

**WYROK**

**z dnia 4 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie **3 lipca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **19 czerwca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Siemens Healthcare Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa instalacji i uruchomienie aparatu rezonansu magnetycznego dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej oraz zapewnienie dostępu do aparatu zastępczego* (nr postępowania DPF.271.11.2019.LS)

prowadzonym przez Zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki w Krakowie**

przy udziale wykonawcy: **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**  
– zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów wycofanych na rozprawie.**
- 2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty GE Medical Systems Polska z uwagi na niespełnienie wymagania z pkt 40. załącznika nr 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby wielokanałowa cewka do badania koniczyn dolnych była rozwiązaniem innym niż wyżej wymienione cewki, z uwagi na zaoferowanie w tym punkcie cewki, która została już zaoferowana jako element rozwiązania dla pkt 33.**
- 3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
- 4. Kosztami postępowania obciąża w 2/3 Odwołującego i w 1/3 Zamawiającego:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

- 2)** zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **856 zł 67 gr** (słownie: osiemset pięćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt siedem groszy) stanowiącą  $\frac{2}{3}$  uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw.
- 3)** zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **6200 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą  $\frac{1}{3}$  kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Krakowie**.

## Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Uniwersytecki w Krakowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa instalacji i uruchomienie aparatu rezonansu magnetycznego dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej oraz zapewnienie dostępu do aparatu zastępczego* (nr postępowania DPF.271.11.2019.LS)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 lutego 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S\_030 pod poz. 066651.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 czerwca 2019 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym ww. postępowaniu zawiadomienie o jego rozstrzygnięciu – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „GE”}.

19 czerwca 2019 r. Odwołujący Siemens Healthcare Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Siemens”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty GE.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust 1 oraz art. 89 ust 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty GE (ewentualnie również naruszenie art. 24 ust 1 pkt 17 – przez zaniechanie wykluczenia GE z postępowania).
2. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wadliwy wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania GE zawyżonej liczby punktów w kryterium pn. „Parametry techniczne i eksploatacyjne”.
3. Art. 26 ust 3 w zw. z art. 25 ust 1 pkt 2 – przez uznanie za dopuszczalne dwukrotnego uzupełnienia przez wykonawcę GE dokumentu dla potwierdzenia, że zaoferowany aparat spełnia wymagania Zamawiającego i podjęcie decyzji o wyborze oferty

najkorzystniejszej na tej podstawie, pomimo że uzupełniony dokument wprost nie potwierdzał, że aparat spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie w takiej sytuacji odrzucenia oferty GE.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty GE, ewentualnie wykluczenia GE z postępowania.
3. Powtórzenia czynności oceny ofert w sposób zgodny z treścią uzasadnienia odwołania.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów – pkt 4. uzasadnienia}

Odwołujący zarzucił, że urządzenie zaoferowane przez GE nie spełnia dwóch parametrów granicznych określonych w załączniku nr 1a do SIWZ, co zobowiązywało Zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

{A.} pkt 40. załącznika nr 1a

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności.

W pkt 40. Zamawiający wymagał, aby została zaoferowana cewka lub kombinacja cewek o następujących cechach: do badania kończyn dolnych, wielokanałowa, dedykowane rozwiązanie – z podstawką zmniejszającą nacisk na kończyny dolne, inne niż wyżej wymienione cewki, z przesuwem stołu pacjenta –automatycznym, sterowanym z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przepinania cewek, typu matrycowego (wieloelementowa), posiadająca min. 30 elementów obrazujących, umożliwiającą akwizycje równoległe (typu iPAT, SENSE, ASSET, ARC, SPEEDER lub równoważne, zgodnie z nomenklaturą producenta), zaoferowana cewka powinna zapewnić: minimalne pokrycie 85 cm w osi Z, z przesuwem stołu pacjenta: automatycznym, sterowanym z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta, przekładania lub przepinania cewek.

GE w pkt 40. zaoferowało: *Tak, cewka (PVA) Peripheral Vascular/Lower Extremity Array (z podstawką zmniejszającą nacisk na kończyn dolne), 36 elementów obrazujących, pokrycie w osi z z wynosi 104 cm.*

GE zaoferowało w pkt 33.: *Tak, kombinacja cewek: Anterior Array, (PVA) Peripheral Vascular oraz Posterior Array.*

Cewka (PVA) Peripheral Vascular powtarza się w obu punktach.

Odwołujący zamieścił uwagę, że nazwy: „PVA”, „Peripheral Vascular Array” i „Peripheral Vascular Array/Lower Extremity Array” oznaczają ten sam wyrób.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowana przez GE w pkt 40. kombinacja cewek nie spełnia wymagania Zamawiającego, który nie otrzyma żadnego dodatkowego i specjalnego narzędzia diagnostycznego w postaci cewki innej niż wyżej wymienione.

{B.} pkt 41. załącznika nr 1a

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności.

W pkt 41. Zamawiający wymagał, aby została zaoferowana cewka lub kombinacja cewek o następujących cechach: wielokanałowa, do badania całego ciała: głowa+szyja, cały tułów, kończyny, z przesuwem stołu pacjenta: automatycznym, sterowanym z protokołu badania, bez: repozycjonowania pacjenta, przekładania lub przepinania cewek, typu matrycowego (wieloelementowa), posiadająca min. 90 elementów obrazujących, umożliwiające akwizycje równoległe (typu iPAT, SENSE, ASSET, ARC, SPEEDER lub równoważne, zgodnie z nomenklaturą producenta), zaoferowana cewka lub zestaw cewek powinien zapewnić: minimalne pokrycie 200 cm w osi Z, z przesuwem stołu pacjenta: automatycznym, sterowanym z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta, przekładania lub przepinania cewek,

GE w pkt 41 zaoferowało: *Tak, kombinacja cewek: Posterior Array, Peripheral Vascular, Head&Neck Unit, Anterior Array, 113 elementów obrazujących, pokrycie w osi z wynosi 205 cm”*

Cewka Anterior Array, która spoczywa na tułowiu pacjenta od góry pokrywa 54 cm.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowana przez GE kombinacja cewek nie spełnia wymogu Zamawiającego, który nie otrzyma narzędzia diagnostycznego pozwalającego na badania całego ciała w pożądanym sposób.

Odwołujący wyjaśnił, że aby zbadać cały tułów niezbędna jest kombinacja cewek leżących pod pacjentem i na pacjencie. Przy czym długość tułowia osoby o wzroście 180 cm to około 80 cm. A w przypadku osoby o wzroście odpowiadającym wymaganemu w SIWZ (200 cm) lub zaoferowanemu (205 cm) pokryciu, będzie to już ponad 90 cm. Tymczasem

Cewka Anterior Array, która spoczywa na tułowie pacjenta od góry ma pokrycie zaledwie 54 cm, czyli nie wystarczy do pokrycia obszaru zdefiniowanego jako „cały tułów” bez repozycjonowania pacjenta lub przekładania albo przepinania tej cewki.

Odwołujący dodał, że ani cewki Head&Neck Unit (pokrywającej obszar głowa+szyja) ani też cewki Peripheral Vascular Array (pokrywającej nogi) nie da się w żaden sposób naciągnąć na tułów pacjenta (bez wyrządzania pacjentowi krzywdy albo ograniczenia pokrycia całych kończyn).

