

WYROK
z dnia 24 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 lipca 2020 roku** przez wykonawcę **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **ALTERIS S.A. z siedzibą w Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących pozycji: 12, 14, 15, 16 oraz 26 formularza ofertowego Wykonawcy Alteris z uwagi na ich wycofanie przez Odwołującego;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp oraz art. 84 ust 1 Pzp co do pozycji 53 formularza ofertowego Wykonawcy Alteris i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia omyłki w ofercie Wykonawcy Alteris, ponowienie procesu badania i oceny ofert, w tym ponowne przeliczenie punktów poszczególnych ofert w ramach ustalonych kryteriów „Parametry techniczne”;
3. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie w ¼ części kosztów oraz Odwołującego Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w ¾ części kosztów i:**

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- 4.2. zasądza od Zamawiającego – **Miasta Stołecznego Warszawy, w imieniu którego działa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie** na rzecz Odwołującego – **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **4 650 zł 00 gr** (słownie: czterech tysięcy sześciuset pięćdziesięciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą ¼ części kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 6 lipca 2020 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej jako: „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawa** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostawa cyfrowego systemu rezonansu magnetycznego w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa Szpitala Południowego”*, prowadzi **Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego działa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta w Warszawie**. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 045-106161 z dnia 4.03.2020r.

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ALTERIS S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Alteris”),
- zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty Alteris mimo zaistnienia nieusuwalnych podstaw odrzucenia z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ,
- dokonanie, z naruszeniem Pzp, poprawienia omyłki w treści oferty Alteris w zakresie dotyczącym kryterium oceny ofert „Parametry Techniczne”,
- wadliwej i zawyżonej ocenie oferty Alteris w zakresie kryterium oceny ofert „Parametry Techniczne”,
- zaniechanie wykluczenia Alteris z postępowania z powodu przedstawienia w ofercie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Zaskarżonym czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust 1 pkt 2,
2. art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp oraz art. 84 ust 1 Pzp,
3. art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp,
4. art. 91 ust. 1 Pzp w zakresie wadliwej oceny ofert w ramach kryteriów oceny oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego odrzuceniu/wykluczeniu oraz niebędącej najkorzystniejszej w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. odrzucenia oferty wykonawcy Alteris z postępowania, względnie wykluczenia wykonawcy Alteris,
ewentualnie • .
3. anulowania czynności poprawienia omyłki w treści oferty Alteris i ponownej oceny oferty w zakresie kryteriów oceny zgodnie z SIWZ i treścią oferty;
4. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem faktu złożenia w postępowaniu tylko dwóch ofert, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący o powyższych czynnościach dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 czerwca 2020 r. otrzymanym w formie zawiadomienia na platformie zakupowej Zamawiającego wobec czego termin określony w art. 182 ust. 2 pkt 1 na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący podkreślił, że jego oferta zgodnie z rankingiem ofert została uplasowana na drugiej przy dwóch złożonych w postępowaniu ofertach. W sytuacji zatem odrzucenia kwestionowanej oferty Alteris, bądź wykluczenia tego wykonawcy jedyną pozostałą ważną ofertą będzie oferta Odwołującego. Analogicznie w przypadku prawidłowej oceny tej oferty w ramach kryteriów oceny ofert i obniżenia punktacji tej oferty. Zatem interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

W uzasadnieniu zarzutów podniesiono, że przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności sprzedaż, dostarczenie, rozmieszczenie/zamontowanie cyfrowego systemu rezonansu magnetycznego o natężeniu pola min. 1,5 Tesli, do uniwersalnego zastosowania w radiologii we wskazanym przez Zamawiającego pomieszczeniu Szpitala Południowego, a także uruchomienie sprzętu oraz wykonanie przed odbiorem rozruchu, prób funkcjonalnych sprawności urządzeń, a także zapewnienie wykonania rozruchu urządzeń przez serwis producenta, jeżeli jest taki wymóg dla zachowania gwarancji, a także dostosowanie pomieszczeń.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa Załącznik Nr 2 do SIWZ dokument pn.: „Opis przedmiotu zamówienia oraz parametry techniczne przedmiotu zamówienia”. Ponadto opis przedmiotu zamówienia określają: Wzór umowy (Załącznik Nr 7 do SIWZ), Rysunek pomieszczenia MR (Załącznik Nr 12 do SIWZ).

Zgodnie z Rozdziałem VIII SIWZ - ofertę stanowiły wymienione formularze i dokumenty, w tym m.in.:

- druk OFERTA - zgodny w treści ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ,
- wypełniony formularz pn. „Opis przedmiotu zamówienia oraz parametry techniczne przedmiotu zamówienia”, zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik Nr 2 do SIWZ.

W zakresie ostatniego z dokumentów Zamawiający poinstruował wykonawców o wymaganym sposobie jego wypełnienia i przewidywanym sposobie weryfikacji jego treści wskazując:

1.5.1. Wprowadzenie przez Wykonawcę jakichkolwiek zmian bez zgody Zamawiającego w poszczególnych pozycjach ww. formularza jest niedopuszczalne.

1.5.2. Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia kolumny D w ww. formularzu poprzez podanie oferowanych parametrów w jednostkach wskazanych w tabeli oraz informacji wymaganych przez Zamawiającego.

1.5.3. Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji deklarowanych parametrów z użyciem wszelkich dostępnych źródeł, w tym zapytanie bezpośrednio u producenta sprzętu.

1.5.4. Brak lub nieczytelny wpis w kolumnie D uznawany będzie jako brak potwierdzenia danej funkcjonalności/parametru.

Zatem informacje, jakie zawarte zostały w formularzu Załącznika Nr 2 do SIWZ identyfikowały przedmiot oferty wykonawcy co do tożsamości (w szczególności w zakresie tak marki i modelu oferowanego sprzętu, jak i jego komponentów, ukompletowania, akcesoriów oraz oprogramowania). Powyższe zaś oznacza, że dokument zawiera treść oferty sensu stricto jaką złożył wykonawca w postępowaniu, bowiem wskazuje na zaoferowany i wyceniony przedmiot. Dodatkowo, co szczególnie istotne, oświadczenia i informacje wykonawców zawarte w treści Załącznika nr 2 były podstawą punktacji w ramach przyjętego kryterium oceny ofert.

Uwzględniając brzmienie art. 84 ust 1 Pzp nie jest dopuszczalne modyfikowanie treści oferty wykonawcy po upływie terminu składania ofert w postępowaniu. Zmiany, względnie wycofanie oferty, są dopuszczalne wyłącznie na etapie poprzedzającym składanie ofert w postępowaniu. Ponadto, zgodnie z art. 87 ust 1 Pzp poza wyjaśnianiem treści SIWZ na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty ani tym bardziej jej negocjowanie. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest przepis art. 87 ust 2 Pzp jednak jego zastosowanie jest znacząco ograniczone.

W postępowaniu zastosowano kryteria oceny ofert:

- 1) Cena-60%
- 2) Parametry techniczne - 40 %

W ramach kryterium „Parametry techniczne” oceniane były parametry techniczne na podstawie dokumentu złożonego przez Wykonawcę pn. „Opis przedmiotu zamówienia” oraz „Parametry techniczne przedmiotu zamówienia” - Załącznik Nr 2 do SIWZ.

Poz. 53. Zmiana treści oferty Alteris. Poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie Załącznikiem nr 2 Zamawiający przewidział punktację w ramach kryterium oceny ofert za zaoferowanie rozwiązania dotyczącego funkcjonalności stołu do badań, pozycjonowanie pacjenta.

Wykonawca, który zaoferował w postępowaniu rozwiązanie opisane jako: 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 uzyskiwał w ramach kryterium 5 dodatkowych punktów. Niezaoferowanie takiego rozwiązania skutkowało brakiem dodatkowej punktacji. Zamawiający w celu oceny ofert w tym zakresie oczekiwał od wykonawców wyłącznie oświadczenia TAK/NIE. W przypadku potwierdzenia funkcjonalności wykonawca uzyskiwał 5 pkt w przypadku niepotwierdzenia 0 pkt.

Opis punktowanej funkcjonalności zdaniem Odwołującego jest jednoznaczny i nie wymaga dodatkowych interpretacji. Zamawiający punktował dodatkowo w kryterium następujące rozwiązanie:

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

Tak jak nie budzi wątpliwości opis funkcjonalności, tak również nie budzi jej treść oferty wykonawcy Alteris. Zgodnie z ofertą wykonawca Alteris w tabeli w rubryce Parametr Oferowany wpisał słowo „NIE”. Treść oświadczenia woli Alteris nie wymaga jakichkolwiek zabiegów interpretacyjnych. Oferta zawiera jednoznaczne i czytelne potwierdzenie, że zaoferowany system nie posiada dodatkowo punktowanej funkcjonalności.

