

Sygn. akt: KIO 2072/20

WYROK
z dnia 9 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **ALTERIS S.A. z siedzibą w Katowicach**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta**,

przy udziale wykonawcy **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ALTERIS S.A. i 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.

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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa cyfrowego systemu rezonansu magnetycznego w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa Szpitala Południowego”*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 045-106161.

W dniu 24 sierpnia 2020 r. wykonawca ALTERIS S.A. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Siemens, nieuzasadnionego przyznania punktów tej ofercie oraz zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 24 czerwca 2020 r. Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej – była to oferta Odwołującego. Od tego wyboru odwołał się Siemens wskazując m.in., że Zamawiający bezpodstawnie poprawił treść oferty Odwołującego w trybie art. 78 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przyznając Odwołującemu 5 dodatkowych punktów za pozycję nr 53 tabeli z opisem parametru – konfiguracją aparatu. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ten zarzut, w wyroku z dnia 25.07.2020 o sygn. akt KIO 1539/20. W rezultacie, przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający odjął Odwołującemu rzeczony punkt, co spowodowało mniejszą liczbę uzyskanych punktów – punktacja spadła z 92,51 pkt na 92,02. Liczba punktów przyznana Siemens pozostała bez zmian zarówno przy pierwszym jak i drugim wyborze, tj. 92.16 pkt.

Odwołujący stwierdził, że jako zwycięski wykonawca, nie miał interesu by kwestionować ilość uzyskanych punktów przez Siemens. Dopiero w obecnej sytuacji, tj. po zmianach w rankingu ofert i wyborze oferty Siemens jako oferty najkorzystniejszej, Odwołujący uprawniony jest do kwestionowania przed Krajową Izbą Odwoławczą ilości punktów przyznanych temu wykonawcy. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby, zgodnie z którym interes do wnoszenia środków ochrony prawnej powstaje dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. Wskazał, że z uwagi na fakt, że

wskutek pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta Odwołującego została wybrana, wówczas nie zmaterializowała się przesłanka szkody, która uzasadniałaby interes we wnoszeniu odwołania. Dopiero obecnie, w sytuacji gdy w wyniku powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta Odwołującego straciła status najkorzystniejszej i została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, Odwołującemu przysługuje interes do wnoszenia środków ochrony prawnej. Przesłanki odrzucenia odwołania, w tym z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego, czy wykonawca, który nawet powziął informację o okolicznościach mogących stanowić podstawę wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Bezpodstawne przyznanie punktów w poz. 25

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie nr 25 Załącznika nr 2 do SIWZ zamierzał przyznać 3 punkty w następującej sytuacji: *Rozwiązanie umożliwiające obrazowanie z czasem TE=0ms, możliwe do zastosowania co najmniej w obrazowaniu TI, oraz przy akwizycji wykorzystującej co najmniej zaoferowaną wielokanałową cewkę do głowy i szyi. (...)*. Siemens w swojej ofercie w punkcie nr 25 udzielił następującej odpowiedzi potwierdzającej, że zaoferowana aparat spełnia warunki pozwalające na otrzymanie 3 punktów:

Lp.	Opis Przedmiotu Zamówienia Opis parametru – konfiguracja aparatu	Parametr wymagany	Parametr oferowany Potwierdzenie tak/nie (wypełnia wykonawca)	Punktacja parametru
25	Rozwiązanie umożliwiające obrazowanie z czasem TE=0ms, możliwe do zastosowania co najmniej w obrazowaniu TI, oraz przy akwizycji wykorzystującej co najmniej zaoferowaną wielokanałową cewką do głowy i szyi. Podać nazwą oferowanego rozwiązania.	Tak/nie Jeśli tak – podać nazwę	Tak, PETRA	"Tak" – 3 pkt "Nie"- 0 pkt

Odwołujący podniósł, że zgodnie z danymi produktowymi Siemens, akwizycja PETRA jest akwizycją UTE. Akwizycja UTE oznacza ultra krótki czas echa (ultra-short echo time), co oznacza, że chociaż czas echa jest bardzo krótki to wynosi on 100-200 µs. W wyjaśnieniach z 5 maja 2020 r., w pozycji Ad 7, Siemens oświadczył, że (...) *Skróty UTE (ultra-short TE), czy ZTE (zero TE) są synonimami stosowanymi przez różnych producentów dla podkreślenia tej samej cechy, w której czas echa jest tak krótki, że wyrażony w milisekundach jest równy zeru. (...)*.

