing (lub równoważnych), czyli takich, które pracują „na bazie akwizycji ograniczonej liczby danych (próbek) oraz odpowiedniej kalkulacji danych koniecznych do utworzenia obrazu”. Opisana przez GE funkcjonalność nie spełnia zatem wszystkich wymogów z tego punktu. Biorąc powyższe pod uwagę, oferta wykonawcy GE nie powinna uzyskać punktów za ten parametr. Potwierdzając posiadanie tak opisanej funkcjonalności Wykonawca GE wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego i wybór oferty.

W zakresie poz. 120 (pkt 8 odwołania), Odwołujący Siemens wskazał, iż w załączonym do oferty dokumencie GE brak jest informacji o dostarczonym hardware, niezbędnym do wykonania elastografii MR. W informacjach dodatkowych wskazanych przez GE brakuje wyszczególnionej pozycji dotyczącej generatora aktywnego wytwarzającego fale ciśnienia niezbędne do wzbudzenia tkanki badanego narządu oraz aplikatora pasywnego przenoszącego energię wytworzoną w generatorze aktywnym w bezpośrednie sąsiedztwo obrazowanego narządu. W materiałach GE zamieszczonych w Internecie, wyszczególniony

jest hardware firmy Resoundant, umożliwiający wykonanie badania oraz spełniający wymóg specyfikacji. Należy wskazać, że Zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą Wykonawca dostarczył np. katalogi producenta potwierdzające spełnienie przez oferowany rezonans magnetyczny wymogów Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego 2 można więc domniemywać, że wykonawca GE zaoferował jedynie oprogramowanie, nie potwierdzając w przedstawionych katalogach hardware'u.

W odniesieniu do poz. 124 (pkt 9 odwołania), Odwołujący 2 wskazał, iż firma GE zaoferowała rozwiązanie SIGNA Flow, które nie jest oprogramowaniem spełniającym wymóg Zamawiającego postawiony w SIWZ. Rozwiązanie to nie pozwala na przeprowadzenie „w sposób nadzorowany przez skaner, to jest taki, w którym kontrolę nad postępowaniem operatora, na każdym etapie badania nadzoruje oprogramowanie, w oparciu o wybraną przez operatora strategię postępowania z danym pacjentem oraz wyposażone w mechanizmy automatycznego pozycjonowania i ułożenia zestawów warstw w badaniu całego ciała na podstawie jego cech anatomicznych”.

W zakresie poz. 131 (pkt 10 odwołania) wykonawca Siemens podniósł, iż Zamawiający premiował dodatkowymi punktami funkcjonalność umożliwiającą mapowanie parametryczne tkanki, w tym chrząstki stawu, pozwalające na otrzymanie map parametrycznych dla właściwości: T2\*, R2, R2\* obrazowanej tkanki. W tym punkcie firma GE zaoferowała dwie funkcjonalności: CartiGram, która służy do badań chrząstki stawu, ale nie daje możliwości generowania „map parametrycznych dla właściwości T2\*, R2 i R2\*” oraz StarMap, która umożliwia generowanie map T2\*, R2 i R2\*, ale nie pozwala na mapowanie parametryczne chrząstki stawu (tylko serce i wątroba). Opisane funkcjonalności nie spełniają zatem wymogów Zamawiającego. Na dowód powyższego Odwołujący 2 wkleił wycinek z katalogu przedstawionego przez GE oraz informacji dodatkowych (oświadczenia wykonawcy). Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego Siemens oferta wykonawcy GE nie powinna uzyskać punktów za ten parametr. Potwierdzając posiadanie tak opisanej funkcjonalności Wykonawca GE wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego i wybór oferty

W odniesieniu do poz. 144 (pkt 11 odwołania), Odwołujący 2 wskazał, iż firma GE zaoferowała rozwiązanie HyperMAVRIC SL, które nie jest „techniką wykorzystującą techniki SEMAC”. W potwierdzeniu firmy GE funkcjonalność MAVRIC SL oraz HyperMAVRIC SL opisane są w jednym i tym samym punkcie, a zatem posiadają tę samą funkcjonalność, którą Zamawiający wymaga w punkcie 143. Opisana funkcjonalność nie spełnia wymogów Zamawiającego. Na dowód powyższego Odwołujący 2 przedstawił wycinek z katalogu złożonego przez GE.

W zakresie poz. 203 (pkt 12 odwołania), Odwołujący 2 przywołał treść pytania nr 156 do



SIWZ i odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego. Wskazał, iż tak opisana funkcjonalność dla badań MR jest charakterystyczna dla oprogramowania produkcji Siemens i oprogramowanie zaoferowane przez GE nie jest w stanie uzyskać obrazów MR wymaganych przez Zamawiającego. Podniósł, iż wykonawca GE nie dołączył do oferty karty katalogowej potwierdzającej możliwość oferowania rekonstrukcji typu Cinematic Rendering w wymaganym zakresie funkcjonalnym, czego wymagał Zamawiający w tym postępowaniu. Dołączone informacje dodatkowe, które należy traktować jako oświadczenie własne wykonawcy, także nie zawierają tej informacji. Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego 2, oferta wykonawcy GE nie powinna uzyskać punktów za ten parametr. Potwierdzając posiadanie tak opisanej funkcjonalności Wykonawca GE wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego i wybór oferty.

W zakresie poz. 224 (pkt 13 odwołania) Odwołujący Siemens zwrócił uwagę na treść pytania zdanego przez wykonawcę GE do SIWZ (pytanie nr 104), w którym podał on informację, iż nie posiada tej aplikacji i że takie wymaganie uniemożliwia mu złożenie oferty. Jednakże w ofercie firma GE zaoferowała tę aplikację w postaci produktu obcego OLEA BREASTSCAPE, dla którego nie dołączyła karty katalogowej oraz opisu sprzętu na jakim ta aplikacja musi być uruchomiona. Odwołujący 2 wskazał, iż aplikacja ta nie może być zainstalowana w obrębie serwera aplikacyjnego AW Server 3.2. Ponadto Odwołujący 2 podniósł, iż w odniesieniu do aplikacji obcej, zainstalowanej na odrębnym sprzęcie, niespełnione zostały wymogi z poz. 194 i 198, oprogramowanie OLEA BREASTSCAPE jest bowiem oddzielnym oprogramowaniem, z oddzielną bazą danych oraz nie jest częścią serwera AW Server 3.2. Odwołujący 2 dodał, iż w toku wyjaśnień treści złożonej oferty wykonawca GE nie potwierdził, że zaoferowane oprogramowanie można zainstalować na serwerze aplikacyjnym. Biorąc powyższe pod uwagę oraz uwzględniając pozostałe wymagania określone w punkcie 194 i 195, dodatkowe punkty za zaoferowanie funkcjonalności w pkt 224 nie powinny zostać przyznane. Potwierdzając posiadanie tak opisanej funkcjonalności w kontekście całości wymagań Zamawiającego wykonawca GE wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego i wybór oferty.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego Siemens wykonawca GE podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp, gdyż w wielu punktach wprowadza Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje na temat zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący 2 powołał się na wyroki KIO z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. KIO 2435/19 oraz z dnia 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 927/19.

Odwołujący Siemens na rozprawie oświadczył, iż cofa zarzuty w odniesieniu do następujących pozycji załącznika nr 2.2.: poz. 26 (pkt 3 odwołania), poz. 220 (pkt 5 odwołania), poz. 222 (pkt 6 odwołania), poz. 115 (pkt 7 odwołania), 120 (pkt 8 odwołania), 124

(pkt 9 odwołania), 144 (pkt 11 odwołania).

Wykonawca GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na posiedzeniu w dniu 16 lipca 2020 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odniesieniu do parametrów, co do których zarzuty odwołania nie zostały wycofane, wykonawca GE wskazał jak poniżej.

W zakresie poz. 166 załącznika nr 2.2. wykonawca GE wyjaśnił, iż Odwołujący 2 oparł zarzut na fragmencie broszury produktowej aparatu SIGNA Architect, zawierającej na stronie 24 taką informację, jaką zacytował w odwołaniu. Pomiął jednakże inną część tego samego dokumentu, a mianowicie dane ze strony 14, dotyczące badań stawów, w tym chrząstek (OrthoWorks). Jest tam informacja, z której wynika, że 3D Cosmic zapewnia szybkie obrazowanie objętościowe o wysokiej rozdzielczości, i że jest ono oparte o sekwencje Steady State (opcja SSFP). Dodatkowo, dla rozwiązania wątpliwości wykonawca GE złożył oświadczenie producenta potwierdzające dostępność parametru oraz zdjęcie stawu kolanowego wykonane w trybie 3D Cosmic.