W konsekwencji oczywistym jest zdaniem Odwołującego, że obowiązkiem Zamawiającego było w tym przypadku przyznanie Alteris w ramach tego parametru zerowej punktacji. Co więcej wraz z ofertą Alteris nie składał żadnych dodatkowych dokumentów/folderów itp., z których mogłoby wynikać coś innego niż deklaracja w poz. 53, co mogłoby być podstawą procedury wyjaśniającej w tym zakresie.

W trakcie postępowania po złożeniu ofert, sam wykonawca Alteris w piśmie do Zamawiającego z dnia 27.04.2020 kwestionując w pkt 53 ofertę Odwołującego wskazał, że

Siemens winien otrzymać w ramach tego kryterium 0 pkt, ponieważ jak wskazywał nie można cewki do głowy umieścić w innej pozycji niż „head-first”.

W kolejnym piśmie do Zamawiającego z dnia 30.04.2020r. Alteris złożył Zamawiającemu symulację prawidłowej w jego ocenie punktacji ofert w pliku excel. W zakresie pozycji 53 dokument potwierdza, że zdaniem Alteris, w poz. 53 jego oferta winna otrzymać, zgodnie z treścią oferty 0 pkt.

Jak wynika z powyższego nie może być w sprawie mowy o jakiegokolwiek omyłce w treści oferty Alteris. Wykonawca świadomie i celowo potwierdził, że zaoferował rozwiązanie, które opisanej w pkt 53 Załącznika nr 2 funkcjonalności nie spełnia.

Zamawiający po otrzymaniu pisma Alteris wezwał pismem z dnia 29.04.2020r. Siemens do udzielenia wyjaśnień m.in. w zakresie poz. 53. Siemens pismem z dnia 05.05.2020r. wyjaśnił, że zaoferowano rozwiązanie, które jest podstawą punktacji zgodnie z kryterium oceny, ponieważ ma zarówno możliwość badań przy ułożeniu pacjenta „head first” jak i „feet-first”, a dodatkowo Siemens zwrócił uwagę na użyty w opisie kryterium spójnik „LUB” pomiędzy obydwoma ułożeniami, co nawet w przypadku, gdy zaoferowane rozwiązanie obejmowałoby tylko jedno z tych ułożeń, było podstawą punktacji w kryterium.

Zamawiający pismem z dnia 10.06.2020r. skierowanym do Alteris dokonał poprawienia rzekomej omyłki w poz. 53 na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak wynika z uzasadnienia tej czynności, pomimo że wykonawca zadeklarował we wskazanej pozycji NIE to jednak:

<<W toku badania złożonej przez Wykonawcę Oferty, Zamawiający stwierdził, iż w poz. 53 w formularzu w kol. D Wykonawca wpisał „Nie”, podczas gdy z analizy dokonanej przez Zamawiającego wynika, iż w ww. pozycji Wykonawca powinien wpisać „Tak”.

Powyższy wymóg skonstruowany został jako alternatywa rozdzielona 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-flrst” (nogami do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych.>>

W uzasadnieniu czynności Zamawiający przywołał różnice pomiędzy alternatywą nierozłączną (lub) i alternatywą rozłączną (albo) i ostatecznie uznał, że:

<<Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny postępowania należy uznać, że posłużenie się alternatywą łączną powoduje, że wymóg jest spełniony zarówno wtedy, gdy zapewniona jest możliwość badania tylko głową do przodu, tylko nogami do przodu, jak i wtedy, gdy urządzenie oferuje obie możliwości. Powyższy wymóg Zamawiającego, wobec

braku innych rozwiązań technologicznych w przypadku rezonansów magnetycznych (pacjent zawsze wjeżdża do urządzenia głową albo nogami do przodu) zawsze będzie spełniony.>>

Powyższe zdaniem Odwołującego stanowi próbę interpretacji treści SIWZ, która takiej interpretacji po prostu nie wymaga - użycie alternatywy nierozłącznej „lub” jest jednoznaczne. Jest to również próba kwestionowania przez Zamawiającego własnej SIWZ i ustalonego kryterium oceny ofert oraz sposobu przyznawania punktów. Co więcej w uzasadnieniu poprawienia rzekomej omyłki w ofercie Alteris Zamawiający kwestionuje racjonalność i sens własnego kryterium oceny ofert. Zamawiający pomija całkowitą treść opisu sposobu oceny ofert w tym kryterium usiłując sprowadzić je wyłącznie do położenia pacjenta głową albo nogami do przodu. Zamawiający zapomina przy tym, że istotą punktowanego kryterium nie jest sam kierunek ułożenia pacjenta do badania (to samo w sobie faktycznie byłoby nieracjonalne) ale to aby w co najmniej jednym z ułożeń możliwe było wykonanie badań dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych.

W konsekwencji powyższych czynności doszło do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, że w tabeli w rubrykę Parametrów oferowanych wpisano słowo TAK. Wykonawca Alteris pismem z dnia 15.06.2020r. wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

Jak podkreśla UZP w opinii prawnej „Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej” poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

- po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści;
 - po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.
- Podobne stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie KIO, tzn. dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp konieczne jest wystąpienie trzech przesłanek wymienionych w treści przepisu: w ofercie musi wystąpić niezgodność z SIWZ, która powinna mieć charakter omyłki i której poprawienie nie doprowadzi do istotnych zmian w ofercie. Stąd konieczne jest, aby zamawiający był w stanie samodzielnie dokonać poprawienia tej innej omyłki (tak wyrok KIO z 2 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 129/18; wyrok z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO 775/18).

Wykonawca składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu miał obowiązek zadeklarować czy zaoferowany produkt spełnia punktowaną dodatkowo funkcjonalność. Deklaracja zawarta w ofercie Alteris jest jednoznaczna i nie nosi znamion jakiegokolwiek omyłki. Zaoferowany sprzęt punktowanej cechy nie posiada i żadne informacje zawarte w ofercie temu nie przeczą. Dodatkowo nawet po otwarciu ofert Alteris potwierdził, że powinien

uzyskać w ramach poz. 53 pkt 0 pkt - zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie. Treść opisu kryterium oceny w SIWZ także jest jednoznaczna, tak w warstwie językowej, logicznej jak i technicznej. Zamawiający preferował takie rozwiązanie, które pozwalało w co najmniej jednym z ułożeń wykonanie badań dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych oferowanego urządzenia.

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią oferty, omyłki w ofercie Alteris w poz. 53 nie powinien stwierdzić. Sama treść oferty Alteris w żaden sposób nie wskazywała na to, że zawiera jakąkolwiek omyłkę. W sprawie, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zastosował w sposób nieuprawniony regulację art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. To Alteris jako wykonawca wie jakie rozwiązanie zostało przez niego zaoferowane i wycenione w ofercie, tymczasem Zamawiający zastąpił w tym zakresie wykonawcę i wbrew jednoznacznej deklaracji wykonawcy zmienił przedmiot jego oferty.

Szczególno znaczenia w sprawie nabiera fakt, że poprawienie treści oferty dotyczy parametru dodatkowo punktowanego w ramach kryterium oceny ofert. Punktacja, której dotyczy poprawienie spowodowała bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Nieprzyznanie Alteris punktów w zakresie poz. 53 zmieniłoby wynik przetargu na korzyść Odwołującego.

Jak podkreśla zarówno orzecznictwo Izby, jak i Trybunału Sprawiedliwości UE - zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta (wyrok z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191; pkt 36; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31). Trybunał zaznacza, że poprawieniu lub uzupełnieniu mogą podlegać tylko kwestie wymagające w sposób oczywisty niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki. W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (wyrok w sprawie Esaprojekt, wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo).

Żądanie wyjaśnień nie może rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (wyrok w sprawie Esaprojekt, wyrok z dnia 10.10.2013 r., Manova, C-336/12, pkt 40). Wezwanie

przez instytucję zamawiającą oferenta do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów nie może co do zasady mieć innego celu, niż wyjaśnienie oferty lub sprostowanie oczywistej omyłki w tej ofercie. Nie może więc ogólnie umożliwić oferentowi dostarczenia oświadczeń i dokumentów, których przedstawienie było wymagane w siwz, a których nie przedstawiono w terminie składania ofert. Nie może też, zgodnie z przytoczonym orzecznictwem, doprowadzić do przedstawienia przez oferenta dokumentów zawierających takie zmiany, które stanowiłyby w rzeczywistości nową ofertę. Pierwotną ofertę można poprawić w celu usunięcia oczywistych omyłek tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko jeżeli zmiana nie doprowadzi do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.

Poz. 11.2. Wadliwa punktacja oferty Alteris.