{ad pkt 2. listy zarzutów – pkt 5. uzasadnienia}

Odwołujący zarzucił, że urządzenie zaoferowane przez GE w przypadku pięciu ocenianych parametrów otrzymała zawyżoną liczbę punktów w ramach kryterium parametrów technicznych i eksploatacyjnych.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił, że podanie w tych pięciu pkt nieprawdziwych informacji powinno skutkować wykluczeniem GE z postępowania.

{A.} pkt 27. załącznika nr 1a

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności.

W pkt 27. załącznika nr 1a Zamawiający wymagał, aby została zaoferowana cewka lub kombinacja cewek o następujących cechach: wielokanałowa, do badania: głowy, głowy i szyi (w tym do badań angiograficznych), typu matrycowego (wieloelementowa), posiadająca min. 16 elementów obrazujących, umożliwiającą akwizycje równoległe (typu iPAT, SENSE, ARC, ASSET, SPEEDER lub równoważne, zgodnie z nomenklaturą producenta)

Ponadto zaoferowanie największej liczby elementów obrazujących premiowane było przyznaniem 2 punktów. Pozostałe oferty otrzymywały 0 pkt.

W pkt 27. GE zaoferował: *Tak, 21 elementów obrazujących.*

W tym punkcie Zamawiający nie wymagał podania nazwy zaoferowanej cewki lub kombinacji cewek, jednak z lektury dalszej części oferty GE (pkt 34., 35. i 41.) wynika wniosek, że chodzi o cewkę Head&Neck Unit.

W pkt 35. załącznika 1a, w którym mowa o cewce lub kombinacji cewek do badania całego ośrodkowego układu nerwowego (czyli głowa i cały kręgosłup), również zaoferowana została cewka Head&Neck Unit, tym razem w kombinacji z cewką Posterior Array (wg danych technicznych podawanych przez GE dysponuje ona 40 elementami obrazującymi), a taka kombinacja ma łącznie zapewniać 59 elementów obrazujących.

Odwołujący zarzucił, że w rzeczywistości zatem cewka wskazana przez GE w pkt 27. ma tylko 19 elementów obrazujących ( $59 - 40 = 19$ ), a podana przez GE liczba 21 jest niezgodna z prawdą, co powinno skutkować wykluczeniem GE z postępowania na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 17 pzp

W ocenie Odwołującego takie działanie GE nie mogło być nieświadome i miało na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd odnośnie zaoferowanego wyrobu dla uzyskania większej punktacji. Gdyby oceniana była faktyczna wartość 19, oferta GE uzyskałaby 0 pkt, a oferta Siemens, w której wskazano 20, otrzymałaby 2 pkt, czyli odwrotnie niż Zamawiający przyznał punktację.

Odwołujący stwierdził, że powyższe powinno skutkować wykluczeniem GE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp i jednocześnie obniżeniem punktacji.

{C.} pkt 33. załącznika nr 1a

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności.

W pkt 33 załącznika nr 1a Zamawiający oczekiwał, aby została zaoferowana cewka lub kombinacja cewek o następujących cechach: wielokanałowa, do badania całego tułowia (klatka piersiowa, jama brzuszna i miednica), typu matrycowego (wieloelementowa), posiadająca min. 60 elementów obrazujących, umożliwiającą akwizycje równoległe (typu iPAT, SENSE, ASSET, ARC, SPEEDER lub równoważne, zgodnie z nomenklaturą producenta), zaoferowana cewka lub zestaw cewek powinien zapewnić: minimalne pokrycie: w osi X = max FOV, w osi Z = 60 cm, z przesuwem stołu pacjenta: automatycznym, sterowanym z protokołu badania, bez: repozycjonowania pacjenta, przekładania lub przepinania cewek.

Ponadto zaoferowanie wyżej opisanego rozwiązania premiowane było przyznaniem 2 punktów. Niezaoferowanie - 0 pkt.

GE w pkt 33 zaoferowało: *Tak, kombinacja cewek: Anterior Array, (PVA) Peripheral Vascular oraz Posterior Array*

W zaoferowanym przez GE aparacie pod pacjentem leży cewka Posterior Array, natomiast cewki Anterior Array i Peripheral Vascular (PVA) spoczywają na ciele pacjenta.

Z tych dwóch ostatnich cewek tylko Anterior Array służy do badania tułowia, natomiast cewka PVA nie służy do badania tułowia, lecz do badania kończyn dolnych (została też zaoferowana w pkt. 40. jako cewka do badania kończyn dolnych).

Odwołujący zarzucił, że ponieważ Zamawiającemu chodziło o cewki do badania tułowia (rozumianego jako klatkę piersiową, jamę brzuszną i miednicę), cewka PVA nie może być brana pod uwagę, a bez niej kombinacja pozostałych dwóch cewek nie spełnia oczekiwań Zamawiającego pod kątem liczby elementów obrazujących (jest ich 36 zamiast 60) oraz minimalnego pokrycia w osi Z (jest 54 cm zamiast 60 cm).

Niezależnie od tego Odwołujący zarzucił, że takie działanie GE nie mogło być nieświadome i służyło wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, stąd GE powinno zostać wykluczone na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 17 pzp.

{D.} pkt 42. załącznika nr 1a

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności.

W pkt 42. załącznika nr 1a Zamawiający wymagał zestawu cewek do zastosowań uniwersalnych, o następujących cechach: minimum 3 szt., elastyczne, płachtowe, prostokątne, każda w różnym rozmiarze (łącznie 3 cewki), każda posiadająca w badanym obszarze min. 4 elementy obrazujące jednocześnie, każda pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub równoważne, zgodnie z nomenklaturą producenta, cewki inne (tj. nie te same i nie takie same) jak zaoferowane do badań jamy brzusznej.

Dodatkowo Zamawiający premiował fakt zaoferowania większej niż 3 liczby cewek: 2 pkt za zaoferowanie 4 cewek, 4 pkt za zaoferowanie 5 lub więcej cewek.

GE zaoferowało w pkt 42.: *Tak, cewki: GEM Flex Coil,, Large, 16 elementów obrazujących, GEM Flex Coil, Medium, 16 elementów obrazujących, GEM Hex Coil, Small, 16 elementów obrazujących, 4ch Flex Array, Large, 4 elementy obrazujące, 4ch Flex Array, Small, 4 elementy obrazujące.*

Dwie ostatnie spośród wymienionych cewek nie figurują w danych technicznych producenta wśród cewek dostępnych dla zaoferowanego modelu aparatu.

Odwołujący zarzucił, że podana przez GE w ofercie liczba zaoferowanych cewek jest niezgodna z prawdą, gdyż Zamawiający nigdy nie mógłby wykorzystać wszystkich zaoferowanych cewek, w szczególności tych, które nie są wymienione przez producenta jako obsługiwane przez zaoferowany model aparatu.

Według Odwołującego takie działanie musiało być świadome i miało na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd dla uzyskania nienależnej punktacji w ramach kryterium oceny ofert, co powinno skutkować wykluczeniem GE z postępowania na



podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 pzp i jednocześnie obniżeniem punktacji.

{E.} pkt 171. załącznika nr 1a

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności.