Zdaniem Odwołującego zarówno oświadczeniem zawartym w poz. 25, jak i cytowanymi wyjaśnieniami, Siemens wprowadził Zamawiającego w błąd. Skrót UTE i ZTE

nie są synonimami stosowanymi przez różnych producentów, tylko różnymi nazwami, odzwierciedlającymi różnice występujące w aparatach poszczególnych producentów. Siemens sam przyznaje, że w tym punkcie nie chodzi o matematyczne zaokrąglenie minimalnego czasu echa TE do 0ms, ale o konkretną metodę obrazowania – ZTE. Technologia ZTE umożliwia osiągnięcie czasu echa na poziomie 20 μ s. Pozwala to na obrazowanie struktur anatomicznych, które do tej pory nie były widoczne w konwencjonalnym badaniu MR. Wielokrotnie krótszy czas echa, w porównaniu do techniki UTE, pozwala na uzyskanie znacznie wyższego stosunku sygnału do szumu (SNR).

Zdaniem Odwołującego Siemens, jako profesjonalny podmiot, powinien znać różnice pomiędzy technologiami ZTE a UTE. Zatem, oświadczenie w ofercie „Tak, PETRA” wskazuje na co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo, o ile nie zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, prowadzące do przekazania nieprawdziwych informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, skutkiem czego Zamawiający, zamiast wykluczyć Siemens, wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Manipulowanie danymi technicznymi w celu uzyskania 3 dodatkowych punktów nie powinno podlegać ochronie. Siemens nie powinien być uprawniony do tłumaczenia, że wymóg ZTE zrozumiał w sposób dopuszczający możliwość uznana, że de facto chodzi o technologię UTE. Skoro zaoferowana technologia UTE nie spełnia warunku technologii ZTE, to nie może być mowy o omyłce przy składaniu oświadczenia w zakresie przysługiwania Siemens 3 dodatkowych punktów, tym bardziej, że te nieprawdziwe informacje zostały powtórzone w piśmie z 5 maja 2020 r.

Reasumując, z uwagi na oświadczenie producenta, zawarte w karatach katalogowych, o możliwości stosowaniu technologii UTE, która nie uzyskuje pożądanego przez Zamawiającego wymogu zaoferowania technologii ZTE (TE=0ms), Siemens nie powinien był uzyskać 3 dodatkowych punktów w poz. 25 opisu parametru – konfiguracji aparatu. Z uwagi na podane w poz. 25 nieprawdziwe informacje, których charakter wypełnia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, Zamawiający powinien był wykluczyć Siemens z postępowania, w ogóle nie oceniając oferty tego wykonawcy.

Bezpodstawne przyznanie punktów w poz. 53

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie nr 53 Załącznika nr 2 do SIWZ zamierzał premiować, przyznaniem 5 punktów rozwiązanie, spełniające przynajmniej jedno z poniższych założeń:

- możliwość wykonania badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych LUB
- możliwość wykonania badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „feet-first” (nogami do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych.

Siemens w swojej ofercie w punkcie nr 53 udzielił następującej odpowiedzi potwierdzającej, że zaoferowany aparat spełnia warunki pozwalające na otrzymanie 5 dodatkowych punktów w tym kryterium:

Lp.	Opis Przedmiotu Zamówienia Opis parametru – konfiguracja aparatu	Parametr wymagany	Parametr oferowany Potwierdzenie tak/nie (wypełnia wykonawca)	Punktacja parametru
53	Możliwość wykonania badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu) lub „feet-first” (nogami do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych	Tak/nie	Tak	"Tak" – 5 pkt "Nie"- 0 pkt

Odwołujący podniósł, że zaoferowany przez Siemens aparat nie umożliwia wykonania badania dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych ani w ułożeniu „head-first” ani w ułożeniu „feet-first”. Podkreślił, że Zamawiający nie żądał, aby każdorazowo zaoferowany aparat umożliwiał wykonanie badania dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych w jednorodnym ułożeniu – dopuszcza, żeby niektóre badania były wykonane w pozycji „head-first” a inne w ułożeniu „feet-first”. Jeżeli jednak istnieje taka opcja, aby bez zmiany kierunku ułożenia pacjenta możliwe było wykonanie wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych to wówczas 5 dodatkowych punktów się należy. Zatem, okoliczność, że aparat zaoferowany przez Siemens pozwala na wykonanie wszystkich badań zgodnie z żądaniem Zamawiającego, ale w odniesieniu do poszczególnych badań trzeba zastosować różne pozycje (tj. trzeba przemieszczać pacjenta) świadczy o tym, że aparat jest zgodny z SIWZ, ale nie jest dość dobry, by otrzymać 5 dodatkowych punktów w kryterium jakościowym.