W zakresie pkt 11.2 Zamawiający przyznawał punktację dodatkową w kryterium oceny w następujący sposób:

Parametr wymagany/podać wartość: Homogeniczność pola w kuli o podanych średnicach: Podać wartość typową w ppm mierzoną metodą VRMS (dla minimum 24 płaszczyzn pomiarowych i minimum 20 punktów pomiarowych w płaszczyźnie) [ppm]. Wartości podać zgodnie z informacjami podanymi w oryginalnych firmowych materiałach informacyjnych zawierających parametry techniczno - eksploatacyjne i specyfikacje

Dla b) o śr. 20cm - $\leq 0,04$ ppm - wartość oferowana = 0,04 ppm - 0 punktów

wartość oferowana < 0,04 ppm – 3 punkty

W ofercie Alteris zadeklarował zaoferowanie rozwiązania o następującym parametrze:

< 0,04 ppm Tak wartość oferowana=0.04 ppm - 0 punktów

0,035 ppm wartość oferowana < 0.04 ppm - 3 punkty

Parametr graniczny/wymagany został ustalony na poziomie 0,04. W przypadku zaoferowania rozwiązania z wartością poniżej progu granicznego oferta byłaby ofertą niezgodną z SIWZ i na tej podstawie została odrzucona zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. W przypadku wartości 0,04 ppm oferta uzyskiwałaby punktację wynoszącą 0 ale nie byłaby odrzucona. Dopiero po przekroczeniu wartości 0,04 ppm oferta uzyskiwała dodatkową punktację w kryterium.

Wykonawca Alteris zaoferował urządzenie, dla którego wartość oferowanej homogeniczności pola wynosi 0,035 ppm. Zgodnie z ogólnie obowiązującymi zasadami zaokrąglania zaoferowana przez Alteris wartość po zaokrągleniu wynosi 0,04, zaś dla takiej wartości punktacja winna wynosić 0 pkt a nie 3 pkt.

Z zasad zaokrągleń wynika, że zaokrąglając liczbę z wartościami dziesiętnymi, należy odrzucić pewną liczbę cyfr końcowych i zastosować poniższe zasady:

1. Zasada 1. jeśli pierwszą odrzuconą cyfrą jest któraś z cyfr od 0 do 4, to należy zaokrąglić z niedomiarem (czyli wartości dziesiętne pozostają bez zmian);
2. Zasada 2. natomiast jeśli pierwszą odrzuconą cyfrą jest któraś z cyfr od 5 do 9, to należy zaokrąglić z nadmiarem.

W tej sytuacji właściwa punktacja za zadeklarowany przez Alteris w poz.11.2 parametr 0,035 ppm winna wynosić 0 pkt zamiast 3 pkt.

Pkt 11.3 Niespełnienie parametru granicznego/wadliwa punktacja oferty Alteris.

W zakresie pkt 11.3 Zamawiający przyznawał punktację dodatkową w kryterium oceny w następujący sposób:

- c) o śr. 30cm \leq 0,1 ppm wartość oferowana = 0,1 ppm - 0 punktów
wartość oferowana < 0,1 ppm – 3 punkty

W ofercie Alteris zadeklarował zaoferowanie rozwiązania o następującym parametrze

- c) o śr. 30cm \leq 0,12 ppm Tak 0,1 ppm

Parametr graniczny homogeniczności dla tej wielkości kuli zostało określone na poziomie 0,12ppm. Zaoferowanie wartości większej np. 0,13 ppm musiałoby skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z SIWZ. Poziom szczegółowości wartości wymaganej jak i oferowanej został określony na poziomie wartości setnych.

Wykonawca Alteris zadeklarował parametr na poziomie 0,1 ppm, co odpowiadać może również np. wartości 0,13, która nie spełnia nawet parametru wymaganego. Odpowiedź wykonawcy świadomie wprowadza w błąd Zamawiającego. Z jednej strony zaoferowane urządzenie może posiadać wartość parametru nie spełniającą nawet wartości granicznej, co winno skutkować odrzuceniem oferty albo też, zakładając, że jest to wartość 0,12 (co jednak nie wynika z oferty) przyznaniem 0 punktów a nie 3 pkt, jak to uczynił Zamawiający.

Dodatkowo należy podkreślić że zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał w odniesieniu do wartości podawanych przez wykonawców w Załączniku nr 2 kolumna D podania oferowanych parametrów w jednostkach wskazanych w tabeli.

Zdaniem Odwołującego Alteris podając parametr oferowanego urządzenia nie podał go w jednostce wskazanej w tabeli na wymaganym poziomie szczegółowości a w konsekwencji ocena oferty w tym parametrze nie jest możliwa.

Pkt 12. Wadliwa punktacja oferty Alteris/podstawa wykluczenia art. 24 ust 1 pkt 17

Pzp

W zakresie pkt 12 Zamawiający przyznawał punktację dodatkową w kryterium oceny w następujący sposób:

<<Sprzętowa korekta homogeniczności pola (po wprowadzeniu do magnesu pacjenta i cewek odbiorczych), konieczna i wystarczająca do uzyskania wysokiej jakości spektroskopii 2D CSI, 3D CSI” - Tak/Nie/Jeśli Tak – podać nazwę - "Tak" – 3 pkt., "Nie" – 0 pkt.>>

Z oświadczenia Alteris zawartego w treści oferty wynika potwierdzenie zaoferowania - sprzętowej korekty homogeniczności pola (deklaracja TAK). Jednocześnie zgodnie z wymaganiem Zamawiającego w przypadku zaoferowania takiego rozwiązania konieczna była identyfikacja nazwy zaoferowanego rozwiązania. Wykonawca Alteris wskazał na zaoferowane rozwiązanie identyfikując jego nazwę własną jako AutoShim.

Zgodnie z pkt 4 s. 8 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) Ustawy - w zakresie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego:

<<4.1. dokumenty informacyjne producenta (w języku polskim), które potwierdzają, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania zawarte w formularzu: „Opis przedmiotu zamówienia oraz parametry techniczne przedmiotu zamówienia” (stanowiącym Załącznik Nr 2 do SIWZ)>>.

Alteris złożył na wezwanie Zamawiającego wymagane dokumenty informacyjne przygotowane przez przedstawiciela producenta w Polsce. Dokument producenta potwierdza wprost, że zaoferowane rozwiązanie AutoShim, wbrew oświadczeniu wykonawcy z oferty, nie jest rozwiązaniem sprzętowym ale sprzętowo - programowym.

Zgodnie ze złożonymi materiałami przedstawiciela producenta w Polsce:

<<i. W zakresie magnesu systemu:

1. *Magnes systemu posiada konstrukcję tunelową, zamkniętą, jest chłodzony ciekłym helem, zbudowany w technologii zero-boll-off. Magnes zużywa 0,0 i/rok.*
2. *System posiada korekcję pola magnetycznego, np. AutoShim. Technika AutoShim to automatyczna, sprzętowo-programowa korekta homogeniczności pola magnetycznego, kompensująca zaburzenia pola magnetycznego wprowadzone przez pacjenta po jego umieszczeniu w magnesie. Programowo obliczane i sterowane podawanie na odpowiednie cewki prądów korygujących pole magnetyczne (na skutek indukcji pola magnetycznego przez uzwojenia cewek przez które przepływają prądy, następuje korekcja 3D pola magnetycznego). Korekcja pola magnetycznego może być wykorzystywana np. dla badań wysokiej jakości w spektroskopii 2D CSI, 3D CSI. Korekta ta jest wystarczająca do uzyskania wysokiej jakości obrazowania m.in. w spektroskopii 2D CSI, 3D CSI.*

3. Średnica otworu magnesu w największym miejscu (magnes z systemem SHIM, cewkami gradientowymi, cewką nadawczo-odbiorczą i obudowami i /wnosi 70 cm.>>

W tej sytuacji mamy do czynienia po pierwsze z brakiem podstaw do przyznania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert. Zamawiający punktował dodatkowo wyłącznie sprzętowy system korekcji pola, a zaoferowane rozwiązanie to rozwiązanie hybrydowe - sprzętowo-programowe, za które punktacji nie przewidziano w SIWZ.

Po drugie gdyby nie treść oficjalnej dokumentacji producenta, która potwierdziła nieprawdziwość oświadczenia własnego Alteris, Zamawiający przyznałby nienależną punktację, pomimo że AutoShim nie jest rozwiązaniem sprzętowym.

W ocenie Odwołującego w tym przypadku mamy dodatkowo do czynienia z naruszeniem art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp.

Alteris odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w powyższym zakresie, pismem z dnia 18.05.2020r. stwierdził m.in., że:

„Po raz kolejny jest dla nas zagadką, na jakiej podstawie firma Siemens twierdzi, iż aparat Signa Voyager nie ma możliwości bycia wyposażonym w systemy sprzętowej korekty homogeniczności pola.

Pragniemy wyjaśnić, iż funkcjonalność AutoShim jest wykonywana przed rozpoczęciem skanowania, po włożeniu pacjenta do magnesu i powoduje sprzętową korekcję homogeniczności pola. Twierdzenie, iż jest to korekta jedynie programowa nie jest prawdą”.

Jak wynika z wyjaśnień Alteris albo nie zapoznał się z przedłożoną przez siebie Zamawiającemu w postępowaniu dokumentacją producenta, który potwierdza, że AutoShim jest rozwiązaniem sprzętowo-programowym albo świadomie i celowo wprowadza Zamawiającego w tym zakresie w błąd.