W pkt 171. załącznika nr 1a Zamawiający oczekiwał, aby została zaoferowana technika przyspieszająca obrazowanie o następujących cechach: umożliwiająca wysokorozdzielcze obrazowanie wolumetryczne (4D czyli dynamiczne 3D), na bazie akwizycji ograniczonej liczby danych (próbek) oraz odpowiedniej kalkulacji danych koniecznych do utworzenia obrazu (HyperSense, Compressed Sensing lub równoważne, zgodnie z nomenklaturą producenta), możliwe do wykonania na swobodnym oddechu

Zaoferowanie powyżej opisanego rozwiązania premiowane było przyznaniem 3 pkt. punktów. Niezaoferowanie –0 pkt.

W pkt 171. GE zaoferowało rozwiązanie nazwane „HyperSense”.

Według dostępnych publicznie informacji (danych udostępnianych przez producenta zaoferowanego sprzętu) technika HyperSense służy do obrazowania 3D, a nie 4D. Ponadto producent nie podaje żadnej informacji odnośnie możliwości wykonania z jej wykorzystaniem badania na swobodnym oddechu.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie mógłby wykorzystać zaoferowanej techniki w obrazowaniu wolumetrycznym 4D, czyli dynamicznym 3D, a tylko w zwykłym, statycznym badaniu 3D, bez rozwinięcia czasowego i z pominięciem dynamiki. Zatem niemożliwe byłoby również wykorzystanie jej do badania na swobodnym oddechu.

Według Odwołującego powyższe działanie Wykonawcy nie mogło być nieświadome i miało na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd dla uzyskania dodatkowych punktów, co powinno skutkować wykluczeniem GE z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 pzp i jednocześnie obniżeniem punktacji.

{F.} pkt 247. załącznika nr 1a

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności.

W pkt 247. załącznika nr 1a Zamawiający oczekiwał funkcjonalności o następujących cechach: generowanie map ADC o wysokim współczynniku b w oparciu o mapy ADC o niskich współczynnikach b, pozwalające na skrócenie czasu wykonania badania, w szczególności generowanie map współczynniku b-2000 w oparciu o mapy b50, b400,

b1000, możliwość generowania map ADC w dowolnej chwili na etapie oceny badania.

Zaoferowanie wyżej opisanego rozwiązania premiowane było przyznaniem 1 pkt.  
Niezaoferowanie – 0 pkt.

Wymagana funkcjonalność została opisana w sekcji poświęconej oprogramowaniu systemu postprocessingowego, czyli ma być dostępna na konsolach lekarskich i to w dowolnej chwili na etapie oceny badania przez lekarza radiologa opisującego to badanie.

GE zaoferowało rozwiązanie o nazwie „MAGIC DWI”.

Według udostępnianych przez producenta GE informacji MAGIC DWI jest funkcjonalnością realizowaną przez aparat MR na konsoli akwizycyjnej (operatorskiej) – stacji technika obsługującego proces gromadzenia tych danych przez aparat MR.

Zastosowanie funkcjonalności dostępnej na konsoli aparatu: po pierwsze – wymaga zaangażowania konsoli aparatu (która może być wyłączona/niedostępna np. w godzinach wieczornych/nocnych), po drugie – daje możliwość jedynie pojedynczego wykorzystania.

W analogicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego organizowanym przez PSKI w Lublinie wymóg ten nie został potwierdzony przez GE (pkt 229. na str. 23. oferty GE), pomimo oferowania funkcji MAGIC dla aparatu (pkt 64. oferty GE).

Odwołujący zarzucił, że otrzymując funkcjonalność znajdującą się na konsoli aparatu MR, Zamawiający nigdy nie mógłby z niej skorzystać z poziomu konsol lekarskich i oprogramowania systemu postprocessingowego.

Według Odwołującego takie działanie nie mogło być nieświadome i miało na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, aby uzyskać dodatkową punktację, co powinno skutkować wykluczeniem GE na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 pzp z jednoczesnym obniżeniem punktacji.

{ad pkt 1. listy zarzutów – pkt 6. uzasadnienia}

W odwołaniu zrelacjonowano w szczególności następujące okoliczności.

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ – formularza ofertowego Zamawiający wymagał od wykonawców potwierdzenia i akceptacji granicznego terminu realizacji zamówienia: *W zakresie dostawy, instalacji i uruchomienia aparatu rezonansu magnetycznego (1 sztuka) wraz ze szkoleniem personelu – do dnia 30.06.2019 r.*

GE w formularzu ofertowym potwierdziło zobowiązanie do zachowania takiego terminu realizacji zamówienia. Jednocześnie w załączniku nr 1a w poz. GE zadeklarowało w odniesieniu do pkt 320. dotyczącego termin wykonania – czas wyłączenia pracowni z

eksploatacji: *Tak, do 98 dni od podpisania umowy.*

Odwołujący zarzucił, że zaoferowany przez GE termin wykonania zamówienia jest wewnątrznie sprzeczny. Według Odwołującego pierwszeństwo należy przyznać terminowi wpisanemu samodzielnie przez GE, co oznacza brak akceptacji terminu narzuconego przez Zamawiającego, a w konsekwencji niezgodność treści oferty GE z treścią SIWZ, która powinna skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

{ad pkt 3.-4. listy zarzutów – pkt 7. uzasadnienia}

W odwołaniu zrelacjonowano w szczególności następujące okoliczności.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa rezonansu magnetycznego, przy czym zgodnie z brzmieniem pkt 3.5 SIWZ: *Oferowany sprzęt musi być wyrobem medycznym dopuszczonym do obrotu i używania na terenie Polski zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 20.05.2010 r. o wyrobach medycznych.*

Zgodnie z art. 2 pkt 11 tej ustawy przez deklarację zgodności należy rozumieć oświadczenie wytwórcy lub jego przedstawiciela, stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z wymaganiami zasadniczymi.

Zamawiający dla potwierdzenia, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia jego wymagania zażądał w pkt 6.5.1.2. certyfikatu lub deklaracji zgodności CE dla oferowanych urządzeń/wyrobów.

GE zaoferowało aparat GE Medical Systems typ Signa Artist wyprodukowany w 2019 r. w USA, przy czym z pkt 22 załącznika 1a wynika, że chodzi i aparat posiadający maksymalnie 96 rzeczywistych równoległych cyfrowych kanałów odbiorczych z pełną ścieżką cyfrową.

GE również w pkt 5. formularza ofertowego wymagane oświadczenie, że oferowany przez nas sprzęt jest wyrobem medycznym dopuszczonym do obrotu i używania na terenie Polski, zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 20.05.2010 r. roku o wyrobach medycznych. Jednocześnie potwierdzając, że na każdorazowe wezwanie Zamawiającego przedstawi dokumenty dopuszczające do obrotu i używania na terenie Polski.

30 kwietnia 2019 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 1 pzp GE do złożenia m.in. deklaracji zgodności CE, o którym mowa w pkt 6.5.1.2.SIWZ.

Pismem z 7 maja 2019 r. GE złożyło deklarację zgodności CE z 29.12.2018 r., która wymienia i dotyczy wyłącznie aparatów Artist 32ch oraz 128ch.