Odwołujący powołał się na złożony przez Siemens wykaz „Lista cewek dostarczanych wraz z aparatem”, gdzie Siemens oświadczył, że oferuje następujące cewki przeznaczone do nw. anatomii:

- do badania głowy i szyi Siemens zaoferował cewkę BioMatrix Head /Neck 20 (wskazana w punktach 35-38 Załącznika nr 2 do SIWZ i spełniająca zawarte w tych punktach wymagania),
- do badania stawu kolanowego wykorzystuje cewkę Tx/Rx Knee 18 (wskazana w punkcie 46 Załącznika nr 2 do SIWZ i spełniająca zawarte w tym punkcie wymagania),
- do badania stawu skokowego wykorzystuje cewkę Foot/Ankle 16 (wskazana w punkcie 48 Załącznika nr 2 do SIWZ i spełniająca zawarte w tym punkcie wymagania).

Zdaniem Odwołującego, z uwagi na konstrukcję wymienionych powyżej cewek, niemożliwe jest, aby zostały użyte wszystkie trzy cewki w ułożeniu „head-first” albo wszystkie trzy cewki w ułożeniu „feet-first”.

Odwołujący stwierdził, że cewka BioMatrix Head /Neck 20 może być podłączona jedynie do portów 5 i 6, a to oznacza, że można ją podłączyć jedynie dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu), a nie można jej podłączyć dla ułożenia pacjenta w pozycji „feet-first” (nogami do przodu). Zatem, cewka BioMatrix Head /Neck 20 wymusza badanie w pozycji „head-first”. Tym samym, wszystkie pozostałe cewki powinny pozwalać na wykonanie badania dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych w pozycji „head-first”.

Odwołujący wskazał, że Siemens w wyjaśnieniach z 5 maja 2020 r., w pozycji Ad 8 podał, że: *do badania głowy nie musi być użyta cewka BioMatrix Head/Neck 20, lecz jedna z zaoferowanych cewek o zastosowaniu uniwersalnym np. UltraFlex 18 Large lub UltraFlex 18 Smali (w zależności od wieku i gabarytów pacjenta oraz sposobu jego ułożenia i stanu ogólnego)*. Tym samym Siemens usiłował wykazać, że możliwe jest wykonanie zaoferowanym aparatem badania dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych w pozycji „feet-first”, gdyż wystarczy użyć do badania głowy uniwersalną cewkę, a nie dedykowaną. Zdaniem Odwołującego takie założenie jest sprzeczne z SIWZ, a zatem zastosowanie się do wskazówek Siemens nie może zostać przyjęte jako wykonanie badania zgodnie z warunkami SIWZ.

W ocenie Odwołującego o niemożności zastosowania cewki UltraFlex 18 Large lub UltraFlex 18 do badania głowy czy też głowy i szyi przesądza fakt, że używając cewek uniwersalnych – zamiast dedykowanej, żądanej w SIWZ – Siemens nie spełnia pozostałych wymagań wymienionych w punktach 36-38 Załącznika nr 2 do SIWZ. W szczególności wymóg z poz. 38., tj. *funkcjonalność regulacji kąta pochylecia cewki do badania głowy (umożliwiająca komfortowe badanie osób chorych i starszych)* nie jest spełniony przez żadną z cewek UltraFlex 18; przy czym, w warunku tym nie chodzi o umieszczenie podkładki pod cewkę, ale o funkcjonalność samej cewki, zaś konstrukcyjnie cewki uniwersalne nie oferują takiej funkcjonalności. Jedynie cewka BioMatrix Head/Neck 20 spełnia kumulatywnie warunki Zamawiającego wskazane w SIWZ.

Dalej Siemens podał, że do wykonania wymagania z poz. 25 stosuje akwizycję PETRA. Akwizycji PERTA nie można jednak uruchomić z zastosowaniem cewki UltraFlex 18, zatem przy wykonywaniu badania cewką UltraFlex 18 Large lub UltraFlex 18 Smali, nie można wykonać wszystkich sekwencji pomiarowych. Skoro zatem żadna z zaoferowanych przez Siemens cewek, poza cewką BioMatrix Head/Neck 20, nie oferuje pełnych

funkcjonalności do badań głowy, jakie wymaga Zamawiający, oznacza to, że do badań głowy oraz głowy i szyi jedynie właściwą jest cewka BioMatrix Head/Neck 20, którą można podłączyć jedynie dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first”.