Dodatkowo Odwołujący nie twierdzi, że AutoShim jest rozwiązaniem wyłącznie programowym, ponieważ jest, jak to przyznaje sam producent, rozwiązaniem sprzętowo-programowym, a punktacja w kryterium oceny dotyczyła wyłącznie rozwiązania sprzętowego.

Odwołujący uważa więc, że Alteris podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO, podanie przez wykonawcę w treści oferty informacji dotyczących punktowanych parametrów oceny ofert, nie odpowiadającego rzeczywistości, skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp odnosi się do lekkomyślności lub niedbalstwa (winy nieumyślnej) i obejmuje przypadki wprowadzenia zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ocena, czy wystąpiły

okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga ustalenia:

1) czy wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego:

W przedmiotowej sprawie tak jest zdaniem Odwołującego. Wykonawca zapewnia Zamawiającego w treści oferty, że oferowane rozwiązanie jest sprzętowe, podczas gdy faktycznie, co sam udowadnia w złożonej w postępowaniu dokumentacji producenta, jest to rozwiązanie sprzętowo-programowe - czyli niepunktowane.

2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

Mamy do czynienia z parametrem ocenianym w ramach kryterium oceny ofert a różnice punktowe pomiędzy ofertami mają marginalny charakter co oznacza wprost, że informacje te mogły, a wręcz faktycznie miały, istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania.

3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa

Profesjonalny charakter wykonawcy Alteris jako oferującego na rynku wyroby medyczne producenta GE nakazuje uznać, że składając oświadczenie o wyłącznie sprzętowym charakterze oferowanego rozwiązania działał w pełnej świadomości zarówno tego jakie cechy posiada oferowane rozwiązanie jak i co było przedmiotem punktacji w kryterium.

Jednoznaczność kryterium nie pozwala na argumentację o wątpliwości interpretacyjnej. A ewentualne zaniechanie wezwania do wyjaśnień SIWZ, czy wprost zmiany SIWZ tak aby rozwiązanie oferowane - sprzętowo-programowe mogło także uzyskać punktację, obciąża wykonawcę (tak wyrok z dnia 2017-06-14, sygn. akt KIO 1085/17, LEX nr 2324466).

Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością. Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje

jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

W przedmiotowej sprawie opis kryterium oceny ofert nie był niejednoznaczny, czy też wątpliwy, ani też niesporny jest rodzaj rozwiązania producenta GE, które nie jest rozwiązaniem sprzętowym.

Dodatkowo sam fakt podania informacji nieprawdziwych w celu uzyskania nienależnej dodatkowej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert jest samodzielną i wystarczającą podstawą wykluczenia z postępowania. Nie ma przy tym znaczenia kwestia tego, czy w wyniku uzyskania dodatkowej punktacji na podstawie informacji nie odpowiadającej faktom, wykonawca ten uzyskuje zamówienie czy też nie. Sankcjonowane wskazanym przepisem jest podanie informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania a w przypadku dotyczącym kryteriów oceny ofert jest tak zawsze (tak wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2517/19; wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 927/19 - LEX nr 2706706).

Pkt 14. pkt 15. pkt 16 Wadliwa punktacja oferty Alteris/ podstawa wykluczenia art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp

W zakresie pkt 14,15,15 Zamawiający przyznawał punktację dodatkową w kryterium oceny w następujący sposób:

14. Max amplituda (we wszystkich osiach x, y, z równocześnie) w FOV = 48 cm
Tak, min. 33 mT/m dla FOV = 48 cm wartość oferowana = 33 mT/m - 0 punktów
33mT/m < wartość oferowana ≤ 40 mT/m - 5 punktów
wartość oferowana > 40 mT/m - 10 punktów
15. Max efektywna amplituda (rozumiana jako wypadkowa wektorów we wszystkich osiach) dla FOV = 48 cm Tak, min. 57 mT/m dla FOV = 48 cm
wartość oferowana = 57 mT/m - 0 punktów
57 mT/m < wartość oferowana ≤ 60 mT/m - 4 punkty
60 mT/m < wartość oferowana ≤ 70 mT/m - 8 punktów
wartość oferowana > 70 mT/m - 10 punktów
16. Max Slew Rate dla amplitudy zdefiniowanej w pkt. 14 min. 120 mT/m efektywny
Tak, min.
120 mT/m efektywny dla
dla FOV = 48 cm
wartość oferowana = 120 mT/m - 0 punktów
120 mT/m < wartość oferowana ≤ 150 mT/m - 4 punkty
150 mT/m < wartość oferowana ≤ 175 mT/m - 6 punktów

175 mT/m < wartość oferowana < 200 mT/m - 8 punktów
wartość oferowana \geq 200 mT/m - 10 punktów

w zakresie pkt 14 oferty:

Jak wynika z oświadczenia Alteris zaoferowany aparat posiada maksymalną amplitudę gradientów (we wszystkich osiach X, Y, Z równocześnie) [...] równą 36 mT/m.

Producent GE w oficjalnych danych produktowych informuje jedynie o tym, że aparat ten posiada szczytową amplitudę gradientów (ang. peak amplitude) wynoszącą 36 mT/m:

Producent nie podaje wartości maksymalnej amplitudy gradientów we wszystkich osiach X, Y, Z równocześnie. Według posiadanej przez Odwołującego wiedzy na temat zaoferowanego aparatu GE - szczytowa amplituda gradientów (ang. peak amplitude) nie jest tożsama z maksymalną amplitudą gradientów we wszystkich osiach X, Y, Z równocześnie.

w zakresie pkt 15 oferty:

Wykonawca Alteris podał w ofercie, że zaoferowany aparat posiada maksymalną efektywną amplitudę gradientów [...] równą 62 mT/m.

Według posiadanej przez Odwołującego wiedzy na temat zaoferowanego aparatu GE powyższe informacje nie są prawdziwe, a producent urządzenia w oficjalnych danych produktowych informuje jedynie o tym, że aparat ten posiada szczytową amplitudę gradientów (ang. peak amplitude) wynoszącą 36 mT/m.

Producent aparatu w oficjalnych danych produktowych nie podaje wartości maksymalnej efektywnej amplitudy gradientów. Nie wiadomo na podstawie czego Alteris podał wartość 62 mT/m - można jedynie przypuszczać, że wykonawca wyszedł z następujących założeń:

1. założenie 1: szczytowa amplituda gradientów (wynosząca tu 36 mT/m), oznacza to samo, co maksymalna amplituda,
2. założenie 2: aparat Signa Voyager pozwala na taką pracę systemu gradientowego, w której maksymalną amplitudę gradientów (36 mT/m), można uzyskać równocześnie we wszystkich osiach X, Y, Z

i przy takich założeniach obliczył maksymalną efektywną amplitudę gradientów jako przekątną sześcianu o boku 36, która wynosi $36\sqrt{3}$, czyli 62.

Według posiadanej przez Odwołującego wiedzy, oba powyższe założenia są błędne:

1. szczytowa amplituda gradientów (ang. peak amplitude) nie jest tożsama z maksymalną amplitudą gradientów
2. aparat Signa Voyager nie pozwala na taką pracę systemu gradientowego, w której maksymalną amplitudę gradientów (36 mT/m) można uzyskać równocześnie we wszystkich osiach X, Y, Z.

w zakresie pkt 16:

Wykonawca Alteris podał w ofercie, że zaoferowany aparat posiada maksymalny efektywny Slew Rate [...] równy 259 mT/m/ms.

Według posiadanej przez Odwołującego wiedzy powyższe informacje nie są prawdziwe, a producent urządzenia w oficjalnych danych produktowych informuje jedynie o tym, że aparat ten posiada szczytową Slew Rate gradientów (ang. peak Slew-rate) wynoszący 150 T/m/s, czyli 150 mT/m/MS.

W oficjalnych danych produktowych zaoferowanego aparatu producent nigdzie nie podaje wartości maksymalnego efektywnego Slew Rate. Nie wiadomo na podstawie czego Alteris podał wartość 259 mT/m/MS. Można jedynie przypuszczać, że wykonawca wyszedł z następujących założeń:

1. założenie: szczytowy Slew Rate (wynoszący tu 150 mT/m/ms), oznacza to samo, co maksymalny Slew Rate,
2. założenie: aparat Signa Voyager pozwala na taką pracę systemu gradientowego, w której maksymalny Slew Rate (150 mT/m/ms), można uzyskać równocześnie we wszystkich osiach X, Y, Z i przy takich założeniach obliczył maksymalną efektywną amplitudę gradientów jako przekątną sześciangu o boku 150, która wynosi $150 \times \sqrt{3}$, czyli 259.

Według posiadanej przez Odwołującego wiedzy oba powyższe założenia są błędne:

1. szczytowy Slew Rate (ang. peak Slew-rate) nie jest tożsamy z maksymalnym Slew Rate
2. aparat Signa Voyager nie pozwala na taką pracę systemu gradientowego, w której maksymalny Slew Rate (150 mT/m/ms) można uzyskać równocześnie we wszystkich osiach X, Y, Z.

Ponadto jak wynika ze złożonych przez Alteris dokumentów przedstawiciela producenta GE w Polsce:

„II W zakresie systemu gradientowego

- 1. Maksymalna amplituda dla jednej osi w maksymalnym polu widzenia FCV w każdej osi równocześnie, możliwa do zastosowania w obrazowaniu klinicznym wynosi 36 mT/m*
- 2 Maksymalna efektywna wartość amplitudy (rozumiana jako wypadkowa wektorów we wszystkich osiach) wynosi 62 mT/m*
- 3. Maksymalna szybkość narastania gradientów (Slew Rate) w jedne osi możliwa do zastosowania dla amplitudy 36 mT/m wynosi 150 T/m/s*
- 4 Maksymalna efektywna wartość Slew Rate dla wartości maksymalnej efektywnej amplitudy, wynosi 259 T/m/s*
- 5. Cewki gradientowe chłodzone cieczą (wodą)”.*

W konsekwencji oferta Alteris nie powinna we wskazanych kryteriach uzyskać przyznanej punktacji, a ponadto uwzględniając nieodpowiadające prawdzie wartości

zadeklarowanych parametrów, wykonawca winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp

Pkt 21 Wadliwa punktacja oferty Alteris/ podstawa wykluczenia art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp

W zakresie pkt 21 Zamawiający przyznawał punktację dodatkową w kryterium oceny w następujący sposób:

Echo Spacing (czas pomiędzy kolejnymi echami) dla EPI (matryca 256x256)

Tak, max. 0,74 ms

wartość oferowana = 0,74 ms - 0 punktów

0,74 ms > wartość oferowana \geq 0,70 ms - 5 punktów

wartość oferowana < 0,70 ms - 10 punktów

W punkcie 21 podano informację, że zaoferowany aparat Signa Voyager, posiada wartość parametru Echo Spacing dla sekwencji EPI w matrycy 256x256 równy 0,572 ms.

Z kolei w punkcie 98 podano, że zaoferowany aparat posiada maksymalne FoV równe 50 cm x 50 cm x 48 cm (w osiach X, Y, Z).

Producent urządzenia Signa Voyager w oficjalnych danych produktowych podaje, że aparat ten uzyskuje podaną wartość Echo Spacing (0,572 ms), ale wyłącznie dla FoV równego 99 cm.

Tymczasem takie FoV w zaoferowanym aparacie jest dla Zamawiającego nieosiągalne.

Prawidłową wartością ESP odpowiadającą FoV zaoferowanego aparatu jest 0,704 ms, co potwierdzają oficjalne dane produktowe zaoferowanego aparatu.

Uwzględniając powyższe należy uznać, że Zamawiający został świadomie wprowadzony przez Alteris w błąd poprzez podanie wartości niezgodnej z konfiguracją oferowanego urządzenia a wartość zadeklarowana w ofercie nigdy nie zostałaby przez Zamawiającego wykorzystana. Jest to działanie skutkujące poza koniecznością zmiany przyznanej punktacji w kryterium oceny ofert dodatkowo koniecznością wykluczenia wykonawcy Alteris z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp.

Alteris odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w powyższym zakresie, pismem z dnia 18.05.2020r. stwierdził m.in., że:

„Zabieg zwiększania FOV ponad wartość maksymalną dla obrazowania EPI jest powszechnie znany i używany w aparatach MRI. Wynika to ze specyfiki sekwencji EPI i potrzeb użytkowników, którym zależy na jak najniższych, czasach ESP. Dlatego, w oficjalnych danych produktowych firmy GEHC, parametry czasowe dla sekwencji EPI są podawane również dla FOV=99cm. Jest to wartość, którą można ustawić w parametrach sekwencji.

Pragniemy przypomnieć iż wymóg OPZ brzmi: „ESP dla matrycy 256x256”. Oczywiście jest, że należy podać parametr, który jest osiągalny dla Zamawiającego, a wartość 0.572ms jest taką wartością.”

W ocenie Odwołującego wykonawca Alteris wprost przyznaje, że zadeklarowany w ofercie parametr jest całkowicie wirtualny i jest podawany wyłącznie dla uzyskania dodatkowej punktacji i nie ma nic wspólnego z faktycznymi możliwościami jego użytkowania w diagnostyce (a przecież to jest istotą i celem punktacji), co potwierdza zasadność zarzutu Odwołującego.

W oficjalnych materiałach produktowych rezonansu pochodzących od przedstawiciela producenta złożonych w postępowaniu przez Alteris, znajduje się potwierdzenie maksymalnego FOV zaoferowanego aparatu jako 50, podczas gdy w pkt 21 Alteris podaje wartość Echo Spacing dla EPI dla FOV=99 (nieosiągalne dla zamawiającego)

„VII W zakresie akwizycji danych i parametrów obrazowania:

1. System

a posiada minimum FGV wynoszący 0,5 cm w osiach x. y. z oraz maksimum FGV wynoszący 50 cm w osiach x, y i 48 cm w osi z dla wszystkich oferowanych aplikacji i sekwencji skanowania

b. cechuje się matrycą akwizycyjną 1024x1024, bez interpolacji

c. cechuje się max współczynnikiem przyspieszenia dla sekwencji Fast Spin Echo (FSE) wynoszącym 512

d. cechuje się max współczynnikiem ETL dla EPI wynoszącym 512”.

W zakresie samej punktacji odnosząc się do realnej wartości parametru ocenianego jakie posiada zaoferowany aparat, podana wartość winna wynosić 0,704ms, co skutkowałoby uzyskaniem przez ofertę w tym kryterium punktacji na poziomie maksymalnie 5 a nie 10 punktów.

Pkt 26 Wadliwa punktacja oferty Alteris/niezgodność z SIWZ/ podstawa wykluczenia art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp

W zakresie pkt 26 Zamawiający przyznawał punktację dodatkową w kryterium oceny w następujący sposób:

Moc wzmacniacza min. 15 kW

Tak, min. 15 kW

wartość oferowana - 15 kW = 0 punktów

15kW < wartość oferowana ≤ 20 kW - 4 punkty

20 kW < wartość oferowana ≤ 25 kW - 8 punktów

wartość oferowana > 25 kW - 10 punktów

Jak wynika z opisu parametru Zamawiający określił i preferował dodatkową punktacją zwiększoną moc wzmacniacza.

Opis parametru nie zawiera jakichkolwiek ograniczeń obszarów anatomicznych, co wprost oznacza, że przedmiotem punktacji była moc wzmacniacza w obrębie całego ciała pacjenta. Dodatkowo nie mamy do czynienia w parametrze z mocą maksymalną w jakimś konkretnym obszarze anatomicznym.

Oferta Alteris zawiera potwierdzenie wartości mocy wzmacniacza 16kW, co w kontekście opisu parametru może sugerować, że wartość ta jest uniwersalna i jednakowa dla całej anatomii.

Z treści SIWZ wynika, że objęty przedmiotem zamówienia aparat ma służyć nie tylko do badań ciała, lecz także głowy (patrz, pozycje 25, 35, 36, 37, 38, 41,69.2, 69.9, 108, 214 i 215).

Producent urządzenia Signa Voyager w danych produktowych informuje, że aparat ten uzyskuje podaną wartość w przypadku badań w obszarze ciała (ang. Body), gdzie wartość ta wynosi 16 kW, natomiast w przypadku badań głowy (ang. Head) jedynie 2kW.

Zamawiający został zatem świadomie wprowadzony w błąd poprzez podanie przez Alteris wartości niezgodnej z wymogiem specyfikacji, gdyż w tym postępowaniu Zamawiający wymaga mocy wzmacniacza systemu RF równej co najmniej 15 kW, bez żadnych wyjątków w zakresie badanych obszarów anatomicznych.

Faktyczna wartość mocy wzmacniacza jest w przypadku produktu GE różna dla różnych obszarów anatomicznych ale nie ulega wątpliwości, że nie jest prawdziwe oświadczenie, że moc wzmacniacza bez ograniczenia anatomicznego jest na poziomie 15kW (wartość graniczna) a tym bardziej 16kW (wartość dodatkowo punktowana).

Podane przez firmę Alteris informacje są nieprawdziwe, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, a tym bardziej nie zasługującym, bez wątpliwości, na dodatkową punktację w ramach kryterium oceny skoro zaoferowane urządzenie nie spełnia nawet wymagań granicznych.

Alteris odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w powyższym zakresie, pismem z dnia 18.05.2020r. stwierdził m.in., że:

„Pragniemy potwierdzić, iż w aparacie Signa Voyager, wzmacniacz RF o mocy 16 kW jest czynny we wszystkich wymaganych w OPZ typach badań. Cewka Head Neck służąca do badań głowy jest cewką odbiorczą, a nie nadawczą - nadawanie sygnału jest realizowane przez cewkę RF Body Coil, a zatem potwierdzamy, że parametr/funkcjonalność zaoferowany przez Wykonawcę w kolumnie D spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego w kolumnie B.”