Zamawiający stwierdził wadliwość tego dokumentu. Jak wynika z „Opinii

do dokumentacji potwierdzającej parametry techniczne urządzenia zaoferowanego przez firmę GE w postępowaniu” z 15.05.2019 fizyk medyczny mgr inż. Ł. B. stwierdził: *Ponieważ wykonawca zaoferował urządzenie o 96 kanałach {,} a w deklaracji zgodności (DOC 1904339 str. 2, tabela 1, wiersze np. 8, 10, 12, 14), gdzie wymienione są dwa typy urządzeń: Artist 32 ch i Artist 128 ch, zamawiający prosi o wyjaśnienie {,} czy wykonawca zaoferował urządzenie bez certyfikatu CE czy urządzenie 128 kanałowe.*

Pismem z 15 maja 2019 r. Zamawiający wezwał GE do wyjaśnienia powyższej wątpliwości.

GE w piśmie z 17 maja 2019 r. wyjaśniło, co następuje:

*(...) W czasie składania oferty oferowany system 1.5T Signa Artist mógł być zaoferowany w jednej z trzech konfiguracji: jako system 32 kanałowy albo 96 kanałowy albo 128 kanałowy. Oznacza to, że system mógł mieć 32 albo 96 albo 128 równoczesnych odbiorników RF (przetworników analogowo-cyfrowych), które są elementami toru odbiorczego systemu RF zaoferowanego aparatu. Firma GE zaoferowała wersję 96 kanałową systemu 1,5T Signa Artist 128.*

*W załączeniu przesyłamy odpowiedni, najnowszy dokument (DOC — Deklaracja Zgodności) wraz z tłumaczeniem, poświadczający istnienie wersji 96 kanałowej aparatu Signa Artist 128.*

Jak zauważył w opinii technicznej dla Zamawiającego fizyk medyczny mgr inż. Ł. B.: *W załączonych dokumentach firma GE potwierdza istnienie urządzenia 96 kanałowego i dołącza najnowsza deklaracje zgodności DOC2252046 w której widnieje urządzenie Sigma Artist 96 ch. W związku z tym, iż na powyższym dokumencie widnieje data 2 maja 2019 wnioskuję o wyjaśnienie wykonawcy {,} czy w dniu składania oferty {,} oferowany aparat posiadał deklarację zgodności.*

Pismem z 20 maja 2019 r. Zamawiający skierował w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2pzp do GE wezwanie o wyjaśnienie powyższej kwestii: czy na dzień składania oferty tj. 11.03.2019 r. zaoferowany przez GE aparat posiadał deklarację zgodności.

W piśmie z 21 maja 2019 r. GE oświadczył, że na dzień składania oferty tj. 11.03.2019 r. zaoferowany aparat Signa Artist posiadał deklarację zgodności. Poza zapewnieniem że wszystkie urządzenia medyczne, jakie GE Medical Systems wprowadza do obrotu, posiadają wymagane przepisami prawa dokumenty, Wykonawca oświadczył, że *Deklaracja Zgodności jest okresowo aktualizowana przez Wytwórcę*. Jednocześnie na potwierdzenie tego złożył deklarację zgodności z 11.07.2017 r., poprzedzającą najnowszą wersję z 02.05.2019 r.

Odwołujący w podsumowaniu zarzucił, że zaoferowane przez GE urządzenie nie posiadało aktualnej na dzień składania ofert w postępowaniu deklaracji zgodności, co winno skutkować odrzuceniem oferty GE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż:

1. Pierwotnie złożona deklaracja zgodności z grudnia 2018 r. nie dotyczy oferowanego aparatu.
2. Wykonawca przy wyjaśnieniu uzupełnia samodzielnie deklarację na rzekomo prawidłową dla zaoferowanego urządzenia, która jednak wystawiona jest prawie 2 miesiące po terminie składania ofert, stąd nie potwierdza, że zaoferowane urządzenie taką deklaracją dysponowało do upływu tego terminu. Po drugie, wskazuje, że oferowane urządzenie to 96/128ch.
3. Na kolejne wezwanie Zamawiającego przedkłada kolejną deklarację, tym razem z lipca 2017r, co oznacza uzupełnienie dokumentu po raz drugi, a dodatkowo wskazuje na urządzenie 96 ch, a oferowany aparat to wg poprzednich wyjaśnień 96/128 ch. Niezależnie od tego deklaracja z lipca 2017 r. została zastąpiona przez pierwotnie złożoną z grudnia 2018 r., która nie zawiera urządzenia 96ch ani 96/128ch.

Odwołujący zarzucił również, że w postępowaniu doszło do naruszenia art.26 ust. 3 pzp, polegającym na nieuprawnionym dwukrotnym uzupełnieniu przez GE deklaracji zgodności. W ocenie Odwołującego samodzielne uzupełnienie deklaracji pismem z 17.05.2019 r. zakończyło dopuszczalną procedurę uzupełnienia dokumentów. Tym samym ew. kolejne uzupełnienia, czy to samodzielne, czy też z inicjatywy Zamawiającego, są bezskuteczne i stanowią naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych.

W odpowiedzi na odwołanie z 2 lipca 2019 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 1. listy zarzutów i pkt 4. uzasadnienia odwołania}

Według Zamawiającego oferta GE spełnia wymagania SIWZ, a wszystkie parametry urządzenia wymagane w SIWZ zostały potwierdzone przez GE materiałami firmowymi, dokumentacją techniczną oraz oświadczeniami.

{ad pkt 1. listy zarzutów i pkt 6. uzasadnienia odwołania}

Dla Zamawiającego nie ulegało wątpliwości, że termin wykonania umowy określony w SIWZ (do 30 czerwca 2019 r.) jest w pełni zaakceptowany przez GE, a informacja

o przewidywanym czasie wyłączenia pracowni z eksploatacji nie może stać w sprzeczności z tym podstawowym zobowiązaniem Wykonawcy.

{ad pkt 3.-4. listy zarzutów i pkt 7. uzasadnienia odwołania}

Zamawiający stanął na stanowisku, że wykonawca może samodzielnie uzupełnić dokumenty przedmiotowe (tak: KIO 1551/10, KIO 1009/15, KIO 2746/15). Zamawiający zauważył, że jak wynika z treści odwołania, takie samo stanowisko prezentuje Odwołujący.

Według Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu miało to miejsce w odpowiedzi na jego wezwanie z 15 maja 2019 r. do wyjaśnień złożonej oferty, kiedy oprócz ich złożenia GE przestało również dokument potwierdzający wymagania stawiane urządzeniu przez SIWZ, realizując pośrednio tryb określony w art. 26 ust. 3 pzp.

Zamawiający zauważył, że według art. 26 ust. 1 pzp uzupełniony dokument powinien być aktualny na dzień jego złożenia.

Według Zamawiającego złożony dokument potwierdzał, że stanowiące ofertę urządzenie jest wyrobem medycznym i posiada deklarację zgodności CE, jednak w celu przecięcia wszelkich wątpliwości wystosował do GE wezwanie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp, czy zaoferowane urządzenie na dzień składania ofert (11 marca 2019 r.) posiadało deklarację zgodności CE. Według Zamawiającego nie miał podstaw do odrzucenia oferty GE za brak wykazania, że zaoferowane urządzenie jest wyrobem medycznym, gdyż złożone wyjaśnienia potwierdziły, że posiada ono stosowną deklarację.

21 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w stosownej formie pisemnej zgłoszenie przez GE przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

W piśmie z 2 lipca 2019 r. Przystępujący w szczególności w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko.