W odniesieniu do cewki Tx/Rx Knee 18 do badania stawu kolanowego, Odwołujący stwierdził, że może być ona podłączona jedynie do portu 1, a to oznacza, że można ją podłączyć jedynie dla ułożenia pacjenta w pozycji „feet-first” (nogami do przodu), a nie można jej podłączyć dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu). Tym samym, przedmiotowa cewka nie pozwala na wykonanie badania dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych w pozycji „head-first”, a z uwagi na ograniczenia cewki BioMatrix Head/Neck 20 możliwość wykonania pozostałych badań w pozycji „head-first” była kluczowa dla wykazania prawdziwości twierdzenia Siemens o spełnieniu warunku z poz. 53.

Odwołujący zaznaczył, że próba wykorzystania do badania stawu kolanowego którejkolwiek z cewek uniwersalnych UltraFlex 18 niesie za sobą brak spełnienia warunku Zamawiającego wykonywania badań stawu kolanowego cewką sztywną, nadawczo-odbiorczą, zawartego w poz. 46. Żadna z cewek UltraFlex 18 nie jest bowiem sztywną i żadna nie jest cewką nadawczo-odbiorczą – taką cewką spośród cewek zaoferowanych przez Siemens jest jedynie cewka Tx/Rx Knee 18. Skoro zatem żadna z zaoferowanych przez Siemens cewek, poza cewką Tx/Rx Knee 18, nie oferuje pełnych funkcjonalności do badań stawu kolanowego, jakie wymaga Zamawiający, oznacza to, że do badań tegoż stawu kolanowego jedynie właściwą jest cewka Tx/Rx Knee 18, którą można podłączyć jedynie dla ułożenia pacjenta w pozycji „feet-first”.

W odniesieniu do cewki Foot/Ankle 16 do badania stopy i stawu skokowego, Odwołujący stwierdził, że może być ona podłączona jedynie do portów 5 i 6, a to oznacza, że można ją podłączyć jedynie dla ułożenia pacjenta w pozycji „feet-first” (nogami do przodu), a nie można jej podłączyć dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu). Tym samym, przedmiotowa cewka nie pozwala na wykonanie badania dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych w pozycji „head-first”, zgodnie z jedyną dopuszczalną pozycją dla cewki BioMatrix Head/Neck 20. Tym samym, odmienna obligatoryjna pozycja pacjenta przy użytkowaniu cewki Tx/Rx Knee 18 i Foot/Ankle 16, od obligatoryjnej pozycji pacjenta przy użytkowaniu cewki BioMatrix Head/Neck 20 wskazuje, że potwierdzenia przez Siemens o spełnieniu warunku z poz. 53 nie polega na prawdzie.

Odwołujący podniósł, że próba wykorzystania do badania stopy i stawu skokowego którejkolwiek z cewek uniwersalnych UltraFlex 18 niesie za sobą niemożność spełnienia warunku Zamawiającego o wykonywaniu badań stopy i stawu skokowego cewką sztywną, zawartego w poz.48. Żadna z cewek UltraFlex 18 nie jest równocześnie cewką sztywną,

przeznaczona do badań stawu skokowego, spośród cewek zaoferowanych przez Siemens, jest jedynie cewka Foot/Ankle 16. Skoro zatem żadna z zaoferowanych przez Siemens cewek, poza cewką Foot/Ankle 16, nie oferuje pełnych funkcjonalności do badań stopy i stawu skokowego, jakie wymaga Zamawiający, oznacza to, że do badań tejże stopy i stawu skokowego jedynie właściwą jest cewka Foot/Ankle 16, którą można podłączyć jedynie dla ułożenia pacjenta w pozycji „Feet-first”.