Wyjaśnienie Alteris nie uwzględnia treści SIWZ (parametr dotyczy po prostu mocy wzmacniacza), jak również celowo pomija parametr mocy wzmacniacza różnicowany w zależności od obszaru anatomicznego, zgodnie z oficjalnymi danymi produktowymi. Dodatkowo wyjaśnienia nie kwestionują prawdziwości danych producenta, a te są odmienne od oświadczenia Alteris.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie określonej ilości punktów danej ofercie w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert i ostatecznie wybór jako najkorzystniejszej oferty drugiego wykonawcy, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości bowiem opisane w nim zarzuty nie znajdują odzwierciedlenia w stanie faktycznym i są bezpodstawne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Co do punktu 53 formularza ofertowego podniósł, że toku analizy ofert Zamawiający ustalił on, że urządzenie zaoferowane przez ALTERIS spełnia wymóg umożliwiający wykonanie badania dla ułożenia pacjenta w pozycji „head-first” (głową do przodu) lub dla ułożenia pacjenta w pozycji „feet-first” (nogami do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych, choć w formularzu wykonawca w rubryce „Parametr oferowany” wpisał „NIE”. Wobec powyższego, Zamawiający poprawił w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zaistniałą pomyłkę w ofercie.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący sam w odwołaniu dokonał analizy interpretacji SIWZ wymogu pod kątem logiki formalnej, więc zarzut dokonania tej czynności przez Zamawiającego jest niezrozumiały.

Zamawiający nie kwestionuje racjonalności ani sensu kryterium oceny ofert — prowadzi jedynie interpretację zgodną z regułami logiki formalnej. Wywód jest oczywisty, a inny sposób rozumienia go sam byłby próbą nieuprawnionej zmiany rozumienia wymogu sformułowanego przez Zamawiającego.

Z oferty Przystępującego jasno wynika sprzeczność między deklaracją w formularzu, a pozostałą zawartością oferty. Omyłka ALTERIS nie nastąpiła zatem na etapie stwierdzeń o faktach (tj. ocen, czy oferowane urządzenie jest w stanie wykonać badanie w określonej pozycji — te zostały w innych miejscach oferty prawidłowo przytoczone), lecz na etapie określania wartości logicznej zdania złożonego. Błędna interpretacja spójnika „lub” powodowała zatem błędne wyobrażenie ALTERIS o wartości logicznej zdania złożonego. W ocenie Zamawiającego również argumentacja zawarta w odwołaniu potwierdza jasno, że ALTERIS pozostawał w błędzie co do znaczenia wymogu i konsekwentnie powielał błędne jego rozumienie (myląc znaczenie spójnika „lub”). Zamawiający dokonał poprawki samodzielnie, analizując fakty przedstawione w ofercie ALTERIS w kontekście brzmienia SIWZ.

Odwołującego błędnie uważa, że poprawa przez Zamawiającego omyłki w ofercie ALTERIS była niedopuszczalna również z tego powodu, że spowodowała istotną zmianę oferty. Poprawka dotyczy dodatkowo punktowanego kryterium, a oferowany produkt byłby zgodny z SIWZ zarówno, gdyby ww. wymóg spełniał, jak i gdyby nie spełniał go. Poprawka Zamawiającego nie zmieniła istotnie oferty ALTERIS — w analizie dopuszczalności takiego zabiegu konieczne jest odniesienie dokonywanej poprawki do całości zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Nie sposób uznać, że poprawienie omyłki dotyczącej dodatkowo punktowanego przez Zamawiającego kryterium stanowi ingerencję na tyle poważną, że prowadzi do istotnej zmiany w treści oferty — nie zmienia ona w żaden sposób ceny, nie dotyczy zmiany produktu z niezgodnego z SIWZ na zgodny. Dotyczy wyłącznie kwestii funkcjonalności punktowanej dodatkowo. Właściwym punktem odniesienia przy ocenie

dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uzasadniającej odstąpienie przez zamawiającego od dokonania poprawy.

W przypadku punktów 11.2 i 11.3 formularza oferty Zamawiający wskazał, że interpretacja wymogów przeprowadzona przez Odwołującego jest alogiczna. Odwołujący posługuje się matematycznymi regułami zaokrąglania liczb, chociaż nie uzasadnia, dlaczego należałoby w ogóle liczby zaokrąglać. Pozbawione sensu jest twierdzenie, że konkretną wartość przedstawioną przez Wykonawcę można zaokrąglić w górę albo w dół, skoro wartość ta wynika z technicznych, czysto fizycznych pomiarów parametrów oferowanego produktu. Zamawiający nie wprowadził żadnych dodatkowych zasad dotyczących zaokrąglania wartości. Dla punktu 11.3. formularza dokładność wymagania podana została w postaci liczby z dwoma miejscami po przecinku (0,12), a ALTERIS podał wartość z jedną liczbą po przecinku (0,1). Należy przypomnieć Odwołującemu, że zgodnie z zasadami matematyki zapis 0,1 jest równoznaczny z 0,10; 0,100 jak i 0,1000. Odnosząc się natomiast do stwierdzenia, że ALTERIS nie przedstawił parametrów w jednostkach wskazanych, Zamawiający zaznaczył jedynie, że jednostka to określona miara danej wielkości (w tym wypadku — ppm), a nie sposób zapisu liczby.

Analizując zarzuty dotyczące punktu 21 formularza ofertowego Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w odwołaniu zamieszcza dane potwierdzające prawdziwość twierdzeń ALTERIS. Na stronie 17 odwołania zawarto tabelę producenta urządzenia, w której znajduje się odczyt zawarty w formularzu przy FOV 99 cm. Istotnie, celnie zauważył Odwołujący, że maksymalny FOV, stosownie do zapewnień producenta, wynosi: 50 cm w osiach x, y i 48 cm w osi z dla wszystkich oferowanych aplikacji i sekwencji skanowania. Jednakże, stosownie do wyjaśnień ALTERIS z dn. 18.05.2020 r., zabieg zwiększania FOV ponad wartość maksymalną dla obrazowania EPI jest powszechnie znany i używany w aparatach MRI. Skoro jest to wartość, którą można ustawić w parametrach sekwencji, nie ma żadnego powodu, dla którego ALTERIS nie mógłby jej wskazać w ofercie i otrzymać w danym kryterium dodatkowe punkty.

Przystępujący złożył pisemne stanowisko, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Co do punktu 53 podniesiono, że Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz Parametrach Technicznych Przedmiotu Zamówienia (zmodyfikowany Załącznik nr 2 do

SIWZ) zastrzegł sobie prawo weryfikacji deklarowanych parametrów z użyciem wszelkich dostępnych źródeł, w tym zapytanie bezpośrednio u producenta sprzętu. Postanowienie to nie zostało zastrzeżone wyłącznie dla parametrów granicznych, ocenianych na zasadzie spełnia — nie spełnia, ale dla wszystkich parametrów opisanych w Załączniku nr 2 do SIWZ. Zatem weryfikacja przez Zamawiającego także parametrów „punktowanych” była w pełni dopuszczalna.

Zamawiający w toku badania złożonych ofert skorzystał z tej możliwości i dokonał analizy deklaracji złożonej w pozycji 53 Załącznika nr 2 do SIWZ. W wyniku weryfikacji deklarowanych parametrów Zamawiający prawidłowo ustalił, że obydwa zaoferowane systemy przez poszczególnych wykonawców pracują w ten sam sposób, a co za tym idzie — rozwiązania obu wykonawców kwalifikują się do przyznania im identycznej oceny (5 punktów).

Przystępujący podniósł, że omyłkowa deklaracja „NIE” w treści oferty powstała na skutek omyłkowej (i jak się później okazało błędnej) interpretacji opisu sposobu oceny ofert w kryterium — poz. 53. Przystępujący omyłkowo założył, że dodatkowe 5 punktów przysługuje wyłącznie za rozwiązanie, które zapewnia możliwość wykonania badania dla ułożenia pacjenta dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych. Tylko i wyłącznie z tego względu Przystępujący wskazał w treści oferty na deklarację „NIE”

Tymczasem, jak wynika z interpretacji dokonanej przez Zamawiającego, użycie alternatywy nierozłącznej „lub” oznaczało, że już tylko zapewnienie aparatu umożliwiającego wykonanie badania w jednym z dwóch wymienionych ułożeń pacjenta uprawniało do uzyskania dodatkowych punktów. Sam Odwołujący w treści odwołania przyznał, że użycie alternatywy nierozłącznej „lub” jest jednoznaczne i wykładnia SIWZ w tym zakresie jest zbędna. Przystępujący dodał również, że interpretacja Zamawiającego uwzględnia okoliczność, że w co najmniej jednym z ułożeń pacjenta musi być możliwe wykonanie badania dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych. Zastosowanie przez Zamawiającego procedury poprawienia „innej omyłki” było zdecydowanie uprawnione.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, jakoby Zamawiający kwestionował racjonalność i sens własnego kryterium oceny ofert, jeżeli Odwołujący nie widział sensu w tak określonym kryterium oceny ofert to mógł, a wręcz powinien, kwestionować postanowienia SIWZ na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. W obecnej sytuacji podnoszony argument nie zmienia w jakikolwiek sposób wykładni SIWZ.

Zamawiający nie prowadził z Przystępującym żadnej procedury wyjaśniającej okoliczność złożenia deklaracji „NIE” w poz. 53 Załącznika nr 2 do SIWZ. Zamawiający dokonał poprawienia innej omyłki w wyniku przeprowadzenia własnej analizy, a nie w efekcie odpowiedzi czy sugestii Przystępującego.

Analizując zarzuty dotyczące poz. 11.2 i 11.3 Przystępujący podniósł, że retoryka Odwołującego jest tak bardzo abstrakcyjna i matematycznie nieakceptowalna, że aż trudno z nią szerzej polemizować. Analizując treść SIWZ uznać należy, że Zamawiający nie stwierdził, że wartość $0,035\text{ppm} = 0,04\text{ppm}$, co oznacza przyznanie 0 punktów. Przeciwnie, Zamawiający stwierdził, że za wszystkie wartości poniżej $0,04\text{ ppm}$ (a więc również i wartość $0,035\text{ppm}$) wykonawca otrzymuje 3 punkty:

Przystępujący podkreślił, że wartość „ $0,035\text{ ppm}$ ” została podana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (jednostki — ppm). Wartość ta została także podana zgodnie z informacją zawartą w Danych Technicznych systemu SignaVoyager i jest wartością mniejszą niż podana przez Zamawiającego wartość $0,04\text{ ppm}$. Nadto, brak jest jakichkolwiek podstaw do zaokrąglania parametru technicznego. Przeciwnie, gdyby Przystępujący dokonał zaokrąglenia wartości parametru wyrażonego w ppm, doszłoby do zniekształcenia danych technicznych systemu SignaVoyager i wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Za nieprawdziwe należy uznać twierdzenie Odwołującego, jakoby „*W przypadku zaoferowania rozwiązania z wartością poniżej progu granicznego oferta byłaby ofertą niezgodną z SIWZ i na tej podstawie zostałaby odrzucona zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp*”. Przystępujący wskazuje, że istotnym było właśnie podanie wartości nie większej, czyli w tym przypadku niższej lub równej, od wymaganej. Zamawiający nie nakazał w treści SIWZ zaokrąglania podawanych wartości. Brak jest w SIWZ jakichkolwiek podstaw do zastosowania forsowanego przez Odwołującego rozwiązania tj. zaokrąglania tego parametru, w szczególności, gdy miałyby to wywołać negatywne konsekwencje dla wykonawcy.

W przypadku poz. 11.3 zdaniem Przystępującego oczywistym pozostaje, że wartość „jedna dziesiąta” ($0,1\text{ ppm}$) jest mniejsza od wartości „dwunastu setnych” ($0,12\text{ ppm}$). Już tylko ta okoliczność przesądza o bezzasadności stawianego zarzutu.

Dla pozycji 21, jak wynika z uzasadnienia odwołania, podniesiony zarzut opiera się na założeniu, że Przystępujący w kryterium oceny ofert zadeklarował wartość ESP dla FoV równego 99 cm , a nie 48 cm .

Zdaniem Przystępującego powyższy zarzut i twierdzenia Odwołującego przede wszystkim nie znajdują oparcia w treści SIWZ. Zamawiający w poz. 21 Załącznika nr 2 do SIWZ wskazał jedynie na następującą treść: *Echo Spacing (czas pomiędzy kolejnymi echami) dla EPI (matryca 256x256) Parametr wymagany: Tak, max. 0,74 ms.*

W postanowieniach SIWZ Zamawiający nie wymagał podania wartości Echo Spacing dla określonego FOV. Innymi słowy, Zamawiający pozwolił wykonawcy podać tę wartość dla dowolnego FOV. Skoro producent systemu podaje wartość Echo Spacing dla FOV

wynoszącego 99 cm, oznacza to, że takie wartości parametrów można ustawić jako parametr obrazowania i w praktyce wykonać obrazowanie. Okoliczność ta została szerzej wyjaśniona w piśmie Przystępującego z dnia 18.05.2020 r.

Wysoco prawdopodobnym jest również, że dane ESP mogą być podawane przez firmy konkurencyjne (w tym np. Siemens) właśnie dla maksymalnego FOV, jaki można ustawić w parametrach sekwencji (np. 99cm), jednak w dokumentacji technicznej konkurencyjnego systemu nie są zamieszczane informacje, dla jakiego FOV wartości ESP są podawane. Zatem sytuacja Przystępującego i Odwołującego może być identyczna, z tym zastrzeżeniem, że dokumentacja GE dla systemu SignaVoyager zawiera szczegółowe dane ESP (dla wartości 25 cm, 48 cm oraz 99 cm), zaś dokumentacja Siemens dla systemu Magnetom Sola — już nie.

Podsumowując, Przystępujący zaznaczył, że zarzut został sformułowany wyłącznie w oparciu o wykreowane założenie, oderwane od treści SIWZ, a sprowadzające się do twierdzenia, że wartość Echo Spacing powinna być przez Przystępującego podana wyłącznie dla FOV 48 cm.

Na rozprawie Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów dotyczących pozycji 12, 14, 15, 16 oraz 26 formularza ofertowego w ofercie Przystępującego. Wobec takiego stanowiska nie były one przedmiotem rozpoznania przez skład orzekający a postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu.

Następnie, biorąc pod uwagę poczynione ustalenia i wyrażone stanowiska Stron i Uczestnika postępowania, Izba doszła do przekonania, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie co do zarzutu dotyczącego pozycji 53 formularza ofertowego, w pozostałym zaś zakresie podlegało oddaleniu.

Stosownie do treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Niewątpliwie dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający w procesie badania i oceny ofert zobowiązany jest do oceny rzetelnej, wyjaśnienia wszelkich powstałych wątpliwości co do treści oferty i zakresu przedmiotowego świadczenia ofertowanego przez ocenianego Wykonawcę, a narzędziem służącym do tego jest art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Przepis ten

pozwala przełożyć wymagania SIWZ na treść złożonej w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z SIWZ {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13)} – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

W przypadku pozycji 53 formularza ofertowego w ocenie składu orzekającego Izby wymóg postawiony przez Zamawiającego był klarowny i nie wymagał dodatkowych zabiegów interpretacyjnych, czy też odwoływania się do zasad logiki prawniczej i prowadzenia w tym przedmiocie szerokich wywodów teoretycznych. Zamawiający opisał jakie ma oczekiwania w przedmiocie możliwości wykonania badania i oczekiwał od wykonawców prostej deklaracji na zasadzie TAK/NIE, czy oferowany przez nich aparat te wymagania spełnia. Jeżeli aparata umożliwiał wykonanie badania w pozycji „head-first” (głową do przodu) **lub** „feet-first” (nogami do przodu) dla wszystkich anatomii i wszystkich sekwencji pomiarowych, dany wykonawca uzyskiwał w ramach kryterium 5 dodatkowych punktów. Zastosowanie w opisie parametru łącznika „lub” ma charakter powszechny, nie jest to okoliczność ekstraordynaryjna, wyjątkowa, która może rodzić wątpliwości co do opisu danego wymagania w tak szerokim spectrum jak próbowali to przedstawiać Zamawiający i Przystępujący. W ocenie Izby przy takim opisie parametru nie mogło być wątpliwości jakie są oczekiwania Zamawiającego. Abstrahując, czy tak postawione przez Zamawiającego kryterium było racjonalne, skoro jak twierdził sam Zamawiający jest ono możliwe do spełnienia w każdym przypadku, to nie ulega wątpliwości, że deklaracja w ofercie Przystępującego Alteris również nie wymagała dodatkowych wyjaśnień. Przystępujący oświadczył, że oferowane przez niego urządzenie nie posiada możliwości określonych przez Zamawiającego. Zdaniem Izby nieuprawnione było wnioskowanie, że by uzyskać dodatkowe punkty należało zaoferować aparat umożliwiający wykonanie badania w obu pozycjach.

Dalej, zauważyć należy, iż by możliwe było zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musimy mieć do czynienia w ofercie z omyłką polegającą na niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ, następnie omyłka taka nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowej sprawie nie może być mowy o zaistnieniu omyłki w treści oferty Przystępującego, ponieważ nie istniała treść SIWZ, z którą ta oferta mogła być niezgodna. Zamawiający opisał swoje wymagania, a wykonawca miał podać, czy oferowany przez niego przedmiot te wymogi spełnia. Wyłącznie zatem od Wykonawcy zależało w jaki sposób ukształtuje treść swojej oferty. Zamawiający oczekiwał osiągnięcia pewnego efektu i to wykonawca miał określić, czy jego urządzenie ten efekt osiąga.

Nie są prawidłowe twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, że zaistniała jakakolwiek niezgodność między treścią SIWZ a treścią oferty Przystępującego, ponieważ specyfikacja nie zawierała wymogów minimalnych, ale wskazywała na pewne oczekiwania Zamawiającego, których spełnienia oczekuje od przedmiotu zamówienia. To wykonawca wypełniał treścią ofertę i ostatecznie nadawał danemu parametrowi kształt, a nie zapisy SIWZ. Jak słusznie zauważył Odwołujący żadne informacje zawarte w ofercie tak złożonemu oświadczeniu nie przeczą. Trudno zatem wnioskować na jakiej podstawie Zamawiający doszedł do przekonania, że złożona przez danego wykonawcę deklaracja w ofercie nosi znamiona omyłki i może zostać poprawiona. Z pewnością nie mogła do tego doprowadzić argumentacja Wykonawcy o błędnym rozumieniu kryterium, a bowiem wynikała z wyjaśnień uzyskanych po terminie składania ofert. Natomiast w treści samej oferty nie było podstaw do ustalenia odmiennej treści deklaracji Wykonawcy, niż wynikająca z brzmienia oświadczenia z pkt 53 formularza ofertowego.

Swoimi działaniami Zamawiający doprowadził do istotnej zmiany treści oferty w jej warstwie merytorycznej, co zdaniem Izby w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Co więcej, nawet gdyby zaistniała sytuację zakwalifikować jako omyłkę, to nie można uznać, że miała ona charakter nieistotny, skoro Zamawiający by poprawić formularz musiał uzyskać wyjaśnienia od wykonawcy, a dokonana zmiana w sposób istotny wpływała na treść oświadczenia woli podmiotu składającego ofertę bowiem odnosiła się do zupełnie innego rozwiązania dla wykonania badania. Jeżeli dopiero po poprawieniu treści formularza dany wykonawca otrzymywał punkty, to niewątpliwie zmiana treści oferty miała charakter istotny i wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówieni publicznego.

Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C. S. E. S. a., art. 2 dyrektywy 2004/18 (zasada równego traktowania wykonawców) nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Trybunał wskazał, że dopuszczalnymi warunkami wyjaśnień lub korekty są: wezwanie o wyjaśnienie należy skierować do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, żądanie

musi dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia ale nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty.

W ocenie Izby poprawa, jakiej dokonał Zamawiający była istotna, Zamawiający nie mógł jej przeprowadzić bez niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Ponadto zmiana taka prowadziła de facto do wytworzenia w tym elemencie całkowicie nowej oferty, co nastąpiło już po otwarciu ofert i dokonane zostało bez jakiegokolwiek oparcia w danych zawartych w ofercie pierwotnej.

Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego Alteris na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz ponowienie procesu badania i oferty ofert, w tym ponowne przeliczenie punktów poszczególnych ofert w ramach ustalonych kryteriów „Parametry techniczne”, z uwzględnieniem okoliczności, że w pozycji 53 formularza Przystępujący nie powinien otrzymać punktów w ramach ustalonego kryterium.

Przechodząc do analizy zarzutów dotyczących punktów 11.2 i 11.3 formularza ofertowego Izba uznał, że odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

Na rozprawie Odwołujący przywołał treść rozdziału IV SIWZ *Kryteria i zasady oceny ofert*, wskazując, że zawarte tam reguły zaokrąglania wyników należy również zastosować do wartości parametrów technicznych umieszczonych przez wykonawcę w formularzu ofertowym bowiem określone parametry techniczne podlegały ocenie.

Zgodnie z zapisami przywołanego rozdziału, w punkcie 5 Zamawiający określił, że *„wartości punktowe zostaną podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, a zaokrąglenie zostanie dokonane zgodnie z ogólnie przyjętymi zasadami rachunkowości”*.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zaprezentowanym w odwołaniu oraz przedstawionym na rozprawie i w pełni podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego.

Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający nie określił w SIWZ reguł odnoszących się do zasad zaokrąglania wartości dla parametrów technicznych oferowanych urządzeń. Wspomniane przez Odwołującego reguły z rozdziału XIV SIWZ dotyczą warstwy przyznawania punktów i przeliczania ich wartości zgodnie z zasadami rachunkowości. Czym innym jest czynność obliczenia punktacji, czym innym wskazanie konkretnej wartości liczbowej dla danego parametru w ofercie. Co więcej, jak prawidłowo zauważyli Zamawiający i Przystępujący, podane w ofercie Przystępującego wartości znajdują wprost odzwierciedlenie w dokumentacji technicznej danego aparatu. Trudno zatem antycypować

na jakiej podstawie Zamawiający miałby dyskutować z konkretnymi wartościami określonymi szczegółowo przez producenta urządzenia i dokonywać zaokrąglenia tych wartości w ramach bliżej niesprecyzowanych reguł.

Analizując treść SIWZ w punkcie 11.2 należy uznać, że Zamawiający postanowił przyznać punkty dla każdej wartości mniejszej niż 0,04 ppm. Zaoferowana przez Przystępującego wartość 0,035 ppm jest taką wartością i w ocenie Izby słusznie ofercie Przystępującego w ramach tego kryterium przyznano dodatkowe punkty.

Co do pozycji 11.3 formularza ofertowego, to podanie wartości 0,1 ppm, przy punktowanej przez Zamawiającego wartości mniejszej od 0,12 ppm w ogóle nie wymaga dodatkowego komentarza. Wartość 0,1 ppm to innymi słowy wartość 0,10 ppm, także według wszelkich reguł świata matematyki.

W pozycji 21 Zamawiający przyznawał punkty w kryterium oceny w następujący sposób: Echo Spacing (czas pomiędzy kolejnymi echemi) dla EPI (matryca 256x256) - max. 0,74 ms. W przypadku zaoferowania wartości = 0,74 ms - 0 punktów, 0,74 ms > wartość oferowana \geq 0,70 ms - 5 punktów; wartość oferowana < 0,70 ms - 10 punktów.

Przystępujący w ofercie określił wartość parametru na 0,572 ms ale Odwołujący uważa, że jest to wartość dla FoV 99cm, podczas gdy aparat posiada maksymalne FoV równe 50 cm x 50 cm x 48 cm (w osiach X, Y, Z).

W tym zakresie zarzuty odwołania sprowadzały się do twierdzeń, że możliwe jest ustawienie wartości 99 cm na aparacie (istnieje taka opcja), natomiast nie jest możliwe wykonanie badania, przy czym Zamawiający określił, że punktował będzie rzeczywiste możliwości diagnostyczne danego urządzenia.

Izba nie podziela zapatrywań Odwołującego przedstawionych w zarzucie. W SIWZ i opisie kryterium Zamawiający nie wprowadził żadnych dodatkowych wymagań dla sposobu przeprowadzenia badania. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, wymóg parametru zawiera odniesienie do wartości matrycy, a nie wartości FoV. Ponadto treści zarzutów przeczy materiał dowodowy przedstawiony przez samego Odwołującego. Jak wynika z oficjalnych dokumentów producenta urządzenia oferowanego przez Przystępującego, możliwe jest ustawienie nastawu na 99 cm i podany jest wynik czasu badania dla takiego ustawienia. Producent zatem potwierdził, że dla matrycy 256x256 w określonym czasie możliwe jest wykonanie badania. Taka okoliczność była przedmiotem badania treści oferty przez Zamawiającego i za taką możliwość można było ofercie przyznać dodatkowe punkty. Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego wskazywanych w odwołaniu naruszeń. Tym bardziej nie dopatrzono się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, czyli celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Złożona bowiem

Zamawiającemu dokumentacja techniczna wprost potwierdzała wartości wskazane w formularzu ofertowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1.

Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku – częściowego uwzględnienia oraz częściowego oddalenia zarzutów, obciążając kosztami w 1/4 wartości wszystkich kosztów Zamawiającego (zarzuty uwzględnione) oraz Odwołującego w wysokości 3/4 (zarzuty oddalone) poniesionych kosztów.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym.

Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Ponadto jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r., sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje

oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdelenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13. Podobnie orzeczono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r., sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołanie, jak również w pozostałej części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty każdego postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 15.000 zł uiszczony przez Odwołującego oraz koszty Odwołującego poniesione w tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), Zamawiający nie zgłaszał wniosku o zasądzenie kosztów z tytułu zastępstwa procesowego.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **4 650 zł 00 gr** tytułem zwrotu 1/4 części kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego (wpis 15 000,00 zł oraz 3 600,00 zł koszty zastępstwa, co daje łącznie 18 600,00 zł), bowiem zasadny okazał się jeden z czterech podtrzymywanych na rozprawie zarzutów odwołania dotyczący pozycji 53 formularza ofertowego, a pozostałe 3 zarzuty zostały uznane za niezasadne.

Zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone czy też postanowienie o odrzuceniu części odwołania lub o umorzeniu postępowania w części. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach - które jest w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego

orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Przewodniczący:

.....