{ad pkt 1. listy zarzutów i pkt 4. uzasadnienia odwołania}

{ad A.} pkt 40 załącznika nr 1a

Według Przystępującego Odwołujący błędnie przyjmuje, że określenie „inne cewki” należy kojarzyć z cewkami opisanymi w pkt 33., który dotyczy cewek do badania całego tułowia (klatka piersiowa, jama brzuszna i miednica). Natomiast cewki do badania kończyn dolnych znajdują się w pkt 38.-40. W związku z tym zastrzeżenie zawarte w pkt 40. należy odnosić do pkt. 38 i 39, aby nie dublować rozwiązań i nie oferować jednej cewki na potrzeby badania okolicy kostki, kolana i całych kończyn dolnych.

Ponadto Zamawiający mówiąc o „dedykowanym rozwiązaniu (...) innym niż ww. cewki” odnosi się do cewek także opisanych jako dedykowane rozwiązanie do badań elementów w rejonie kończyn dolnych. Cewka Peripheral Vascular/Lower Extremity Array (PVA) jest właśnie dedykowanym rozwiązaniem do badania kończyn dolnych.

{ad B.} pkt 41 załącznika nr 1a

Zdaniem Przystępującego Odwołujący błędnie interpretuje SIWZ, a zarazem wykazuje się nieznanomością właściwości cewek oferowanych przez GE.

Zamawiający postawił ogólny wymóg funkcjonalny, aby zaoferować kombinację cewek do badania całego ciała (głowa + szyja, cały tułów, kończyny). Zamawiający nigdzie nie zastrzegł, bo byłoby to ograniczeniem konkurencji i zawężeniem technologicznych rozwiązań, sposobu pokrycia ciała pacjenta przez cewki. Zaznaczył jedynie, aby nie było konieczności przekładania lub przepinania cewek. Ich kombinacja mogła być natomiast dowolna (zarówno jeśli chodzi o ilość, jak i ułożenie).

W systemach GE cewka Head&Neck obejmuje część barków (zachodzi mniej więcej na pas obojczykowy), a PVA – kawałek tułowia w okolicy miednicy. Nie ma więc potrzeby „naciągania” cewek na tułów pacjenta, jak to fantazyjnie opisuje Odwołujący. Nie ma również żadnej luki pomiędzy poszczególnymi cewkami. Można wykonać badanie całego ciała, bez przekładania lub przepinania cewek.

{ad pkt 2. listy zarzutów i pkt 5. uzasadnienia odwołania}

{ad A.} pkt 27. załącznika nr 1a

Według Przystępującego zarzut opiera się na nieadekwatnym działaniu

matematycznym, a nie wiedzy produkcie GE. Przystępujący wskazał, że cewka Head&Neck posiada 21 elementów obrazujących, co potwierdzają oficjalne materiały złożone na wezwanie Zamawiającego: folder „Signa Artist 1.5T Informacje dodatkowe”.

*5. Zestaw cewek Head&Neck Unit, Anterior Array i Posterior Array umożliwia badania angiograficzne głowy i szyi, posiada 28 elementów obrazujących jednocześnie w maksymalnym FOV i jest kompatybilny z akwizycjami równoległymi. Sama cewka Head&Neck Unit posiada 21 elementów obrazujących.*

*6. Zestaw cewek Anterior Array i Posterior Array umożliwia badania tułowia (klatka piersiowa, jama brzuszna i miednica), posiada 36 elementów obrazujących.*

Przystępujący dodał, że podanie przez niego w pkt 35. 59 elementów obrazujących cewek Head&Neck Unit oraz Posterior Array wcale nie oznacza, że jest to suma elementów dostępnych w tych cewkach, gdyż wpisał tylko tyle elementów, ile jest realnie używanych przy obrazowaniu ośrodkowego układu nerwowego (głowa +cały kręgosłup), do którego referuje pkt 35.

{ad C.} pkt 33. załącznika nr 1a

Według Przystępującego zarzut Odwołującego jest nieuzasadniony, gdyż cewka PVA obejmuje także część tułowia (okolice miednicy) i właśnie dlatego została uwzględniona w pkt 33.

Przystępujący podkreślił, że Zamawiający nie wymagał dedykowanego rozwiązania do badania całego tułowia, dopuszczając kombinację różnych cewek, byleby możliwe było wykonanie badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przepinania cewek.

{ad D} pkt 171. i 247. załącznika nr 1a

Przystępujący oświadczył, że nie polega na prawdzie twierdzenie, jakoby cewki 4ch Flex Array Large, Small były niedostępne dla zaoferowanego aparatu, a materiał złożony na wezwanie Zamawiającego: folder „Signa Artist 1.5T Informacje dodatkowe”, dowodzi okoliczności przeciwnych: *12. Cewki elastyczne 4ch Flex Array (posiadająca 4 elementy obrazujące) oraz 4ch Flex Array Small (posiadająca 4 elementy obrazujące są kompatybilne z są kompatybilne z akwizycjami równoległymi np. ASSET, ARC*

{ad E. i F.} pkt 171. i pkt 247 załącznika nr 1a

Przystępujący podniósł, że zarówno w przypadku rozwiązania HyperSense, jak i Magic DWI Odwołujący nie ma pełnej wiedzy na temat właściwości tych opcji. Materiał



złożony Zamawiającemu za pismem z 10.06.2019 r. potwierdza, że:

*W zakresie aplikacji klinicznych:*

*1. System posiada funkcjonalność niezależnie od jego konfiguracji i wyboru dostępnych opcji):*

*a. HyperSense – technika umożliwiająca wysokorozdzielcze obrazowanie wolumetryczne (4D czyli dynamiczne 3D) na bazi akwizycji ograniczonej liczby danych (próbek) oraz odpowiedniej kalkulacji danych koniecznych do utworzenia obrazu. Możliwe do wykonania na swobodnym oddechu.*

*b MAGIC DWI – Specjalna aplikacja pozwalająca na kalkulację obrazów DWI (map ADC) zależnych o wartości współczynnika b z zakresu 100 - 2500 s/mm<sup>2</sup> na podstawie akwizycji DWI o niskich współczynnikach b. Aplikacja umożliwia uzyskanie syntetycznych obrazów o różnych wartościach współczynnika b i wyświetlania ich na dowolnej liczbie konsoli postprocessingowych (lekarskich), w dowolnej chwili na etapie oceny badania.*

{ad pkt 1. listy zarzutów i pkt 6. uzasadnienia odwołania}

Według Przystępującego sposób wypełnienia poz. 320 zał. nr 1a nie zwalnia z zobowiązań wynikających z oferty, także w odniesieniu do zadeklarowanego tam terminu dostawy, instalacji i uruchomienia aparatu rezonansu magnetycznego wraz ze szkoleniem personelu.