Zdaniem Odwołującego Siemens, jako profesjonalny podmiot, powinien znać właściwości oferowanych przez siebie cewek. Zatem, oświadczenie w poz. 53 wskazuje na co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo, o ile nie zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, prowadzące do przekazania nieprawdziwych informacji; które wprowadziły Zamawiającego w błąd, skutkiem czego Zamawiający, zamiast wykluczyć Siemens, wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Manipulowanie danymi technicznymi w celu uzyskania 5 dodatkowych punktów nie powinno podlegać ochronie. Jeżeli Siemens miał jakiegokolwiek wątpliwości, jak należy wyklądać warunek z poz. 53, to powinien był zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie tej części SIWZ, czego jednak Siemens nie uczynił. Obecnie zaś, dla uznania, że doszło do złożenia nieprawdziwych informacji (czy też że nie należą się Siemens dodatkowe punkty) decydująca jest literalna wykładnia warunków SIWZ. Z uwagi zaś na jasny przekaz zawarty w przedmiotowym warunku, nie może być mowy o omyłce przy składaniu oświadczenia w zakresie przysługiwania Siemens 5 dodatkowych punktów, tym bardziej, że te nieprawdziwe informacje zostały powtórzone w piśmie z 5 maja 2020 r.

Reasumując, z uwagi na oświadczenie producenta, zawarte w kartach katalogowych, możliwości cewki BioMatrix Head/Neck 20 w pozycji „head-first”, cewki Tx/Rx Knee 18 w pozycji „feet-first”, oraz cewki Foot/Ankle 16 w pozycji „feet-first”, zaoferowany zestaw cewek nie spełnia wymogu o możliwości wykonania badania dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych w ułożeniu „head-first” lub w ułożeniu „feet-first”, a zatem Siemens nie powinien był uzyskać 5 dodatkowych punktów w poz. 53 opisu parametru – konfiguracji aparatu. Z uwagi zaś na podane w poz. 53 nieprawdziwe informacje, których charakter wypełnia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, Zamawiający powinien był wykluczyć Siemens z postępowania, w ogóle nie oceniając oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem wykluczenia Siemens z postępowania, względnie – przyznania Siemens 0 pkt w pozycjach 25 i 53 tabeli z opisem parametru – konfiguracją aparatu oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Siemens Healthcare Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne.

Stosownie do art. 24 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- pkt 16: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
- pkt 17: 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.

Zgodnie z art. art. 7 ustawy Pzp:

- ust. 1: 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;
- ust. 3: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W ocenie Izby Zamawiający poprzez niewykluczenie Przystępującego z postępowania oraz dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, nie naruszył przytoczonych wyżej przepisów ustawy.

Zarzut dotyczący oceny parametru wskazanego w punkcie 25 Załącznika nr 2 do SIWZ

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w punkcie nr 25 Załącznika nr 2 do SIWZ wskazał, że przyzna 3 punkty za spełnienie następującej funkcjonalności:

Rozwiązanie umożliwiające obrazowanie z czasem $TE=0ms$, możliwe do zastosowania co najmniej w obrazowaniu $T1$, oraz przy akwizycji wykorzystującej co najmniej zaoferowaną wielokanałową cewką do głowy i szyi. Podać nazwę oferowanego rozwiązania.

Przystępujący w odniesieniu do tego parametru podał w swojej ofercie: *Tak, PETRA.*

Pismem z 29 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień:

(...) Zamawiający powziął informację o możliwości stwierdzenia nieprawidłowości w ofercie Wykonawcy, które może skutkować nieprzyznaniem punktów za ww. pozycję. Powyższe nieprawidłowości zostały przedstawione w następujący sposób: z opisu parametru (kolumna B) wynika, iż chodzi tutaj o obrazowanie ZTE ($TE=0$). Zaoferowane przez Wykonawcę obrazowanie PETRA, jest, jak sam Wykonawca wskazuje w danych produktowych Magnetom Sola, obrazowaniem UTE, czyli nie można tutaj mówić o obrazowaniu ZTE (skrót TEZO).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia:

Informacja podana w kolumnie D Formularza OPZ oraz PTPZ dla pozycji nr 25 jest prawidłowa oraz zawiera właściwe i prawdziwe dane. W zakresie informacji powziętych przez Zamawiającego informujemy, że zaoferowane rozwiązanie PETRA umożliwia obrazowanie z czasem $TE = 0 ms$ oraz, że rozwiązanie to jest możliwe do zastosowania w obrazowaniu $T1$ i przy akwizycji wykorzystującej zaoferowaną wielokanałową cewkę do głowy i szyi BioMatrix Head/Neck 20. Skróty UTE (ultra-short TE), czy ZTE (zero TE) są synonimami stosowanymi przez różnych producentów dla podkreślenia tej samej cechy, w której czas echa jest tak krótki, że wyrażony w milisekundach jest równy zeru. Zatem jednoznacznie potwierdzamy, że parametr/funkcjonalność zaoferowany w kolumnie D spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego w kolumnie B, dotyczące rozwiązania umożliwiającego obrazowanie z czasem $TE = 0ms$, możliwe do zastosowania co najmniej w obrazowaniu $T1$ oraz przy akwizycji wykorzystującej co najmniej zaoferowaną wielokanałową cewkę do głowy i szyi.