W odniesieniu do poz. 131, wykonawca GE wskazał, iż jak zauważył sam Odwołujący 2 w ofercie - w pkt qq informacji dodatkowych - znajduje się potwierdzenie realizacji map parametrycznych obrazowanej tkanki. Brak adnotacji, że dotyczy to również stawów, nie oznacza, że program StarMap nie może być wykorzystywany w tym celu. Odwołujący twierdzi, że StarMap pozwala mapować „tylko serce i wątrobę”, podczas gdy takiego ograniczenia nie przewidziano w żadnym materiale pochodzących od GE. Owszem, wskazuje się na możliwość oceny zawartości żelaza w sercu oraz w wątrobie, jednakże nie wyklucza to również innych zastosowań, w szczególności w obszarze stawów, co potwierdza załączone zdjęcie wykonane w trybie StarMap.

W zakresie poz. 203 załącznika nr 2.2. wykonawca GE zauważył, że ze sposobu sformułowania zarzutu wynika, że stanowisko Odwołującego Siemens jest oparte na cytowanej odpowiedzi Zamawiającego, którą Odwołujący 2 utożsamia z obowiązującą w postępowaniu definicją rekonstrukcji 3D typu Cinematic Rendering. Tymczasem z treści udzielonej odpowiedzi wynika jedynie, że „Zamawiający wymaga oprogramowania”. Odwołujący zadając pytanie opisał własne rozwiązanie, które niewątpliwie zalicza się do „typu Cinematic Rendering”, niemniej nie sposób uznać, że Zamawiający udzielając odpowiedzi jw. sprowadził opis do charakterystyki systemu Siemens. Nadal obowiązywało zastrzeżenie „typu Cinematic Rendering”, a rozwiązanie zaoferowane przez GE jest takiego właśnie „typu”, choć nie wykorzystuje „próbek Monte Carlo”. Wykonawca GE podkreślił, że Zamawiający nie wskazał, że „wymaga takiego oprogramowania”, czy że „wymaga oprogramowania jw.” lub „oprogramowania zgodnego z ww. opisem”. Zamawiający odpowiedział lakonicznie, że wymaga oprogramowania. W związku z tym, odnośnikiem przy ocenie ofert nie powinien być

system Siemens, jak chce Odwołujący 2, ale opis zawarty w pkt 203. Tym bardziej, że po zmianie załącznika 2.2 z dnia 2 kwietnia 2020 r. Zamawiający pozostawił brzmienie: „Rekonstrukcje 3D typu Cinematic Rendering, bazujące na dokładnej fizycznej symulacji oddziaływania światła z materia, realizujące realistyczny rendering kształtów z uwzględnieniem rozpraszania światła, głębokości (cieni).”

W zakresie poz. 224 wykonawca GE zaznaczył, że ww. aplikacja realizuje wszystkie wymagania z tej pozycji, czego nie kwestionuje Odwołujący Siemens. Zauważył, że Odwołujący Siemens problemu upatruje wyłącznie w jego sposobie instalacji na serwerze, uznając, że skoro jest niezależne od systemu AW Serwer 3.2, to nie jest zapewniony do niej dostęp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego 2 oprogramowanie OLEA BREASTSCAPE może być i będzie zainstalowane na serwerze, a na każdym stanowisku opisowym (konsoli lekarskiej) użytkownik będzie miał zapewniony do niego dostęp. Dlatego zarzut należy uznać za niezasadny.

Podsumowując wykonawca GE zauważył także, że Odwołujący nie wykazał jaki wpływ na wynik postępowania ma domniemana wadliwa punktacja. Co więcej, wśród żądań przedstawionych w petitum odwołania nie wymienił wniosku o weryfikację punktacji. Z kolei zarzucając wyłącznie zaniechanie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, od Odwołującego 2 wymaga to udowodnienia, że wykonawca GE przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Tymczasem w świetle powyższych wyjaśnień takiej kwalifikacji nie sposób obronić. Wykonawca GE wskazał, iż wszystkie deklaracje dotyczące właściwości oferowanego rezonansu zostały złożone zgodnie z jego najlepszą wiedzą, opartą także na zapewnieniach autoryzowanego przedstawiciela producenta, tj. spółki GE Medical Systems Societe en Commandite Simple z siedzibą we Francji. Wykonawca GE załączył oświadczenie podpisane przez p. V. S., działającą na podstawie upoważnienia GE Medical Systems Societe en Commandite Simple z dnia 20 czerwca 2014 r wraz z ciągiem dokumentów wykazujących umocowanie tej osoby do złożenia takiego oświadczenia

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W sprawie o sygn. akt KIO 1256/20 Izba na posiedzeniu w dniu 16 lipca 2020 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym

w charakterze Uczestnika postępowania.

W sprawie o sygn. akt KIO 1260/20 Izba na posiedzeniu w dniu 16 lipca 2020 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do spełnienia materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego Siemens w sprawie o sygn. akt KIO 1256/20, którzy twierdzili, że Odwołujący GE przesłanek wynikających z ww. przepisu nie wypełnił. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba przyznała rację Zamawiającemu i Przystępującemu, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie musi na tym etapie postępowania z ostrożności wnosić środków ochrony prawnej i wskazywać zamawiającemu ewentualnych podstaw wykluczenia lub odrzucenia ofert konkurujących z nim wykonawców, którzy zajęli niższe niż on miejsca w rankingu ofert. Na tym etapie postępowania brak zaskarżenia ofert innych wykonawców nie powinien zamykać wykonawcy wybranemu drogi do wniesienia wobec nich środków ochrony prawnej na dalszym etapie postępowania, gdyby doszło do wzruszenia wyboru jego oferty i dokonania wyboru oferty innego podmiotu. Natomiast nie jest w ocenie Izby uprawnione twierdzenie, iż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w każdym przypadku, automatycznie, pozbawiony będzie uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego odnoszących się do ofert jego konkurentów, którzy zajęli niższą pozycję w rankingu ofert. Przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp należy każdorazowo odnosić do okoliczności faktycznych konkretnej sprawy (co wyklucza jakikolwiek automatyzm), z uwzględnieniem postulatów wykładni prounijnej zmierzającej do możliwie szerokiego rozumienia pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. W związku z tym, w sytuacji gdy wykonawca zdecyduje się na wniesienie odwołania, pomimo iż to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, należy rozważyć okoliczności towarzyszące takiej decyzji.

W omawianej sprawie wykonawca GE kwestionował zgodność z treścią SIWZ oferty wykonawcy, który znajdował się w rankingu oceny ofert na drugim miejscu i który był jedynym

- poza Odwołującym GE - wykonawcą ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie w części 2. Odwołanie zmierzało zatem do wyeliminowania z postępowania wykonawcy, którego oferta zostałaaby w postępowaniu jako jedyna, w przypadku odrzucenia oferty Odwołującego GE. Było to uzasadnione mając na względzie fakt, iż odwołanie wniesione przeciwko ofercie GE przez wykonawcę Siemens prowadzić mogło do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia jego oferty. Wniesienie odwołania przez wykonawcę GE mogło zatem doprowadzić do sytuacji, w której, w przypadku wyeliminowania z postępowania ww. wykonawcy doszłoby również do eliminacji z postępowania drugiego z wykonawców, tj. Siemens, co z kolei powodowałoby konieczność unieważnienia postępowania w części 2.

Okoliczność, iż pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, została przesądzona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama). W konsekwencji uznaje się, że interes w uzyskaniu zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Ww. interpretację art. 179 ust. 1 ustawy Pzp potwierdza także wykładnia dokonana przez TSUE w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esc, jak również w wyroku ETS z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 Fastweb. Ostatnie z przywołanych orzeczeń dotyczyło sytuacji, w której odwołanie wniósł zarówno wykonawca, którego oferta zajmowała drugie miejsce w rankingu ofert, jak i wykonawca wybrany zgodnie z decyzją instytucji zamawiającej, a zakwestionowana została wzajemna prawidłowość ofert każdego z tych podmiotów przez jego konkurenta, z uwagi na niezachowanie niektórych wymogów technicznych zawartych w specyfikacji warunków zamówienia. Powyższy przypadek był zatem podobny do sytuacji, jaka ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. W pkt 33 wyroku w sprawie C-100/12 Fastweb, ETS wskazał, iż „odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta w sytuacji, gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach. W takiej sytuacji każdy z konkurentów może powoływać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty.” Z powyższego wynika m.in. wniosek, iż w przypadku, gdy oferta wykonawcy wybranego zostaje zakwestionowana przez jego konkurentów, a wniesione środki ochrony prawnej zmierzają do wyeliminowania wykonawcy wybranego z postępowania, to również wykonawca wybrany ma interes we wniesieniu odwołania zmierzającego do wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Trybunał stwierdził, iż każdy z wykonawców ma wówczas uzasadniony interes przejawiający się w wyeliminowaniu z postępowania konkurencyjnego wykonawcy, co

mogłoby spowodować konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania.

Należy wskazać, że polski system środków ochrony prawnej stanowi realizację postulatów dyrektywy odwoławczej, a podstawowe pojęcia umożliwiające wykonawcom ochronę ich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni pronunijnej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2395/16). Tym samym w ocenie Izby brak było podstaw do uznania, że wykonawca GE nie wypełnił materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uzupełniając należy wskazać, iż podnoszona przez wykonawcę Siemens okoliczność, że w przypadku takiego odwołania trudnym do wykazania byłoby znaczenie podnoszonych zarzutów dla wyniku postępowania przetargowego, w związku z czym, jak wynika z dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, wątpliwa byłaby możliwość jego uwzględnienia, nie przekłada się bezpośrednio na kwestię wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Czym innym bowiem jest wypełnienie materialnoprawnych przesłanek do skorzystania z środków ochrony prawnej przez podmiot wnoszący taki środek, a czym innym wpływ wniesionego środka ochrony prawnej na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż zarówno Odwołujący GE w sprawie o sygn. akt KIO 1256/20, jak i Odwołujący Siemens w sprawie o sygn. akt KIO 1260/20, wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, iż Odwołujący Siemens w sprawie o sygn. akt KIO 1260/20 na rozprawie oświadczył, iż cofa zarzuty w odniesieniu do następujących pozycji załącznika nr 2.2.: poz. 26 (pkt 3 odwołania), poz. 220 (pkt 5 odwołania), poz. 222 (pkt 6 odwołania), poz. 115 (pkt 7 odwołania), 120 (pkt 8 odwołania), 124 (pkt 9 odwołania), 144 (pkt 11 odwołania). W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w powyższym zakresie, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji.

Izba w sprawach o sygn. akt KIO 1256/20 i KIO 1260/20 dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej modyfikacji oraz wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na pytania wykonawców co do treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, ofert wykonawców GE i Siemens wraz z załącznikami, wyjaśnień złożonych przez GE na wezwanie Zamawiającego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w odwołaniach, piśmie procesowym GE w sprawie o sygn. akt KIO 1260/20 oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 lipca 2020 roku. Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów złożonych przez Strony (przy czym

częściowo powielają się one z dokumentacją postępowania, mając na celu jedynie zobrazowanie konkretnych treści z niej wynikających):

I. w sprawie o sygn. akt KIO 1256/20:

1. przez Odwołującego GE:

- a) wyciągi z danych produktowych Magnetom Vida wraz z fragmentarycznym tłumaczeniem (dot. cewki Spine 72 oraz szybkości rekonstrukcji);
- b) wyciąg z danych produktowych Magnetom Sola;

2. przez Przystępującego Siemens

- a) wyciąg z wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie II Wydział Cywilny z dnia 9 października 2019 r., sygn. akt II Ca 2126/19;
- b) wyciąg z treści SIWZ odnoszący się do poz. 16 i zadanych w tym zakresie pytań;
- c) zrzuty ekranu obrazujące zasadę działania badania statycznego FoV;
- d) zestawienie parametrów technicznych z postępowania nr DZP/381/4A/2019 wraz z formularzem ofertowym Przystępującego Siemens złożonym w tym postępowaniu;
- e) opinia prof. dr hab. M. C. z dnia 14 lipca 2020 r. wraz z zapytaniem Przystępującego;
- f) wyciąg z arkusza danych technicznych Magnetom Vida złożonego przez Przystępującego w postępowaniu;
- g) oświadczenie producenta Siemens Healthcare GmbH z 15 lipca 2020 r. i wyciąg z dokumentacji produktu Magnetom Vida z Tim 204x64 wraz z tłumaczeniem;

II. w sprawie o sygn. akt KIO 1260/20:

1. przez Odwołującego Siemens:

- a) wyciągi z podręcznika użytkownika SIGNA™Works;
- b) wyciąg z wyroku KIO z dnia 28 października 2019 r., sygn. akt KIO 2061/19;
- c) wyciąg z dokumentacji postępowania odnoszący się do poz. 203 oraz wyciąg z białej książki Cinematic VRT;
- d) Informacje dodatkowe Serwera Aplikacyjnego AW Server 3.2. złożone przez Przystępującego wraz z opisem aplikacji i wyciągiem z podręcznika użytkownika;
- e) deklaracja zgodności AW Server 3.2 wraz z tłumaczeniem;

2. przez Przystępującego GE:

- a) fotografia MR stawu kolanowego 3D Ax Cosmic;
- b) fotografia MR stawu kolanowego P Ax StarMap Short T2\* BH;
- c) oświadczenie producenta GE Medical Systems Société n Commandite Simple z dnia 15 lipca 2020 r. wraz z dokumentacją potwierdzającą umocowanie do złożenia oświadczenia.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia w ramach Części 2, której dotyczą odwołania, jest dostawa rezonansu magnetycznego 3T – 1 szt.

Zgodnie z Rozdziałem VII.C SIWZ Zamawiający na potrzeby oceny ofert wymagał, aby oferta zawierała formularz ofertowy (załącznik nr 4 do SIWZ), a także wypełniony i podpisany kosztorys według załącznika nr 1 i 2 do SIWZ. Zamawiający wskazał ponadto, że w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, wykonawca jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą następujące oświadczenia i dokumenty: a) katalogi/ulotki, prospekty, foldery, itp. producenta, potwierdzające zgodność oferowanego sprzętu z wymaganiami Zamawiającego, z zaznaczeniem której części i której pozycji dotyczą; b) deklaracje zgodności, certyfikaty CE oraz inne dokumenty potwierdzające, że oferowane urządzenie medyczne jest dopuszczane do obrotu i użytkowane zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych; c) dotyczy oprogramowania stacji diagnostycznej - zaświadczenie o wpisie do rejestru wyrobu medycznego w klasie min. IIa lub posiadające certyfikat CE właściwy dla urządzeń/oprogramowania medycznego w klasie min. IIa stwierdzający zgodność oprogramowania z dyrektywą 93/42/EEC.

W Rozdziale XIII SIWZ Zamawiający przedstawił opis kryteriów oceny ofert, ustanawiając kryterium ceny o wadze 50% oraz kryterium parametrów jakościowych o wadze 50%. W pkt 4 Zamawiający wskazał, iż parametry jakościowe zostaną ocenione na podstawie dostarczonych katalogów/ulotek, prospektów, folderów, itp. producenta oraz certyfikatów i deklaracji zgodności, potwierdzające bezwzględnie zgodność oferowanego aparatu z wymaganiami Zamawiającego, z zaznaczeniem której części i której pozycji dotyczą. W przypadku braku potwierdzenia parametru granicznego w przedstawionych dokumentach, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Suma punktów uzyskanych zostanie podstawiona do wzoru: parametry jakościowe = (ilość uzyskanych punktów/max. ilość punktów do uzyskania) x 100 x 50%.

Opis przedmiotu zamówienia dla części 2 zawarto w załączniku 2.2 do SIWZ. W dokumencie tym Zamawiający określił parametry graniczne oraz parametry punktowane, ze wskazaniem wysokości punktacji dodatkowej. Zamawiający dla poniższych pozycji przedstawił następujący opis:

- Poz. 16 Maksymalna liczba kanałów odbiorczych, możliwych do wykorzystywania jednocześnie w maksymalnym zakresie badania w statycznym FoV w osi Z (paramater graniczny:  $\geq 128$ ; punktacja dodatkowa:  $\leq 130 - 0$  pkt.  $>130 - 5$  pkt.);
- Poz. 131 Mapowanie parametryczne tkanki, w tym chrząstki stawu, pozwalające na otrzymanie map parametrycznych dla właściwości T2\*, R2 i R2\* obrazowanej tkanki - parametr punktowany: TAK-2 pkt;
- Poz. 166 Sekwencja Steady State 3D do różnicowania chrząstki od płynu w badaniach



- stawów (typu 3D DESS lub odpowiednio do nazewnictwa producenta) - parametr graniczny;
- Poz. 203 Rekonstrukcje 3D typu Cinematic Rendering, bazujące na dokładnej fizycznej symulacji oddziaływania światła z materią, realizujące realistyczny rendering kształtów z uwzględnieniem rozpraszania światła, głębokości (cieni) - punktacja dodatkowa: TAK-2 pkt;
- Poz. 224 Aplikacja do badań mammograficznych MR z kontrastem, efektywny odczyt obrazów piersi oraz raportowanie. Automatyczne obliczanie intuicyjnych map kodowanym kolorami jako nakładki na anatomię, analiza krzywej w trakcie pracy systemu (on-the-fly), na podstawie obszaru zainteresowania (ROI) oraz na podstawie objętości zainteresowania (VOI), obliczenie objętości wzmocnionej kontrastem, graficzna statystyka dotycząca objętości zmian chorobowych wzmocnionych kontrastem, raportowanie zgodnie ze standardem BI-RADS. (Jednoczesny dostęp dla min. 1 użytkownika) – parametr graniczny, punktacja dodatkowa - dla nielimitowanej liczby użytkowników – 2 pkt.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia udzielił wyjaśnień treści SIWZ, m.in.:

- na pytanie nr 87 o treści: „Zamawiający w punkcie 16 zał. 2.2. do SIWZ stawia wymagania dotyczące maksymalnej liczby kanałów odbiorczych i zamierza premiować wartości największe. Z uwagi na różną interpretację pojęcia „kanały odbiorcze” systemu MR przez różnych oferentów (pojawia się interpretacja, że przykładowo liczba kanałów systemu MR to liczba możliwych do podłączenia elementów odbiorczych cewek ([sic!]), w celu uniknięcia rozbieżności, należałoby doprecyzować wymaganie w tym punkcie wprowadzając następujące doprecyzowanie: „Maksymalna liczba rzeczywistych niezależnych równoległych cyfrowych optycznych kanałów odbiorczych (odbiornika) systemu MR, z pełną ścieżką cyfrową, które mogą być używane jednocześnie w pojedynczym skanie i pojedynczym, statycznym FoV, z których każdy generuje niezależny obraz cząstkowy”, Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający zmienia załącznik nr 2.2. do SIWZ. Strony zamienne załącznika nr 2.2. do SIWZ stanowią integralną część niniejszego pisma.”;
- na pytanie nr 104 o treści: „Zamawiający w punkcie 224 zał. 2.2. do SIWZ wymaga Aplikacji do postrprocessingu badań mammograficznych MR z możliwością generowania raportu zgodnie ze standardem BI-RADS. Tak sformułowane wymaganie uniemożliwia naszej firmie złożenie oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym. W związku z tym, w celu umożliwienia naszej firmie złożenia oferty, Zamawiający skoryguje punkt 224 i zmieni jego charakter z wymaganego na premiowany, przykładowo w sposób następujący(...)”,

Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający zmienia załącznik nr 2.2. do SIWZ. Strony zamienne załącznika nr 2.2. do SIWZ stanowią integralną część niniejszego pisma.”

- na pytanie nr 154 odnoszące się do poz. 16 o treści: „prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający zmodyfikuje opis wymaganego parametru jak zaproponowano poniżej: [maksymalna liczba kanałów (elementów cewek, które można podłączyć jednocześnie do aparatu) możliwych do wykorzystywania w maksymalnym zakresie badania (max. FoV w osi Z, z przesuwem stołu pacjenta)]. Proponowane zmiany mają na celu zniesienie barier i umożliwienie naszej firmie złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w tym postępowaniu. Dotychczasowo zdefiniowany wymóg opisanego powyżej parametru to uniemożliwia. Zaproponowane zmiany w sposób oczywisty mają na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego oraz pozwalają na uczciwą konkurencję różnych producentów, gdzie premiovane są najistotniejsze parametry systemu MR.” Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający zmienia załącznik nr 2.2. do SIWZ. Strony zamienne załącznika nr 2.2. do SIWZ stanowią integralną część niniejszego pisma.”
- na pytanie nr 165 odnoszące się do poz. 203 o treści: „W celu wyboru oferty najbardziej korzystnej pod względem funkcjonalnym, prosimy o potwierdzenie czy Zamawiający poprzez: Rekonstrukcje 3D typu Cinematic Rendering, bazujące na dokładnej fizycznej symulacji oddziaływania światła z materiają, realizujące realistyczny rendering kształtów z uwzględnieniem rozpraszania światła, głębokości (cieni). Wymaga oprogramowania: Fotorealistyczne rekonstrukcje 3D typu Cinematic Rendering (CRT), bazujące na dokładnej fizycznej symulacji oddziaływania światła z materiają, realizujące realistyczny rendering: kształtów, rozpraszania światła, głębokości (cieni). W przeciwieństwie do tradycyjnych metod VRT, które śledzą pojedynczy prosty promień światła przez każdy piksel do danych, CRT śledzi setki lub tysiące ścieżek fotonów na piksel. Ostateczny obraz jest uzyskiwany iteracyjnie poprzez stopniowe uśrednianie licznych próbek Monte Carlo reprezentujących promieniowanie pochodzące z losowych kierunków ze światłem rozproszonym wiele razy wzdłuż każdej ścieżki światła. Do oświetlenia danych wykorzystuje się fotograficzne mapy światła o wysokim zakresie dynamicznym (HDR). Takie zdjęcia panoramiczne wychwytyują światło docierające do danych z dowolnego kierunku i prowadzą do naturalnego wyglądu danych. Naturalne oświetlenie w połączeniu z dokładną symulacją rozpraszania i absorpcji fotonów tworzy fotorealistyczne obrazy, które przypominają wiele efektów cieniowania, które można zaobserwować w naturze?” Zamawiający odpowiedział: „Tak, Zamawiający wymaga oprogramowania.”
- na pytanie nr 189 o treści: „Czy Zamawiający zmodyfikuje zapisy SIWZ poprzez wymóg złożenia wymienionych w powyższym punkcie dokumentów jedynie przez Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. (...) Treść oferty, zgodnie z rozumieniem ustawy, stanowi opis

przedmiotu zamówienia/parametry techniczne – załącznik nr 2.2 do SIWZ z zadeklarowanymi przez Wykonawcę parametrami urządzenia. Zgodnie bowiem z zapisem Rozporządzenia Ministra Rozwoju oraz ustawy Pzp dokumenty takie jak: próbki, opisy, fotografie czy plany, Zamawiający może żądać od wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Niezasadnym jest zatem brak zastosowania zapisów art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje, że dokumenty na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, winny być składane jedynie przez Wykonawcę, którego oferta zostanie oceniana najkorzystniej.” Zamawiający odpowiedział, iż „Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ. Zamawiający informuję, iż na podstawie ww. dokumentów zostaną ocenione parametry jakościowe ( pkt. XIII. 4 SIWZ).”

W związku z pytaniami wykonawców Zamawiający dokonał zmian w załączniku nr 2.2 do SIWZ, w tym m.in. w zakresie poz. 16 Zamawiający zmienił opis tej pozycji na następujący: „Maksymalna liczba kanałów odbiorczych, możliwych do wykorzystywania jednocześnie w maksymalnym zakresie badania” zaś w zakresie poz. 224 Zamawiający zmienił ten parametr z granicznego na punktowany wskazując przy punktacji dodatkowej: tak – 5pkt dla Nielimitowanej liczby użytkowników – 2 pkt. W zakresie poz. 203 Zamawiający nie wprowadził zmian.

W postępowaniu w części 2 wpłynęły dwie oferty - wykonawcy GE i wykonawcy Siemens.

Wykonawca Siemens w poz. 1 załącznika nr 2.2. wskazał, iż oferuje urządzenie Magnetom Vida producenta Siemens Healthcare GmbH (kraj pochodzenia Niemcy). W poz. 16 w kolumnie „Oferowane parametry” wskazał „TAK, 204”. Do oferty ww. wykonawca załączył m.in. dokument „Arkusze danych technicznych oparty na syngo MR XA20 Magnetom Vida - System BioMatrix (plik „06a Materiały informacyjne cz.2-sig.pdf”), w którym na stronie 9 znalazły się dane dotyczące techniki odbiornika. Wśród danych toru odbiorczego wskazano m.in.: wiersz pierwszy: „maksymalna liczba kanałów<sup>1)</sup> – 204, 228” (przy których to danych Przystępujący Siemens zawarł adnotacje dot. poz. 16); wiersz drugi: „liczba niezależnych kanałów odbiornika, które mogą być używane jednocześnie w pojedynczym skanie i w pojedynczym FoV, z których każdy generuje niezależny obraz cząstkowy – 32, 64, 128.” W przypisie oznaczonym „1)” wskazano: „Kanały (elementy cewek), które można podłączyć jednocześnie”.

Wykonawca GE w załączniku nr 2.2. w kolumnie „Oferowane parametry” w poz. 1 wskazał, iż oferuje urządzenie Signa Architect producenta GE Medical Systems (kraj pochodzenia USA). W poz. 131 zadeklarował: „TAK, CartiGram oraz StarMap”, w poz. 166: „TAK, 3D Cosmic”, w poz. 203: „TAK”, w poz. 224: „TAK. Oprogramowanie OLEA

BREASTSCAPE dla 1 użytkownika”.

Do oferty ww. wykonawca załączył dokument „Dane produktowe SIGNA™ Architect” (plik „GE\_katalogi cz.2 rezonans magnetyczny-sig.pdf”). W dokumencie tym na str. 12-13 (CV works) zawarto opis technik umożliwiających uzyskanie obrazów sercowo-naczyniowych, wśród których w rubryce „Mapowanie T2\*” wskazano „StarMap – mapowanie T2\* - zależne, kompatybilne z bramkowaniem, umożliwiające ocenę pracy serca.” Ponadto na str. 14 w sekcji OrthoWorks zawarto opis technik umożliwiających uzyskanie obrazów mięśniowo-szkieletowych. Wskazano m.in., iż „OrthoWorks umożliwia wykonanie podstawowych badań niedostępnych zwykle w zestawach standardowych. Funkcje korekcji ruchu, zaawansowanego obrazowania objętościowego czy najnowsze, wprowadzone przez firmę GE, techniki mięśniowo-szkieletowe zapewniają odpowiedni kontrast, wymagany zarówno dla badań podstawowych, jak i do złożonego obrazowania chrząstek.” W rubryce „Obrazowanie T2\* - zależne” wskazano m.in. „3D Merge – wysoka wartość stosunku sygnału do szumu SNR dla kontrastu T2\*. Wizualizacja więzadeł z dodaniem kontrastu tkanek miękkich. Zmniejszone przesunięcie chemiczne.” oraz „3D Cosmic – szybkie obrazowanie objętościowe o wysokiej rozdzielczości. Opcja SSFP w celu uwydatnienia sygnału T2 dla uzyskania podwyższonego kontrastu.” W sekcji „Akwizycja obrazów, Sekwencje impulsowe, Echo spinowe” (str. 23) wskazano m.in. „T2 MAP - T2 MAP to akwizycja wielokrotna bazująca na wielu echach technika FSE umożliwiająca uzyskanie obrazów przedstawiających różne wartości bazowe czasów T2. Uzyskane dane przetwarzane są w celu stworzenia kolorowych map T2, wykorzystywanych w ocenie stanu chrząstek.” W sekcji „Akwizycja obrazów, Sekwencje impulsowe, Echo gradientowe” (str. 24 i 25) wskazano m.in. „3D Cosmic – akwizycja spójnego stanu oscylacyjnego, dająca możliwość manipulowania kontrastem obrazu jest zmodyfikowaną sekwencją FGRE z akwizycją segmentową stanu ustalonego swobodnej precesji, dającą obrazy o wysokiej wartości sygnału do szumu i wysokim kontraście podczas badań kręgosłupa.”, a także „StarMap – StarMap jest programem do akwizycji i przetwarzania wtórnego, zapewniającym możliwość oceny zawartości żelaza w sercu oraz wątrobie. Dla różnych czasów TE dla każdego piksela zbierane są echa wielokrotne, dając w rezultacie obrazy, które reprezentują różne zależności od czasów T2\*. Po zakończeniu akwizycji, przetwarzanie wtórne tych obrazów jest wykorzystywane do generowania map w odcieniach szarości i kolorowych map sygnałów T2\* i R2\*.”

Ponadto wykonawca GE złożył dokument „Signa Architect 3.0T Informacje dodatkowe”, w którym w zakresie aplikacji klinicznych w pkt. 1 lit. qq wskazano, iż system posiada funkcjonalność: kalkulacje map parametrycznych obrazowanej tkanki: T2 mapping (CartiGram), T2\* mapping (StarMap). W odniesieniu do Serwera aplikacyjnego AW Server 3.2. wskazano, iż razem z systemem jest dostarczana aplikacja do analizy badań

mammograficznych MR z kontrastem, efektywny odczyt obrazów piersi oraz raportowanie. Automatyczne obliczanie intuicyjnych map kodowanym kolorami jako nakładki na anatomie, analiza krzywej w trakcie pracy systemu (on-the-fly), na podstawie obszaru zainteresowania (ROI) oraz na podstawie objętości zainteresowania (VOI), obliczenie objętości wzmocnionej kontrastem, graficzna statystyka dotycząca objętości zmian chorobowych wzmocnionych kontrastem, raportowanie zgodnie ze standardem BI-RADS. Do oferty załączono także deklarację zgodności dla Serwera aplikacyjnego AW Server 3.2 wraz z dodatkiem zawierającym wyszczególnienie opcji oprogramowania możliwego do nabycia.

W dniu 11 maja 2020 r. wykonawca GE udzielił wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odpowiadając w zakresie poz. 131 - na pytanie „czy zaoferowane mapowanie parametryczne tkanki pozwala na mapowanie parametryczne chrząstki stawu czy tylko narządów mięsaszowych (serca i wątroby)” – „tak, zaoferowane oprogramowanie pozwala na mapowanie parametryczne chrząstki stawów oraz narządów mięsaszowych”, zaś w zakresie poz. 224 - na pytanie „czy Wykonawca potwierdza zaoferowanie aplikacji OLEA BREASTSCAPE, jeżeli tak proszę o informację na jakim sprzęcie ta aplikacja musi być uruchomiona” - „tak, potwierdzamy. Dostęp do aplikacji będzie z poziomu stanowiska opisowego (konsoli lekarskiej).”

W dniu 29 maja 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą w części 2 uznał ofertę wykonawcy GE (50 pkt w kryterium cena, 36 pkt w kryterium parametry jakościowe, łącznie 86 pkt). Oferta wykonawcy Siemens została oceniona łącznie na 81 pkt (48,50 w kryterium cena, 32,50 w kryterium parametry jakościowe).

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1256/20 oraz KIO 1260/20, nie zasługują na uwzględnienie.

#### **Sygn. akt KIO 1256/20**

Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za nieudowodniony. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Z kolei w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Oceniając zasadność przedmiotowego zarzutu odnoszącego się do niezgodności treści oferty Siemens z treścią SIWZ w zakresie poz. 16 zał. 2.2. do SIWZ, Izba miała przede wszystkim na względzie, iż Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „kanałów odbiorczych” użytego w opisie tej pozycji. Sam Odwołujący 1 w treści pytania nr 87, zwrócił uwagę, że rozumienie tego pojęcia jest przez wykonawców w praktyce różnie interpretowane. Jeżeli zatem Odwołujący 1 nie zgadzał się ze sposobem rozumienia tego pojęcia prezentowanym przez jego konkurenta (wykonawcę Siemens), to jego obowiązkiem było wykazać, że w świetle takiego opisu poz. 16 zał. 2.2. do SIWZ, jaki został ukształtowany na skutek modyfikacji dokonanych przez Zamawiającego, za kanały odbiorcze nie mogą być uznane możliwe do podłączenia jednocześnie kanały - elementy cewek. Obowiązku temu w ocenie Izby Odwołujący GE nie sprostął.

Wskazać należy, że zasadniczą część argumentacji przedstawionej w odwołaniu stanowią okoliczności faktyczne, mające wykazać model zaoferowanego przez Przystępującego Siemens urządzenia Magnetom Vida - tj. Tim [204x64], przy czym w świetle oświadczenia złożonego przez Przystępującego Siemens na rozprawie okoliczność, że Przystępujący Siemens zaoferował model Magnetom Vida Tim [204x64] stała się bezsporna. Natomiast stanowisko Odwołującego 1 co do tego, że Przystępujący Siemens zaoferował system MR o 64 kanałach odbiorczych możliwych do wykorzystania jednocześnie w maksymalnym zakresie badania, a nie jak zadeklarowano o 204 kanałach odbiorczych, zostało w odwołaniu ograniczone wyłącznie do lakonicznego stwierdzenia, że liczba możliwych do podłączenia jednocześnie elementów cewek to nie to samo, co liczba kanałów odbiorczych, powołania się na dane ze str. 9 dokumentu Arkusz danych technicznych Magnetom Vida (plik „06a. Materiały informacyjne...”) oraz wskazania, że Przystępujący Siemens ma model urządzenia o 128 kanałach (Magnetom Vida Tim [228x128]) i to ten model powinien zaoferować. W treści odwołania nie podjęto próby wyjaśnienia, dlaczego za kanały odbiorcze w rozumieniu wynikającym z opisu poz. 16 nie można uznać kanałów (elementów cewek), które można podłączyć jednocześnie, nie przeprowadzono żadnej analizy jaka jest relacja opisu z pozycji 16 do danych zawartych w Arkuszu danych technicznych złożonym przez Siemens. Poprzestanie na gołosłownym stwierdzeniu, że „kanały odbiorcze” to nie to samo co „kanały (elementy cewek)” niewątpliwie nie może być uznane za wystarczające, co już samo w sobie przesądza o uznaniu przedmiotowego zarzutu za nieuzasadniony.

Podobnie zauważyć trzeba, że argumentacja Odwołującego GE prezentowana na rozprawie oparta została jedynie na twierdzeniu, że za spełniające wymóg z poz. 16 można uznać tylko kanały wskazane w wierszu drugim danych dotyczących toru odbiorczego (str. 9 Arkusza danych technicznych Magnetom Vida), tj. „niezależne kanały odbiornika, które mogą być używane jednocześnie w pojedynczym skanie i w pojedynczym FoV, z których każdy

generuje niezależny obraz cząstkowy.” Odwołujący GE jednak nie wykazał, że to wyłącznie tego rodzaju kanały odbiorcze mieszczą się w zakresie opisu poz. 16 zał. 2.2. do SIWZ. Izba miała na uwadze, że Zamawiający nie tylko nie zdefiniował pojęcia „kanałów odbiorczych”, ale także nie wskazał co rozumie poprzez „maksymalny zakres badania”. Natomiast Zamawiający usunął pierwotnie zawarte w opisie pozycji odniesienie do „statycznego FoV w osi Z”, co sugeruje, że zamiarem Zamawiającego było wskazanie na maksymalny zakres badania także z przesuwem stołu pacjenta. Zamawiający na rozprawie potwierdził, że chodzi mu o wyliczenie kanałów odbiorczych w ruchu. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która pozwalałaby na uznanie, że pomimo tak dokonanej zmiany SIWZ, za kanały odbiorcze możliwe do wykorzystania jednocześnie w maksymalnym zakresie badania można uznać jedynie kanały wskazane w wierszu drugim parametrów toru odbiorczego Arkusza danych technicznych Magnetom Vida. Podkreślić należy, że w wierszu tym odwołano się do liczby niezależnych kanałów odbiornika, które mogą być używane jednocześnie w pojedynczym skanie i w pojedynczym FoV, tymczasem opis poz. 16 nie referował ani do kanałów używanych w pojedynczym skanie i w pojedynczym FoV, ani do tego, że kanały mają być niezależne.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego GE o tym, że za „kanały odbiorcze” nie mogą być uznane „kanały (elementy cewek), które można podłączyć jednocześnie” pozostało gołosłowne. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które technicznie omawiałyby różnice pomiędzy tymi dwoma elementami toru odbiorczego urządzenia. Samo oparcie się zaś na nomenklaturze stosowanej przez producenta i okoliczności, że w dokumentacji producenta rozróżniono kanały (elementy cewek) od niezależnych kanałów odbiornika, które mogą być jednocześnie używane w pojedynczym skanie i pojedynczym FoV, nie stanowi dowodu wystarczającego, aby uznać niezgodność oferty Siemens z treścią SIWZ w świetle opisu poz. 16 zał. 2.2., jaki został ukształtowany na skutek dokonanych przez Zamawiającego modyfikacji. W ocenie Izby Odwołujący 1 nie odparł także w sposób skuteczny twierdzeń Przystępującego Siemens popartych dowodami (w szczególności oświadczeniem producenta Siemens Healthcare GmbH z 15 lipca 2020 r. z załączonym do niego wyciągiem z dokumentacji produktu Magnetom Vida Tim 204x64), iż w maksymalnym zakresie badania wynoszącym 205 cm jest możliwe do wykorzystania jednocześnie 204 kanały (elementy cewek). Z kolei podnoszone na rozprawie przez Odwołującego GE argumenty, że Zamawiającemu w świetle opisu poz. 16 chodziło jedynie o kanały w polu widzenia urządzenia, również nie zostały przez Odwołującego GE w żaden sposób wykazane, zaś Zamawiający powyższe stanowisko zakwestionował, podnosząc, iż nie wynika ono z treści SIWZ.

Za nie w pełni adekwatne Izba uznała także odwoływanie się przez wykonawcę GE do orzeczeń zapadłych w sprawach o sygn. akt KIO 621/19 oraz KIO 701/19 - w każdym z tych postępowań inny był opis kwestionowanego parametru w relacji do obecnego postępowania.

W sprawie o sygn. akt KIO 701/19 z opisu kwestionowanego parametru wprost wynikało, że maksymalnym zakresem skanowania był statyczny FoV w osi Z obejmujący 50cm, który to wymóg w przedmiotowej sprawie Zamawiający usunął. Z kolei w sprawie o sygn. akt KIO 621/19 w opisie pozycji użyto odniesienia do rzeczywistych, niezależnych, równoległych kanałów odbiorczych, którego do odniesienia w przedmiotowym postępowaniu nie zawarto, Odwołujący zaś nie wyjaśnił jak kwestia ta przekłada się w praktyce na interpretację wymogu z poz. 16 zał. 2.2 do SIWZ. Nie sposób zapominać także o obowiązkach Odwołującego GE wynikających z rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym wynikającego z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Fakt, że dana okoliczność została wykazana w innym postępowaniu odwoławczym, nawet prowadzonym na kanwie podobnego (choć jak wskazano powyżej nie tożsamego) stanu faktycznego, nie oznacza, że automatycznie uznać należy ją za wykazaną w innym postępowaniu, takie podejście naruszałoby niewątpliwie równowagę stron w postępowaniu odwoławczym. Każda sprawa wymaga indywidualnej analizy, ze szczególnym uwzględnieniem postanowień SIWZ obowiązujących wykonawców i zamawiającego w danym postępowaniu, ty, bardziej, że jak wskazano już powyżej, opis poz. 16 różnił się od opisu pozycji będących przedmiotem spraw o sygn. akt KIO 621/19 oraz KIO 701/19.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w świetle tak sformułowanego przez Zamawiającego opisu poz. 16, Odwołujący nie wykazał, aby pomiędzy opisem tej pozycji a ofertą Siemens zachodziła niezgodność. Przedmiotowy zarzut nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

#### Sygn. akt KIO 1260/20

W ocenie Izby podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdziły się w zakresie żadnego z czterech kwestionowanych parametrów, co do których Odwołującego Siemens potrzywał zarzuty na rozprawie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W myśl art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp 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. W ust. 4 tego przepisu wskazano, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.



2 pkt 3. Zgodnie zaś z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Parametr opisany w poz. 166 załącznika nr 2.2 do SIWZ stanowił parametr graniczny, niespełnienie którego powodowało niezgodność oferty z treścią SIWZ. Stawiając taki zarzut Odwołujący 2 zobowiązany był, zgodnie ze spoczywającym na nim w myśl art. 190 ust. 1 ustawy Pzp ciężarem dowodu, wykazać, że urządzenie zaoferowane przez wykonawcę GE nie spełnia wymogu wskazanego w poz. 166, czemu w ocenie Izby Odwołujący 2 nie sprostał.

Przede wszystkim należy zauważyć, że jedyną okolicznością, na której Odwołujący 2 oparł przedmiotowy zarzut, był zawarty w dokumencie „Dane produktowe SIGNA™ Architect” załączonym do oferty GE, opis sekwencji 3D Cosmic, w którym znalazło się odniesienie do badań kręgosłupa. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, które miałyby świadczyć o tym, że obrazowanie 3D Cosmic nie znajduje zastosowania także do różnicowania chrząstki od płynu w badaniach stawów. Zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie, porzeczono na wywodzonej *a contrario* z powyższego dokumentu okoliczności, że skoro w danych produktowych wskazano na możliwość zastosowania 3D Cosmic do badań kręgosłupa, to technologia ta nie znajdzie zastosowania w badaniach stawów. Tymczasem w ocenie Izby sam fakt, że w treści opisu 3D Cosmic przedstawionego w sekcji „Akwizycja obrazów, Sekwencje impulsowe, Echo gradientowe” odwołano się do badań kręgosłupa, nie przesądza, że 3D Cosmic nie ma zastosowania w badaniach stawów. Tym bardziej, że – jak zauważył na rozprawie Zamawiający – kręgosłup składa się m.in. ze stawów, jest łańcuchem stawów, a chrząstki występują w każdym stawie, czego Przystępujący nie negował.

W ocenie Izby Odwołujący 2 dokonał wybiórczej analizy danych produktowych urządzenia oferowanego przez GE, przywołując w treści odwołania jedynie ten fragment Danych produktowych, który mógłby wzbudzać wątpliwość i pomijając pozostałą treść tego dokumentu. Jak zwrócił uwagę Przystępujący GE (i co znajduje potwierdzenie w dokumentach złożonych wraz z ofertą) oprogramowanie Signa Works posiada narzędzie OrthoWorks, które umożliwia wykonanie badań do złożonego obrazowania chrząstek. W sekcji OrthoWorks na str. 14 dokumentu Dane produktowe wyraźnie wskazano na możliwość obrazowania z użyciem sekwencji 3D Merge oraz 3D Cosmic. W konsekwencji nie sposób uznać, aby dokumentacja załączona do oferty nie potwierdzała deklaracji złożonej przez Przystępującego GE w zał. 2.2. do SIWZ. Przedstawione przez Odwołującego Siemens dowody, wskazujące że 3D Cosmic pozwala na wykonanie akwizycji osiowej 3D sekwencji kręgosłupa szyjnego nie przesądzają bynajmniej o tym, że nie można z jej użyciem wykonać różnicowania chrząstki od płynów w badaniu stawów i że jest to sekwencja dedykowana wyłącznie do badań kręgosłupa. Odwołujący 2 nie dowiódł także w żaden sposób prezentowanych na rozprawie twierdzeń, że

wykonane z użyciem 3D Cosmic badanie stawów, nie będzie takie same jakościowo. Za bezzasadne Izba uznała także argumenty Odwołującego Siemens podnoszone na rozprawie, jakoby przez pomyłkę wykonawca GE miał zaoferować obrazowanie 3D Cosmic zamiast 3D Merge. Z załączonych Danych produktowych wynika, że sekwencja 3D Merge również została zaoferowana, natomiast Przystępujący GE na rozprawie wyjaśnił, dlaczego to zaoferowanie właśnie 3D Cosmic uznał za konieczne, aby spełnić wymagania z poz. 166 załącznika nr 2.2. do SIWZ (a konkretnie wymóg sekwencji Steady State 3D). Odwołujący Siemens nie kwestionował, że technologia 3D Cosmic jest oparta o sekwencje SSFP, czyli jak wskazywał Przystępujący właśnie o sekwencje Steady State, których wymagał Zamawiający.

Tym samym nie sposób uznać, aby oferta Przystępującego GE była niezgodna z SIWZ w zakresie parametru wskazanego w poz. 166 załącznika nr 2.2. do SIWZ, a tym bardziej o podaniu przez GE informacji mogących wprowadzać Zamawiającego w błąd w tym zakresie.

Pozostałe kwestionowane przez Odwołującego Siemens parametry stanowiły parametry dodatkowo punktowane w kryteriach oceny ofert. Przy czym uwagi wymaga okoliczność, że Odwołujący 2 w odniesieniu do tych pozycji nie podnosił zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe przyznanie punktacji w kryterium parametry jakościowe i nie domagał się obniżenia liczby przyznanych wykonawcy GE punktów w tym kryterium, lecz wskazywał na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, żądając wykluczenia wykonawcy GE z postępowania. Kwestia ta miała znaczenie w kontekście poz. 131, o czym mowa poniżej.

W zakresie poz. 131 załącznika nr 2.2. do SIWZ Odwołujący Siemens wskazywał na okoliczność, że zadeklarowane przez wykonawcę GE funkcjonalności CartiGram oraz StarMap nie spełniają wymagania mapowania parametrycznego tkanki, w tym chrząstki stawu, pozwalającego na otrzymanie map parametrycznych dla właściwości T2\* obrazowanej tkanki.

Izba częściowo podzieliła stanowisko Odwołującego Siemens, mając przede wszystkim na względzie, iż Zamawiający, zgodnie z pkt XIII.4 SIWZ, na potrzeby oceny parametrów jakościowych wymagał przedstawienia katalogów/ulotek, prospektów, folderów, itp. producenta oraz certyfikatów i deklaracji zgodności, które będą potwierdzać zgodność złożonych przez wykonawców oświadczeń z wymaganiami wskazanymi dla poszczególnych pozycji. W ocenie Izby ze złożonych przez Przystępującego GE dokumentów nie wynika w sposób jednoznaczny możliwość generowania map T2\* tkanek innych niż sercowo-naczyniowe, w tym tkanek chrząstki stawów, do których Zamawiający odsyłał w opisie poz. 131 załącznika nr 2.2. do SIWZ. Po pierwsze Przystępujący GE nie kwestionował stanowiska Odwołującego 2, że funkcjonalność CartiGram nie daje możliwości generowania map parametrycznych T2\*. Potwierdza to pkt 1 lit. qq dokumentu „Signa Architect 3.0T Informacje dodatkowe”, gdzie wskazano, iż system posiada funkcjonalność: kalkulacje map parametrycznych obrazowanej tkanki: „T2 mapping (CartiGram)” a nie „T2\*”. Funkcjonalność

kalkulacji map parametrycznych T2\* mapping Przystępujący GE w pkt. 1 lit. qq przypisał programowi StarMap, nie dookreślił jednak zakresu, w jakim możliwe jest mapowanie parametryczne tkanek z użyciem tego programu. Z kolei w dokumencie „Dane produktowe SIGNA™ Architect” program StarMap pojawia się wyłącznie w kontekście badań sercowo-naczyniowych. Wskazuje na to zarówno przywołana przez Odwołującego Siemens definicja programu StarMap przedstawiona w sekcji „Akwizycja obrazów, Sekwencje impulsowe, Echo gradientowe”, jak również okoliczność, że program StarMap w kontekście mapowania T2\* wskazany został jedynie w sekcji CV Works (str. 12-13 Danych produktowych), w której zawarto opis technik umożliwiających uzyskanie obrazów sercowo-naczyniowych (na co wskazują informacje podane na wstępie sekcji CV Works), a nie stawów.

W konsekwencji Izba zgodziła się z Odwołującym 2, że Przystępujący GE nie powinien był otrzymać punktów dodatkowych za parametr wskazany w poz. 131. W ocenie Izby Zamawiający swoją decyzję oparł de facto jedynie na treści wyjaśnień Przystępującego GE z dnia 11 maja 2020 r., co w kontekście wymogów SIWZ odnoszących się do sposobu potwierdzenia spełnienia deklarowanych wymagań, nie było dopuszczalne, zwłaszcza, że parametr ten oceniany był w kryterium oceny ofert. Wyjaśnienia te zresztą były bardzo lakoniczne i nie tłumaczyły, które fragmenty złożonych katalogów i informacji miałyby potwierdzać zadeklarowany parametr. Natomiast – jak zwrócono uwagę już powyżej - Odwołujący Siemens (co Odwołujący 2 potwierdził też na rozprawie) swoim odwołaniem nie zmierzał do obniżenia punktacji oferty Przystępującego GE, ponieważ ewentualne obniżenie punktacji nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Brak takiego wpływu na wynik w przedmiotowym przypadku był bezsporny – odjęcie tych punktów nie wpływałoby na zmianę klasyfikacji wykonawców w rankingu ofert. W konsekwencji uwzględnienie odwołania z tego powodu nie było możliwe z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia), jak i z uwagi na treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu) wobec faktu, że kwestia wadliwego przyznania punktów w kryterium pozacenowym nie stanowiła przedmiotu zarzutów i żądań objętych odwołaniem.

Jako, że Odwołujący Siemens dążył do wykluczenia Przystępującego GE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, to jego rolą w postępowaniu odwoławczym było wykazanie spełnienia przesłanek, o których mowa w tym przepisie. Podkreślenia wymaga, że *ratio legis* ww. regulacji jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, którzy wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Przy lekkomyślności wykonawca zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie

sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast wykonawca nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzi będzie do naruszenia przez niego zobowiązania. Należy mieć na względzie, iż art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp to przepis o charakterze sankcyjnym, którego konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania. Nie jest zatem dopuszczalna jego wykładnia rozszerzająca, a zastosowanie tego przepisu winno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na ziszczenie się wszystkich wymaganych przesłanek. Ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania, co wynika bezpośrednio art. 190 ust. 1 ustawy Pzp – czyli w przedmiotowej sprawie na Odwołującym 2.

Jak zwrócono uwagę w treści odwołania, pod pojęciem informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mieszczą się informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem rzeczy, nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością. W ocenie Izby Odwołujący Siemens nie dowiódł takiej niezgodności ze stanem rzeczywistym deklaracji złożonej przez Przystępującego GE w poz. 131. Podkreślić należy, iż czym innym jest okoliczność, że zadeklarowany parametr nie wynika jednoznacznie ze złożonej dokumentacji, co w świetle wymogów SIWZ uzasadnia nieprzyznanie punktów w kryterium pozacenowym, a czym innym sytuacja, kiedy zaofertowane urządzenie zadeklarowanej funkcji w ogóle nie posiada, a złożona deklaracja była nieprawdziwa. Odwołujący Siemens nie udowodnił, aby zaofertowane przez GE urządzenie nie pozwalało na mapowanie parametryczne T2\* chrząstki stawu, jedynie załączona do oferty dokumentacja w sposób jednoznaczny na to nie wskazuje. Izba miała na względzie, że w odwołaniu jedynie jednozdaniowo zasygnalizowano przypuszczenie Odwołującego 2, że zaofertowane przez GE urządzenie nie posiada zadeklarowanej funkcjonalności, zaś na rozprawie Odwołujący Siemens nie zaprezentował żadnych dalszych twierdzeń i dowodów, mających jego stanowisko potwierdzać. Z kolei posiadanie takiej funkcjonalności uprawdopodobnił Przystępujący GE, składając na tę okoliczność dowody (oświadczenie producenta oraz fotografię). Wobec bierności dowodowej Odwołującego Siemens, Izba nie znalazła podstaw, aby odmówić wiarygodności dowodom złożonym przez Przystępującego.

W konsekwencji nie sposób uznać, aby Odwołujący 2 wykazał, że Przystępujący GE podał w poz. 131 załącznika nr 2.2. do SIWZ informacje nieprawdziwe, sprzecznych z istniejącym stanem rzeczywistym, które miałyby skutkować wykluczeniem ww. wykonawcy z postępowania, skoro zgromadzony w sprawie materiał dowodowy uprawdopodobnia posiadanie kwestionowanej funkcjonalności przez zaofertowane urządzenie. Jedynie ze względów formalnych, mając na uwadze wymagania wskazane w SIWZ co do sposobu

potwierdzenia spełniania parametrów jakościowych, które wiążą nie tylko wykonawców, ale także Zamawiającego, Zamawiający na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą, nie powinien był przyznać wykonawcy GE punktów dodatkowych za tę pozycję. Okoliczność ta jednak, jak wskazano powyżej, nie przekłada się na możliwość uwzględnienia odwołania.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut odnoszący się do poz. 203 załącznika nr 2.2. do SIWZ.

Argumentacja prezentowana w postępowaniu przez Odwołującego Siemens sprowadzała się wyłącznie do wskazania, że w świetle udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 165 opisana funkcjonalność jest charakterystyczna dla oprogramowania produkcji Siemens, a Przystępujący GE nie jest w stanie uzyskać takich obrazów MR. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego 2 zostało oparte o błędne założenie, że udzielając odpowiedzi na ww. pytanie doszło do modyfikacji opisu pozycji 203 załącznika nr 2.2. do SIWZ, a oczekiwaniem Zamawiającego było otrzymanie produktu o cechach charakterystycznych wyłącznie dla produktu firmy Siemens. Odpowiedź Zamawiającego niewątpliwie nie jest jednoznaczna. Zamawiający nie wskazał precyzyjnie, że wymaga dokładnie takiego oprogramowania, jakiego opis przedstawiono w treści pytania. Odpowiedź ograniczono do lakonicznego stwierdzenia „Tak, Zamawiający wymaga oprogramowania”, co w ocenie Izby można rozumieć chociażby jako potwierdzenie, że opis przytoczony w treści pytania spełnia wymóg z poz. 203, tj. stanowi wymaganą rekonstrukcję 3D typu Cinematic Rendering, niekoniecznie zaś jako wyartykułowanie woli Zamawiającego co do zmiany opisu poz. 203 poprzez jej doszczegółowienie o opis charakterystyczny dla oprogramowania tylko jednego producenta. Sam Zamawiający przyznał na rozprawie, że nie miał świadomości, że wskazany w pytaniu opis stanowi produkt Siemens, nie sposób zatem uznać, aby udzielając odpowiedzi na pytanie nr 165 miał on zamiar dokonania takiej zmiany SIWZ. Okoliczność tę pośrednio potwierdza także fakt, że Zamawiający nie zmienił treści opisu poz. 203 w załączniku nr 2.2 do SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, przedmiotowa niejednoznaczność nie może być rozstrzygana na niekorzyść wykonawców, w tym wypadku wykonawcy GE, który zadeklarował posiadanie przez oferowane urządzenie rekonstrukcji 3D typu Cinematic Rendering zgodnie z wymaganiem zawartym w opisie poz. 203. Odwołujący nie kwestionował zaś, że rozwiązanie zaoferowane przez GE przy takim opisie poz. 203, jaki był ustalony pierwotnie i jaki pozostał w zał. 2.2. do SIWZ, nie stanowi rekonstrukcją 3D typu Cinematic Rendering wymaganej przez Zamawiającego.

Rozstrzygając zarzut odnoszący się do poz. 224 załącznika nr 2.2. do SIWZ, Izba stwierdziła, iż zdecydowana większość argumentacji prezentowanej przez Odwołującego Siemens na rozprawie stanowiła rozszerzenie podstaw faktycznych zarzutu podniesionego

w odwołaniu i jako taka, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może podlegać rozpoznaniu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Zauważyć trzeba, że podstawa faktyczna zarzutu w zakresie poz. 224 przedstawiona w treści odwołania ograniczona została *de facto* do wskazania, że aplikacja OLEA BREASTSCAPE nie może być zainstalowana w obrębie serwera aplikacyjnego AW Server 3.2., a także że jest ona oddzielnym oprogramowaniem, z oddzielną bazą danych i nie jest częścią serwera aplikacyjnego. Stanowiska tego Odwołujący Siemens szerzej nie wyjaśnił, w szczególności nie wytłumaczył w ogóle dlaczego jego zdaniem aplikacja OLEA nie może być zainstalowana w obrębie serwera AW Server 3.2 ani dlaczego lokalizacja aplikacji ma w ogóle znaczenie z perspektywy spełnienia wymagania opisanego przez Zamawiającego w poz. 224. Również zawarte w odwołaniu lakoniczne odniesienie, że aplikacja obca nie spełnia wymogów z poz. 194 i 198 w ogóle nie zostało przez Odwołującego 2 wyjaśnione (wątek ten nie był nawet kontynuowany na rozprawie). Z kolei powołanie się na fakt, że Przystępujący GE zadając pytanie nr 104 do SIWZ wskazał, że nie posiada aplikacji, o której mowa w poz. 224, bynajmniej nie przesądza, że deklarując wyposażenie urządzenia w taką aplikację złożył nieprawdziwą deklarację (zwłaszcza, że zaoferował oprogramowanie innego producenta, a nie własne).

Izba miała na względzie, że Odwołujący Siemens dopiero na rozprawie przedstawił argumentację mającą uzasadniać postawioną w odwołaniu tezę o braku możliwości zainstalowania aplikacji OLEA w obrębie AW Server 3.2, wskazując, że aplikacja OLEA nie została ujęta w treści załącznika do deklaracji zgodności serwera aplikacyjnego AW Server 3.2. i nie jest aplikacją zwalidowaną. Niemniej tą wiedzą Odwołujący dysponował już w momencie wnoszenia odwołania, gdyż deklaracja zgodności serwera AW Server 3.2. była załączona do oferty Przystępującego GE i w ocenie Izby winien był okoliczność tę wskazać jako podstawę faktyczną zarzutu w treści odwołania. Podobnie dopiero na rozprawie Odwołujący Siemens podnosił (składając także dowody), że zaoferowany przez GE serwer aplikacyjny nie jest przeznaczony do diagnozowania obrazów mammograficznych, podczas gdy na taką okoliczność w ogóle nie w treści odwołania się nie powołano i nie była ona objęta zakresem zarzutu.

Negatywne konsekwencje procesowe powyższych zaniechań obciążają Odwołującego. Art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza ścisły zakres rozpoznania odwołania przez Izbę - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skonkretyzowanie zarzutu w odwołaniu ma nieważne znaczenie, gdyż umożliwia stronom i uczestnikom postępowania odniesienie się do ich treści. W związku z tym o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu,

pod rygorem ich nieuwzględnienia (por. m.in. wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 113/20). Nie sposób zaaprobować takiego podejścia, jakie prezentuje Odwołujący Siemens, który w odwołaniu bardzo ogólnie formułuje podstawę faktyczną zarzutu, a następnie (teoretycznie w jej ramach) przedstawia szczegółową argumentację. Skoro Odwołujący 2 na rozprawie rozbudował swoją argumentację o twierdzenia oparte na treści deklaracji zgodności serwera aplikacyjnego załączonej do oferty GE czy też na treści wyjaśnień wykonawcy GE złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to nic nie stało na przeszkodzie, aby już w odwołaniu przedstawić argumentację zawierającą konkretne odniesienie się do okoliczności, które w jego ocenie świadczą o niespełnieniu wymogu z poz. 224, na rozprawie zaś złożyć jedynie dowody, które by tę argumentację potwierdzały. Tymczasem Odwołujący dopiero w dniu rozprawy skonkretyzował okoliczności faktyczne uzasadniające stawiany zarzut. Art. 192 ust. 7 ustawy Pzp ma na celu właśnie zapobieganie takim sytuacjom - odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, a Krajowa Izba Odwoławcza nie może opierać rozstrzygnięcia na podstawach faktycznych doprecyzowanych na etapie rozprawy. Takie postępowanie byłoby naruszeniem zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym (por. m.in. wyroki z dnia 6 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 533/18, z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18, z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 979/18).

Tym samym Izba uznała zarzut odnoszący się do poz. 224 zał. 2.2 do SIWZ za niewykazany.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

W obu sprawach kosztach o postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....