Jedyna możliwość uzupełnienia tego punktu formularza (czego Odwołujący notabene zaniechał) polegała na przyjęciu jakiejś hipotetycznej daty zawarcia umowy i odniesienia jej do terminu końcowego określonego na 30.06.2019 r. Oczywiście tak przyjęty okres nie mógł być pewny, gdyż wykonawcy nie mieli wpływu na to, kiedy zostanie rozstrzygnięte postępowanie. Jak widać, nie doszło do tego nawet pomimo upływu ww. terminu (co rodzi konieczność określenia go na nowo przed zawarciem umowy). Dlatego Przystępujący posłużył się zwrotem „do 98 dni”, mając świadomość, że ten okres może być krótszy, w zależności od okoliczności, które wynikną w toku postępowania. Tym niemniej aktualnie pozostaje to bez znaczenia, w obliczu konieczności przedłużenia terminu. Przy czym jego określenie jest o tyle łatwe, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (por. str. 14 odwołania) wskazał założenia dotyczące terminu realizacji, uznając że powinien wynosić ok. 112 dni (okres między 10.03-30.06.2019 r.), tj. więcej niż hipotetycznie przyjął Przystępujący w pkt 320 zał. nr 1a.

{ad pkt 3.-4. listy zarzutów i pkt 7. uzasadnienia odwołania}

Zdaniem Przystępującego twierdzenia, że deklaracja zgodności z 2 maja 2019 r. jest nieadekwatna jest nieuzasadnione. Nie dyskwalifikuje jej termin wystawienia, gdyż dokumenty składane w trybie procedury odwróconej mogą być opatrzone datą późniejszą względem terminu składania ofert, skoro mają być aktualne.

Według Przystępującego gdyby Odwołujący wykazał, że na dzień składania ofert aparat Signa Artist nie posiadał deklaracji lub nie był dopuszczony do obrotu, wtedy zarzut byłby trafny. Siemens nie jest w stanie tego wykazać, gdyż wszystkie deklaracje potwierdzają, że wyrób jest dopuszczony do obrotu i używania. Ten stan obowiązuje co najmniej od 31.07.2017 r. kiedy GE na bazie deklaracji z 11 lipca 2017 r. złożył do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych powiadomienie dotyczące rezonansu Signa Artist.

Niezależnie od tego Przystępujący wskazał, że Odwołujący, a wcześniej Zamawiający, nie dostrzegli, że wszystkie deklaracje przedstawione w postępowaniu dotyczą zaoferowanego rezonansu Signa Artist, błędnie przy tym zakładając, że kluczowe znaczenie ma każdorazowo załącznik do deklaracji i tabela z opisem głównych komponentów. Deklaracja zaświadcza zgodność z dyrektywami każdego wyrobu medycznego Signa Artist, który występuje w wielu wariantach i konfiguracjach. Przy czym jest dostępny w dwóch głównych architekturach: 1.5T Artist 32ch System oraz 1.5T Artist 128ch System. Ten drugi zaś występuje w wersji pełnej, 128-kanalowej lub 96-kanalowej, a od niedawna także w wariantcie 64-kanalowym. W związku z tym od 2018 r. kolejne deklaracje zasadniczo nie specyfikowały indywidualnie wersji 96-kanalowej czy 64-kanalowej, gdyż stanowią one niejako uboższą wersję aparatu 128-kanalowego. Dlatego deklaracja z 2 maja 2019 r. wskazuje na wyrób Signa Artist 96/128 kanałowy z oprogramowaniem DV26 oraz 64/96/128 kanałowy z oprogramowaniem DV 27.1, łącząc każdorazowo te warianty z systemem Artist 128-kanalowym.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty GE zostało złożone z przekroczeniem zawitego terminu na jego wniesienie, gdyż Odwołujący powinien był i mógł podnieść te zarzuty już wtedy, gdy jego

oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Zdaniem składu orzekającego Izby wykonawca, którego oferta została wybrana nie musi skarżyć zaniechania odrzucenia oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu. Nie do zaakceptowania jest taka interpretacja przepisów ustawy pzp, że potencjalnie wybrany wykonawca, aby zabezpieczyć wybór swojej oferty, musi dodatkowo ponieść koszty przegranego postępowania odwoławczego przeciwko wykonawcy sklasyfikowanemu na drugim miejscu. Z uwagi na to, że odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli naruszenie przepisów ustawy pzp miało wpływ na wynik postępowania, niezależnie od zasadności zarzutów odwołania wniesionego przez takiego wykonawcę podlega ono oddaleniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska, z tym że Odwołujący wycofał zarzuty dot. pkt 41. i pkt 33. załącznika nr 1 do SIWZ oraz zarzut dot. terminu realizacji zamówienia.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Ponieważ zgodnie z art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, wykonawca tym bardziej może wycofać niektóre zarzuty, a Izba umorzyć postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Z uwagi na wycofania przez Odwołującego zarzutów dot. pkt 41. i pkt 33. załącznika nr 1 do SIWZ oraz zarzutu dotyczącego terminu realizacji zamówienia, Izba orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

{ad pkt 1. listy zarzutów – pkt 4. uzasadnienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie przywołano okoliczności faktyczne dotyczące parametrów wymaganych w pkt 40. załącznika nr 1a do s.i.w.z. i treści oferty GE w tym pkt w kontekście pkt 33.

Kluczowe znaczenie ma tu okoliczność, że w tym pkt wymagane było zaoferowanie cewki lub kombinacji cewek przeznaczonych {tzw. „dedykowanych”} do badań koniczyn dolnych, innych niż wyżej wymienione cewki. Tymczasem GE zaoferowało w tym pkt cewkę Peripheral Vascular (PVA), którą zaoferowało już powyżej jako element kombinacji trzech cewek do badania całego tułowia.

Izba dodatkowo ustaliła odnośnie treści załącznika nr 1a do s.i.w.z., że:

- opis wymaganych i pożądaných parametrów cewek został zawarty w kolejnych pkt od 30. do 44. w wyodrębnionej części tabeli z nagłówkiem „Cewki”;
- pkt 39., który bezpośrednio poprzedza pkt 40., dotyczy cewki przeznaczonej {tzw. „dedykowanej”} do badania okolic kolana;
- pkt 40. dotyczy cewki płachtowej (elastycznej lub sztywnej) do badania okolicy kostki, ale bez wskazania, że ma być do tego „dedykowana”;
- w pkt 42. dotyczącym cewek do zastosowań uniwersalnych wprost wskazano, że mają to być cewki inne (tj. nie te same i nie takie same) niż zaoferowane do badań jamy brzusznej, co wprost odsyła tylko do pkt 30. i 33., w których mowa jest m.in. o jamie brzusznej.

Powyższe prowadzi do jednoznacznego ustalenia, że w pkt 40. wymagane było zaoferowanie cewki lub kombinacji cewek przeznaczonych do badań koniczyn dolnych, które będą inne niż jakakolwiek z cewek wymienionych powyżej, czyli w pkt od 30. do 39., a nie tylko inna niż cewka z poprzedzającego pkt 39., która z kolei jest przeznaczona do badania okolic kolana, czy poprzedzającego ten ostatni pkt 38.

Wbrew odmiennemu zapatrywaniu Przystępującego w tych okolicznościach naturalne rozumienie sformułowania „inne niż ww. cewki” jest takie, że odsyła ono do wszystkich powyżej wymienionych cewek (z których jedne są „dedykowane”, a inne „nie”), a nie tylko do cewek wymienionych w dwóch poprzednich pkt.

Takie rozumienie potwierdził również Zamawiający na rozprawie.

Jednakże Izba stwierdziła, że jeżeli intencją Zamawiającego było dopuszczenie, aby w pkt 40. dopuścić zaoferowanie cewki tego samego typu, co wskazana powyżej, np. w pkt 33., ale innego egzemplarza (dodatkowej szt.), nie udało mu się tego wyrazić. Potwierdza to stanowisko Przystępującego GE, który potwierdził na rozprawie, że tak tego nie zrozumiał. Przede wszystkim cały opis przedmiotu zamówienia w zakresie cewek został sporządzony w postaci tabelarycznego zestawienia odrębnych rodzajów cewek (lub ich kombinacji) przeznaczonych do badania różnych obszarów ciała, a nie jako zestawienie wymaganej liczby sztuk cewek.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zarzut jest zasadny z następujących powodów.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym

(art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, typu lub modelu oferowanego urządzenia i jego elementów składowych, jak w tym postępowaniu).

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również jednoznaczne uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją (zwykle opisem przedmiotu zamówienia) zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W tym przypadku GE na własne ryzyko, bez zwrócenia się do Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert o dopuszczenie takiej możliwości, błędnie uznało, że może

zaoferować w pkt 40. tę samą cewkę, którą wskazało powyżej w pkt 33. W konsekwencji doszło do niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. (opisu przedmiotu zamówienia), której nie można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

{ad pkt 2. listy zarzutów i pkt 5. uzasadnienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie przywołano okoliczności faktyczne dotyczące określenia parametrów pożądaných oraz przysługującej za nie punktacji w pkt 27., 42., 171. 247. załącznika nr 1a do s.i.w.z. i treści oferty GE w zakresie tych pkt, więc nie wymaga to powtórzenia w stosunku do zrelacjonowanej powyżej treści odwołania w odniesieniu do tych okoliczności faktycznych.

Zamawiający w SIWZ rozróżnił treść oferty, zawartą w kolumnie załącznika nr 1 do s.i.w.z. przeznaczonej na podanie parametrów oferowanych przez wykonawcę, od dokumentów potwierdzających zgodność oferowanego przedmiotu świadczenia z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia zawartego w kolumnie drugiej załącznika nr 1 do s.i.w.z.

W szczególności Zamawiający zażądał w pkt 6.5.1.1. s.i.w.z. na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają jego wymaganiom, aby złożyć mu.: *Materiały firmowe – np. foldery, katalogi, karty charakterystyki, instrukcja lub wyciąg z instrukcji, dokumentacja techniczna, świadectwa rejestracji, oświadczenia producenta – potwierdzające, że oferowane urządzenia/sprzęt są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry. Zamawiający prosi o zaznaczenie w złożonych materiałach firmowych zapisów potwierdzających spełnianie wymaganych parametrów, z dopisaniem punktu z załącznika nr1a do specyfikacji, w którym został opisany potwierdzony parametr.*

Z przywołanego postanowienia nie wynika, że owe materiały firmowe mają być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji producenta czy też jego przedstawiciela.

Pismem z 30 kwietnia 2019 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 1 pzp GE

do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania, że oferowane dostawy odpowiadają jego wymaganiom, w tym dokumentów z przywołanego powyżej pkt 6.5.1.1. s.i.w.z.

W zakreślonym przez Zamawiającego terminie GE przesłał wraz z pismem z 7 maja 2019 r. materiały firmowe, w których potwierdził spełnianie parametrów zadeklarowanych m.in. w pkt 27. i 42. złożonego w ofercie załącznika nr 1a do s.i.w.z.

Pismem z 7 czerwca 2019 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 1 pzp GE do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 6.5.1.1. s.i.w.z. w zakresie potwierdzenia spełniania parametrów zadeklarowanych w pkt 33., 171. i 247. złożonego przez GE w ofercie załącznika nr 1a do s.i.w.z.

Zamawiający w szczególności stwierdził, że nie znajduje takiego potwierdzenia w materiałach firmowych przesłanych na poprzednie wezwanie w odniesieniu do:

- pkt 171., gdyż brak jest wskazania, że oferowana technika jest możliwa do wykorzystania w obrazowaniu wolumetrycznym 4D oraz w badaniu na swobodnym oddechu;
- pkt 247., gdyż brak jest wskazania, z których konsol zaoferowana funkcja Magic DWI jest realizowana.

W zakreślonym przez Zamawiającego terminie GE przesłał wraz z pismem z 10 czerwca 2019 r. materiały firmowe potwierdzające spełnianie tych parametrów.

Przystępujący złożył na rozprawie upoważnienie z 19 września 2008 r., w którym GE Mediacal Systems, LLC z siedzibą w Waukesha (Wisconsin, USA) upoważnia GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, poczynawszy od 2 kwietnia 2008 r., m.in. do składania oświadczeń w imieniu producenta w zakresie parametrów technicznych urządzeń oferowanych przez tę ostatnią spółkę

Odwołujący złożył z kolei pełnomocnictwo z 6 lutego 2019 r. ważne do 31 grudnia 2019 r., w którym GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie upoważnił pracownika, panią M. D., do dokonywania samodzielnie w imieniu i na rzecz Spółki m.in. podpisywania, parafowania, potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów, składania wszelkich oświadczeń, zaświadczeń dotyczących postępowań prowadzonych w trybie pzp oraz podpisywania i składania ofert.

Zamawiający ocenił ofertę GE w kryterium dotyczącym parametrów technicznych i eksploatacyjnych, o którym mowa w pkt 13.1. s.i.w.z., zgodnie z zawartym tam opisem sposobu oceny, na podstawie treści tej oferty, potwierdzonej złożonymi i uzupełnionymi na wezwanie Zamawiającego materiałami firmowymi.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:



Zarzuty są niezasadne z następujących powodów.

Art. 91 ust. 1 pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym zgodnie z art. 91 ust. 2 pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności, jak wskazano w pkt 1, jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Zamawiający dokonał oceny oferty GE w kryterium parametrów technicznych i eksploatacyjnych adekwatnie do jej treści w zakresie pkt załącznika nr 1a do s.i.w.z. objętych zarzutami odwołania.

Natomiast zarzuty zawarte w odwołaniu sprowadzają się do twierdzenia, że GE podało w tych pkt załącznika nr1a do s.i.w.z. nieprawdziwe informacje dla uzyskania wyższej punktacji, wprowadzając tym samym w błąd Zamawiającego, który na tej podstawie przyznał ofercie GE punkty za parametry, których w rzeczywistości zaoferowane urządzenie nie posiada.

Zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio m.in. w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 §

1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

W przeciwieństwie do hipotezy dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obecnie obowiązujący art. 24 ust. 1 pkt 17 nie obejmuje przesłanki rzeczywistego wpływu złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych, czyli wprowadzających w błąd informacji na wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego. W przypadku sytuacji uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wystarczające jest stwierdzenie, że wprowadzające w błąd informacje zaliczają się do kategorii takich, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Niewątpliwie informacje podawane na potrzeby ustalenia punktacji w ramach kryteriów oceny ofert należy zaliczyć do tej kategorii. Odwołanie jest oczywiście bezzasadne i bezprzedmiotowe, gdyż zawarta w nim ocena prawna odnosi się do błędnie ustalonego stanu faktycznego – z pominięciem powyżej wskazanych okoliczności faktycznych, które czynią ją całkowicie nieadekwatną. Skoro wbrew temu, co wydawało się Odwołującemu, oferta złożona przez Trans-Kop zawierała określenie terminu płatności wynagrodzenia, bezprzedmiotowe są wywody prawne odwołania, że oferta ta podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei art. 180 ust. 3 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stąd, jak trafnie ujął to Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt KIO XII Ga 92/12), stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Takie rozumienie tego przepisu jest powszechne zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Innymi słowy niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

O ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy odróżnić zatem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Ma to takie znaczenie, że terminy na wniesienie odwołania zawierającego zarzuty w powyżej przedstawionym rozumieniu uregulowane w art. 182 ust. 1 i 3 pzp mają charakter zawity, liczony od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia albo od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W tej sprawie Odwołujący pominął zupełnie w odwołaniu przywołane powyżej okoliczności związane ze złożeniem przez GE dokumentów na potwierdzenie spełniania parametrów zadeklarowanych w złożonym w ofercie wypełnionym załączniku nr 1a do s.i.w.z. Uzasadnienie odwołania zawiera jedynie obszerny passus {w większości pominięty powyżej przy relacjonowaniu stanowiska Odwołującego jako niezwiązany bezpośrednio z dalszymi zarzutami} odnośnie postanowień s.i.w.z. dotyczących dokumentów zażądanych na zasadzie art. 25 ust.1 pkt 2 pzp przez Zamawiającego.

W konsekwencji należy uznać, że odwołanie nie zawiera zarzutów zarówno co do formy, jak i treści dokumentów złożonych przez GE w ramach tzw. materiałów firmowych na wezwanie Zamawiającego. Z tego względu zakwestionowanie dopiero na rozprawie tych materiałów firmowych należy uznać za bezskuteczne, gdyż dokonane z przekroczeniem zawitego terminu na odwołanie się od czynności Zamawiającego, jaką w tym przypadku było uznanie, że GE złożyło materiały firmowe w rozumieniu pkt 6.5.1.1. s.i.w.z., które potwierdzają treść oferty również w zakresie parametrów podlegających ocenie w ramach kryterium jakościowego. Jednocześnie taktyka przyjęta przez Odwołującego na rozprawie stanowiła niedopuszczalne rozszerzenie granic sporu. Jeżeli Odwołujący chciał zakwestionować prawidłowość tej czynności Zamawiającego mógł i powinien uczynić to do upływu zawitego terminu na wniesienie odwołania.

Z uwagi na powyższe nie ma potrzeby odrębnego odnoszenia się do poszczególnych zarzutów i wystarczające jest stwierdzenie, że Odwołującemu, na którym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, nie udało się podważyć, że GE podało parametry oferowanego urządzenia zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy.

W konsekwencji zarzuty zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia GE na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp należy uznać za oczywiście bezzasadne.

Na marginesie Izba zauważa, że zgłoszonym przez Odwołującego na rozprawie dowodom w postaci, według terminologii s.i.w.z., materiałów firmowych, o innej treści niż materiały firmowe złożone przez GE w tym postępowaniu, nie przysługuje żaden szczególny walor dowodowy. Powszechnie wiadomo bowiem, że materiały umieszczone przez producenta urządzenia na jego stronach internetowych, mogą być nieaktualne lub niepełne. Bez znaczenia jest również, co GE deklarowało w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, gdyż bezpośrednio jest to tylko dowód na to, że złożyło w nich ofertę o innej treści, co może być podyktowane różnymi powodami np. zmianą sytuacji, pomyłką itd.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 3 sentencji.

{ad pkt 3.-4. listy zarzutów i pkt 7. uzasadnienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie przywołano okoliczności faktyczne dotyczące treści s.i.w.z. oraz przebiegu badania, czy GE dysponuje deklaracją zgodności dla oferowanego rezonansu magnetycznego, więc nie wymagają one powtórzenia, skoro zostały już przedstawione powyżej przy relacjonowaniu treści odwołania.

Uzupełniając dodać należy, że Przystępujący złożył na rozprawie oświadczenie GE Medical Systems, LLC z siedzibą w Waukesha (Wisconsin, USA), jako wytwórcy wyrobu medycznego Signa Artist, że wersja Signa Artist 96-kanalowa, 1,5 T jest objęta deklaracją zgodności z 29 grudnia 2018 r. (DOC1904339) oraz deklaracją zgodności z 2 maja 2019 r. (DOC2252046). Aparaty rezonansu Signa Artist są dostępne w konfiguracjach 32-, 64-, 96- i 128-kanalowej. Deklaracja obejmująca Signa Artist zawiera wszystkie te konfiguracje, łącznie z wersją 96-kanalową.

Biorąc pod uwagę, że oświadczenie to pochodzi od amerykańskiej spółki GE jako producenta urządzenia oferowanego przez polską spółkę GE, Izba nie znalazła podstaw, aby kwestionować zawarte w nim twierdzenia.

Zamawiający wyjaśnił również, że w ramach dokumentów potwierdzających pierwotnie złożonych przez GE znajduje się wpis do rejestru wyrobów medycznych z datą 25.07.2017 r., co nie zostało zakwestionowane przez stronę przeciwną.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty są niezasadne z następujących powodów.

W uzupełnieniu przedstawionego powyżej przy okazji uwzględnionego zarzutu wyводу co do zakresu zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w kontekście aktualnie rozpoznawanego zarzutu, zauważyć należy, że W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

Na marginesie należy jednak zauważyć, że w pkt 6.5.1.1. s.i.w.z. Zamawiający wprost dopuścił jako tzw. materiały firmowe dokumenty pochodzące wprost od wykonawcy lub od podmiotu bezpośrednio z nim powiązanego, czyli producenta oferowanego wyrobu medycznego.

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie. Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli nie prowadzi

to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, ale na późniejszym etapie, prowadziłoby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

Izba zważyła, że wbrew zarzutom zawartym w odwołaniu w okolicznościach faktycznych tej sprawy nie doszło do naruszenia ani art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, ani art. 26 ust.3 pzp.

Izba podzieliła w pełni stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że deklaracja zgodności z 2 maja 2019 r jest dokumentem prawidłowym, gdyż jest to aktualny dla oferowanego wyrobu medycznego dokument potwierdzający spełnianie przez to urządzenie zasadniczych wymagań. Jak wynika z odwołania, sam Odwołujący dopuszcza możliwość skonsumowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp przez uzupełnienie dokumentu przez wykonawcę bez odrębnego wezwania w tym zakresie.

Wbrew odmiennemu stanowisku Odwołującego z przepisów pzp nie wynika obowiązek złożenia deklaracji zgodności obowiązującej od upływu terminu składania ofert do wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie ma zatem podstaw do odrzucenia oferty GE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp za niezłożenie dokumentu na potwierdzenie wymagania Zamawiającego. Tym niemniej Przystępujący na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 pzp wyjaśnił, że na upływ terminu składania ofert oferowane urządzenie objęte było poprzednią deklaracją zgodności, co udowodnił załączając taki dokument.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 3 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponieważ odwołanie okazało się zasadne w 1/3, zgodnie z takim wynikiem postępowania odwoławczego strony zostały obciążone jego kosztami. Stąd od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę odpowiadającą 1/3 uiszczanego wpisu od odwołania oraz jego uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzonych rachunkiem złożonym do zamknięcia rozprawy. Z kolei

od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zasądzono kwotę odpowiadającą 1/3 jego uzasadnionych kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie Izby i kosztem opłat skarbowych od pełnomocnictw.

**Przewodniczący:** .....