Zamawiający przyznał ofercie Przystępującego 5 punktów za spełnianie tej funkcjonalności.

W ocenie Izby stan faktyczny nie jest między stronami sporny, a istotą sporu jest interpretacja wymagania określonego w punkcie 25 załącznika nr 2 do SIWZ.

Zarzut odwołania opiera się na nieuzasadnionej w świetle brzmienia SIWZ tezie, jakoby tylko akwizycja ZTE (zero TE) była zgodna z wymogiem punktu 25, a oferowana akwizycja PETRA, będąca akwizycją UTA (ultra-short echo time) wymogu tego nie spełnia, ma bowiem dłuższy czas echa wyrażony w mikrosekundach.

Odnosząc się do powyższej tezy podkreślić należy, że o tym, czy oferta spełnia wymagania określone w jakościowym kryterium oceny ofert decyduje literalne brzmienie tego kryterium przedstawione przez Zamawiającego w SIWZ.

W rozpoznawanej sprawie w kryterium określonym w punkcie 25 załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający nie posłużył się żadną nazwą rozwiązania ani jej skrótem (w tym ZTE i UTE), na żadne z tak określonych rozwiązań nie wskazał ani żadnego nie wykluczył. Zamawiający określił kryterium poprzez wskazanie wartości referencyjnej określonej – co istotne – w milisekundach (TE = 0 milisekund). Kryterium zostało więc określone w innej jednostce miary niż jednostka, którą posługuje się Odwołujący (tj. w milisekundach, a nie w mikrosekundach). Oznacza to, że zaoferowanie rozwiązania, w którym czas echa wynosi 0 milisekund uprawnia do uzyskania dodatkowych punktów.

Okolicznością bezsporną jest to, że czas echa wyrażony w mikrosekundach w rozwiązaniu oferowanym przez Przystępującego jest dłuższy niż w rozwiązaniu oferowanym przez Odwołującego (odpowiednio: 70 i 20 mikrosekund). Z punktu widzenia przedmiotowego kryterium istotne jest jednak to, że w milisekundach (a więc w jednostce, którą posługuje się Zamawiający w SIWZ) czas ten wynosi odpowiednio 0,07 i 0,02 milisekundy (1 milisekunda = 1000 mikrosekund). Zatem w każdym z tych rozwiązań czas echa wyrażony w milisekundach wynosi 0, jednocześnie w przypadku wyrażenia tych wartości z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku w żadnych z tych rozwiązań nie jest to wartość zerowa. Nie ma zatem podstaw, przy takim brzmieniu kryterium, aby rozwiązaniu Odwołującego przyznać dodatkowe punkty, a odmówić ich przyznania Przystępującemu. Z tych samych powodów nie sposób twierdzić, że Przystępujący przedstawił Zamawiającemu informacje w jakikolwiek sposób wprowadzającego go w błąd.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że Zamawiający w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert nie dokonywał porównania parametrów oferowanych przez poszczególnych wykonawców i nie zdecydował o przyznaniu dodatkowych punktów tylko

rozwiązaniu lepszemu. W świetle tego kryterium punkty przysługują każdemu rozwiązaniu, które spełnia wymaganie opisane poprzez wskazanie wartości referencyjnej wyrażonej w milisekundach. Nie ma zatem znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczność, że rozwiązanie oferowane przez Odwołującego ma krótszy czas echa wyrażony w mikrosekundach. Nie ma też znaczenia argumentacja o wyższości diagnostycznej takiego rozwiązania. Skoro w obu przypadkach czas ten wyrażony w milisekundach wynosił 0, to w świetle kryterium opisanego w SIWZ różnicowanie oceny oferty obu wykonawców nie ma żadnego uzasadnienia.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci publikacji naukowych stwierdzić należy, że dotyczą one okoliczności bezspornych i niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie było bowiem kwestią sporną, że czas echa w rozwiązaniu oferowanym przez Odwołującego wyrażony w mikrosekundach jest krótszy niż w rozwiązaniu oferowanym przez Przystępującego, nie były też kwestionowane zalety niższej wartości tego parametru. Jak jednak wyżej wskazano, wobec brzmienia opisu kryterium w SIWZ okoliczności te nie mają znaczenia dla sprawy, a próba ich wykazania wynika z błędnej interpretacji tego kryterium przez Odwołującego.

Podobnie, nie było okolicznością sporną ani istotną dla sprawy, ile wynosi czas echa wyrażony w mikrosekundach w rozwiązaniu oferowanym przez Przystępującego i przez Odwołującego, zatem wydruki i publikacje złożone na tę okoliczność należy uznać za nieprzydatne dla rozpoznania sprawy. Ponownie podkreślić należy, że istotny był czas echa w milisekundach, a nie w mikrosekundach (który zresztą w przypadku obu wykonawców nie wynosił 0).

Należy więc stwierdzić, że odnosząc brzmienie kryterium oceny ofert do oświadczeń złożonych przez Przystępującego oraz właściwości oferowanego przez niego rozwiązania, ocena ofert została dokonana prawidłowo oraz nie zaistniały okoliczności faktyczne uzasadniające wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17.

Zarzut dotyczący oceny parametru wskazanego w punkcie 53 Załącznika nr 2 do SIWZ

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w punkcie nr 53 Załącznika nr 2 do SIWZ wskazał, że przyzna 5 punktów za spełnienie następującej funkcjonalności:

Możliwość wykonania badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu) lub „feet-first” (nogami do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych.

Przystępujący w odniesieniu do tego parametru podał w swojej ofercie: *Tak.*

Pismem z 29 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień:

Zamawiający powziął informację o możliwości stwierdzenia nieprawidłowości w ofercie Wykonawcy, które może skutkować nieprzyznaniem punktów za ww. pozycję. Powyższe nieprawidłowości zostały przedstawione w następujący sposób: Wykonawca w punkcie 35 (Formularza OPZ oraz PTPZ) wskazał cewkę Head/Neck 20 jako cewkę właściwą do wykonywania badań głowy. Nie jest możliwe zamocowanie cewki Head/Neck 20 w innym położeniu niż „head-first” (wg materiałów informacyjnych producenta). Cewka musi być podłączona do złączek, które znajdują się w stole pacjenta jedynie od strony magnesu (złączki 5 i 6). Wymóg badania wszystkich anatomii pociąga za sobą zastosowanie odpowiednich cewek — czyli do głowy powinna być zastosowana dedykowana cewka do głowy. Wykonawca nie spełnia tego warunku, zwłaszcza, że aby spełnić drugą jego część (wszystkie sekwencje) cewka musi być wielokanałowa — czyli taka jak została zaoferowana w punkcie 35. W danych produktowych Magnetom Sola nie ma indykacji o zastosowaniu innej cewki niż Head 16 lub Head/Neck 20 do badania głowy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia:

Informacja podana w kolumnie D Formularza OPZ oraz PTPZ dla pozycji nr 53 jest prawidłowa oraz zawiera właściwe i prawdziwe dane. W zakresie informacji powziętych przez Zamawiającego informujemy, że zaoferowane rozwiązanie daje możliwość wykonania badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu) lub „feet-first” (nogami do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych. Przede wszystkim Zamawiający konstruuje ten wymóg jako alternatywę rozdzieloną słowem „lub”. W związku z tym jego spełnieniem jest zaoferowanie:

możliwości wykonania badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych

LUB

możliwości wykonania badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „feet-first” (nogami do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych.

Samo to powoduje, że nie ma już dalszego znaczenia analiza od której strony dana cewka może być podłączana do złączek znajdujących się w stole pacjenta. Jednak informujemy, że

zaoferowany produkt daje możliwość wykonania badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu) oraz taką możliwość dla ułożenia pacjenta w pozycji „feet-first” (nogami do przodu). Oba przypadki dotyczą wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych. Owszem, wymóg badania wszystkich anatomii pociąga za sobą konieczność zastosowania odpowiednich cewek, ale w tym przypadku (i innych również) do badania głowy nie musi być użyta cewka BioMatrix Head/Neck 20, lecz jedna z zaoferowanych cewek o zastosowaniu uniwersalnym np. UltraFlex 18 Large lub UltraFlex 18 Small (w zależności od wieku i gabarytów pacjenta oraz sposobu jego ułożenia i stanu ogólnego). Natomiast fakt, że dane produktowe mogą nie zawierać pewnych informacji podanych wprost jest sytuacją naturalną. W przypadku cewek UltraFlex 18 Large i Small producent informuje, że służą one do obrazowania większych lub mniejszych obszarów anatomicznych, listując wybrane przykłady. To nie wyklucza możliwości stosowania tych cewek w innych sytuacjach. Zatem jednoznacznie potwierdzamy, że parametr/funkcjonalność zaoferowany w kolumnie D spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego w kolumnie B, dotyczące możliwości wykonania badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu) lub „feet-first” (nogami do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych.

Zamawiający przyznał ofercie Przystępującego 5 punktów za spełnianie tej funkcjonalności.

W ocenie Izby również w przypadku tego zarzutu stan faktyczny jest bezsporny, a u podstaw zarzutu leży dokonania przez Odwołującego interpretacja postanowień SIWZ opisujących kryterium oceny ofert, która to interpretacja jest nieuzasadniona.

Odwołujący twierdził, że aparat zaoferowany przez Przystępującego pozwala na wykonanie wszystkich badań zgodnie z żądaniem Zamawiającego, ale w odniesieniu do poszczególnych badań trzeba zastosować różne pozycje, gdyż z uwagi na konstrukcję cewek przeznaczonych do obrazowania głowy i szyi oraz stawu kolanowego i stawu skokowego, nie jest możliwe, aby zostały użyte wszystkie trzy cewki w ułożeniu „head-first” albo wszystkie trzy cewki w ułożeniu „feet-first”. Jednocześnie Odwołujący zakwestionował możliwość wykonania badania dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych w jednej pozycji przy użyciu cewki uniwersalnej, stwierdzając, że stanowiłoby to niezgodność z SIWZ.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń zauważyć należy, że opis kryterium nie odwołuje się do konieczności zapewnienia przez oferowane rozwiązanie powyższych funkcjonalności przy użyciu konkretnych cewek, w tym brak jest wymagania, aby

przeprowadzenie badania było realizowane za pomocą konkretnych cewek, spełniających określone funkcjonalności, np. dotyczące regulacji kąta pochylenia cewki do badania głowy czy wykonywania badań stawu kolanowego cewką sztywą, nadawczo-odbiorczą. Nie ma zatem podstaw, aby uzależniać przyznanie punktów od rodzajów cewek, które mogą być użyte do badania.

Podkreślić należy, że kryteria oceny ofert muszą być określone w sposób jasny i precyzyjny, niepozostawiający pola do ich interpretowania w sposób odbiegający od literalnego brzmienia SIWZ. Jak stanowi, art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Oznacza to, że opis kryteriów oceny ofert przedstawiony w SIWZ należy uznać za kompletny i wyczerpujący, nie jest natomiast dopuszczalne, aby na etapie oceny ofert opis ten uzupełniać o dodatkowe wymagania, czy to wyinterpretowane z innych postanowień SIWZ czy domniemywane w inny sposób .

Skoro Zamawiający w opisie kryterium nie określił cewek, przy użyciu których ma istnieć możliwość dokonania badań pacjenta bez zmiany jego położenia, to nie można uzależniać punktacji od tego, czy spełnienie wymagania jest możliwe przy użyciu cewki dedykowanej czy też cewki uniwersalnej. Gdyby intencją Zamawiającego było punktowanie wyłącznie takich rozwiązań, które dają możliwość przeprowadzenia badań bez zmiany pozycji pacjenta przy użyciu cewek dedykowanych do poszczególnych anatomii, to powinien to wyraźnie określić w SIWZ.

Odwołujący nie wykazał, aby aparat oferowany przez Przystępującego przy użyciu zaoferowanych cewek uniwersalnych typu flex nie umożliwiał wykonania badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” lub „feet-first” dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych. Odwołujący skupił się na dowodzeniu, że wykonania badania w powyższy sposób nie jest możliwe z wykorzystaniem cewek dedykowanych dla poszczególnych anatomii, co – jak wyżej wskazano – nie było warunkiem przyznania punktów.

Skoro rozwiązanie oferowane przez Przystępującego pozwala – przy użyciu cewek uniwersalnych – na wykonanie badań dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych w pozycji head-first, to Zamawiający zgodnie z SIWZ przyznał temu rozwiązaniu dodatkowe 5 punktów. W tej sytuacji brak jest też jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: