

Sygn. akt: KIO 2320/19

WYROK
z dnia 2 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Edyta Koral

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie**,

przy udziale wykonawcy **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2320/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Klinicznemu Szpitalowi Wojewódzkiemu nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego – **Klinicznego Szpitala Wojewódzkiego nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie** na rzecz Odwołującego – **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie:

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup, dostawę, montaż i uruchomienie angiografu z mobilną ochroną radiologiczną* (znak postępowania: Zp250/061/2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 146-359166.

W dniu 15 listopada 2019 r. wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Siemens”] pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania przez zaoferowane urządzenie parametru określonego w pkt 2a tabeli oceny punktowej znajdującej się w załączniku nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Zestawienie parametrów technicznych w celu uzyskania wyższej pozycji w rankingu ofert;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Siemens mimo braku podania nazwy oferowanego rozwiązania z pkt 2a Tabeli;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty Siemens i w konsekwencji przyznanie Siemens zawyżonej liczby punktów w zakresie kryterium oceny ofert „warunki techniczne”, tj. poprzez bezpodstawne przyznanie Wykonawcy punktów za parametr określony w pkt 2a Tabeli.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

1. unieważnienia wyboru oferty Siemens;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenia Siemens z postępowania względnie odrzucenia jego oferty ewentualnie przyznania ofercie Siemens w zakresie kryterium oceny ofert „warunki techniczne” mniejszej liczby punktów, tj. bez uwzględnienia punktów przyznawanych w razie zaoferowania parametru określonego w pkt. 2a Tabeli.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż przyznawanie punktacji w ramach kryterium warunki techniczne dokonane zostało na podstawie podanych przez wykonawców

parametrów technicznych zamieszczonych w Tabeli. Dokument ten, zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego, zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (wraz z załącznikiem nr 5a do SIWZ) oraz stanowi obligatoryjny załącznik do ofert składanych przez wykonawców. W ramach Tabeli Zamawiający wymagał od wykonawców wskazania pełnej nazwy oferowanego Urządzenia, jego producenta, kraju i roku produkcji. W Tabeli Zamawiający żądał jednocześnie potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków granicznych, a także wskazał parametry, których spełnianie przez zaoferowane Urządzenie będzie dodatkowo punktowane.

Odwołujący wskazał, iż w Tabeli złożonej przez Siemens jako zaoferowane Urządzenie wskazano Artis Q wyprodukowane przez Siemens Healthcare GmbH. Siemens potwierdził w Tabeli, iż zaoferowane przez niego Urządzenie spełnia parametr (warunek graniczny) określony w pkt 2 Tabeli.

Jednocześnie Siemens potwierdził parametr określony w pkt 2a Tabeli, którego spełnienie było dodatkowo punktowane w ramach kryterium warunki techniczne.

Odwołujący podniósł, iż Siemens nie podał przy tym nazwy systemu spełniającego parametr z pkt 2a pomimo wyraźnego wymagania Zamawiającego w tym zakresie, a jedynie opisał oferowane opcje. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że z broszury (ulotki) urządzenia zaoferowanego przez Siemens w tym postępowaniu, tj. Artis Q, wynika, że opcje te są częścią systemu CARE+CLEAR, zaoferowanego przez Siemens w pkt 2 Tabeli. Tymczasem zestawienie treści pkt 2 i pkt 2a Tabeli jednoznacznie wskazuje na to, iż punktowane w ramach tych pozycji funkcjonalności należy czytać rozłącznie, skoro system redukcji dawki z pkt 2a ma być „dodatkowy, opcjonalny w stosunku do opisanego powyżej”, tj. w stosunku opisanego w pkt 2.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności są bezsporne - w treści wezwania z 30 października 2019 r. sam Zamawiający wskazał, iż parametr zaoferowany przez Siemens w punkcie 2a jest elementem funkcji „Care+Clear” zaoferowanej w pkt 2, „... co jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca Siemens nie spełnił warunków otrzymania premiowania za ten parametr, a jednocześnie, jak wskazano wcześniej, nie spełnił wymogu określonego w SIWZ w zakresie podania nazwy zaoferowanego rozwiązania”.

Na związanie Zamawiającego postanowieniami SIWZ i konieczność ich ścisłej wykładni wskazuje ugruntowane orzecznictwo - „od chwili udostępnienia SIWZ jest ona wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych (...) Oznacza to, że po otwarciu ofert zamawiający nie może dokonywać ich oceny w sposób dowolny, sprzeczny z treścią warunków określonych w SIWZ.” (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 16 maja 2012 r., II Ca 397/13; podobnie liczne wyroki KIO, jak np. wyrok KIO z dnia 4 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 84/16; wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1657/14; wyrok KIO z dnia 1 lipca 2014 r, sygn. akt 1244/14;

wyrok KIO z dnia 28 maja 2010, sygn. akt KIO 868/10). Zaś zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO interpretacji oświadczenia woli zamawiającego wyrażonego w dokumentacji postępowania należy dokonywać „przy uwzględnieniu zasady pierwszeństwa wykładni językowej w procesie wykładni” (por. przykładowo wyrok KIO z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt KIO 1807/18).

Wobec powyższego postępowanie Zamawiającego jest co najmniej podwójnie nieprawidłowe - oferta Siemens podlegała bowiem odrzuceniu z uwagi na brak dookreślenia oferowanej funkcjonalności poprzez podanie nazwy rozwiązania oferowanego w ramach pkt 2a Tabeli, a nawet - gdyby przyjąć, iż odrzucenie oferty byłoby niezasadne - ofercie Siemens nie powinny zostać przyznane punkty za rozwiązanie z pkt 2a Tabeli, co ma wpływ na wynik postępowania, gdyż zmieniłoby ranking ofert.

Jednocześnie w ocenie Odwołującego zaistniały również przesłanki do wykluczenia Siemens z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Całokształt okoliczności związanych z zachowaniem Siemens w tym postępowaniu, w tym treścią złożonej oferty oraz treścią udzielonych odpowiedzi na wezwania Zamawiającego (oświadczenie Siemens z dnia 28 października br., pismo Siemens z dnia 30 października br.) wskazuje bowiem na to, że zamiarem Siemens było wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do zaoferowania funkcjonalności spełniającej wymóg z pkt 2a Tabeli celem uzyskania wyższej punktacji względnie Siemens dopuścił się rażącego niedbalstwa w tym zakresie względnie przedstawił informacje w tym zakresie wprowadzające Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. W toku rozprawy przed Izłą wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 19 listopada 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami oraz zmianami, ofertę wykonawcy Siemens, wezwania Zamawiającego z 18 i 30 października 2019 r. skierowane do wykonawcy Siemens, wyjaśnienia wykonawcy Siemens z 28 i 31 października 2019 r. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 5 listopada 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 listopada 2019 r.

Nadto skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

- 1) kalkulację punktacji w przypadku nieprzyznania Siemens punktów za parametr z pkt 2a załącznika 5 do SIWZ,
- 2) ulotkę urządzenia Artis Q,
- 3) przykłady sposobu opisu wymagania dot. systemu redukcji dawki wraz z materiałami źródłowymi,
- 4) wydruk ze strony internetowej <https://www.siemens-healthineers.com/pl/angiografia/innovations-technologies/care-clear>,
- 5) Biuletyn Informacyjny Siemens tzw. Biała Księga wraz z materiałem źródłowym,
- 6) ulotkę z grudnia 2013 r.,
- 7) ulotkę systemu Azurion 7,
- 8) wyciąg z instrukcji obsługi angiografów Artis Q/zeego/Q.zen (strona 74 złożona przez Odwołującego, strona 66, 543 i 544 złożone przez Przystępującego),
- 9) przewodnik po technikach redukowania dawek promieniowania stosowanych w systemach angiograficznych z portfolio firmy Siemens,
- 10) arkusz danych angiografu Artis Zee złożony przez Siemens w postępowaniu przetargowym w Koninie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zakup, dostawa, montaż i uruchomienie angiografu z mobilną ochroną radiologiczną. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia podano w zestawieniu parametrów technicznych – załącznik nr 5 do SIWZ oraz PFU – załącznik nr 5A do SIWZ.

Zgodnie z punktem 3.2 SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał m.in. opisów (materiałów informacyjnych), katalogów – w języku polskim oferowanego przedmiotu zamówienia – potwierdzających spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 - W materiałach informacyjnych należy wskazać, której pozycji dotyczą.

W załączniku nr 5 do SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców podania: 1) pełnej nazwy urządzenia, 2) producenta oraz 3) kraju. Nadto załącznik ten zawierał tabelę, w której Zamawiający wskazał parametry aparatu stanowiące warunki graniczne, a także parametry, których spełnienie przez zaoferowane urządzenie było dodatkowo punktowane w ramach kryterium pozacenowego „warunki techniczne”.

Kryteriami oceny ofert w niniejszym postępowaniu były: 1) cena o wadze 60%, 2) warunki techniczne o wadze 30% oraz 3) termin gwarancji o wadze 10%.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło dwóch wykonawców.

Wykonawca Siemens w załączniku nr 5 do SIWZ jako zaoferowane urządzenie wskazał Artis Q ceiling wyprodukowane przez Siemens Healthcare GmbH w 2019 r. w Niemczech. Nadto wykonawca Siemens potwierdził w załączniku nr 5 do SIWZ, iż zaoferowane przez niego urządzenie spełnia parametr (warunek graniczny) określony w pkt 2 Tabeli następująco: „Pakiet aplikacji redukujących dawkę i specjalizowanych algorytmów działających w czasie rzeczywistym, poprawiających obraz/umożliwiających obrazowanie z obniżoną dawką (CARE+CLEAR, DoseWise, DoseRite zależnie od nomenklatury producenta)” wskazując w kolumnie „Wartość oferowana” – „Tak”. Z kolei w pkt 2a Tabeli dla parametru „System redukcji dawki dodatkowy (opcjonalny) w stosunku do opisanego powyżej, działający niezależnie od zmian ustawień przesłona, klatkowania, aktywnego pola obrazowania lub odległości SID, obniżający poziom kermy w powietrzu o co najmniej 50% w stosunku do systemu bez tej funkcjonalności przy zachowaniu wartości diagnostycznej otrzymywanego obrazu”, dla którego Zamawiający wymagał wskazania „Tak/Nie, podać nazwę” wykonawca Siemens, w kolumnie „wartość oferowana” podał: „Tak, opcje: - akwizycja niskodawkowa – redukcja dawki o 67%, - fluoroskopia niskodawkowa – redukcja dawki o 50%”.

Pismem z dnia 18 października 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Siemens na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia aktualnych oświadczeń/dokumentów

potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Zamawiający żądał m.in. opisów (materiałów informacyjnych), katalogów – w języku polskim oferowanego przedmiotu zamówienia – potwierdzających spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego w załączniku nr 5 – w materiałach informacyjnych należało wskazać, której pozycji dotyczą.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca Siemens złożył oświadczenie własne, w którym potwierdził, iż zaoferowane urządzenie spełnia wszystkie parametry techniczne określone przez Zamawiającego w SIWZ oraz, że ich specyfika techniczna odpowiada parametrom złożonym w ofercie.

Pismem z dnia 30 października 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Siemens w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących warunków zawartych w tabeli technicznej – załącznik nr 5 do SIWZ. W ww. piśmie Zamawiający wskazał w szczególności, że zgodnie z treścią opisu akwizycji niskodawkowej i fluoroskopii niskodawkowej ze strony nr 17 ulotki zaoferowanego systemu Artis Q, parametr zaoferowany przez Siemens w punkcie 2a załącznika nr 5 do SIWZ jest elementem funkcji „care+clear”, zaoferowanej przez Siemens w punkcie 2 załącznika nr 5 do SIWZ, co jednoznacznie wskazuje, iż Siemens nie dopełnił warunków otrzymania premiowania za ten parametr, a jednocześnie, nie spełnił wymogu określonego w SIWZ w zakresie podania nazwy zaoferowanego rozwiązania.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca Siemens w piśmie z 31 października 2019 r. potwierdził spełnienie funkcjonalności zawartych w poz. 2 i 2a Tabeli załącznika nr 5. Nadto wykonawca wskazał, iż w nawiązaniu do punktu 2a potwierdzamy, że zaoferowane funkcjonalności: „akwizycja niskodawkowa oraz „fluoroscopia niskodawkowa” są nazwami zaoferowanego rozwiązania zgodnie z nomenklaturą producenta zawartą w materiałach informacyjnych.

Pismem z dnia 5 listopada 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Siemens, która uzyskała łącznie 96,90 pkt, w tym 26,90 punktów w ramach kryterium „warunki techniczne”. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego, która uzyskała 94,08 pkt, w tym 30 punktów w ramach kryterium „warunki techniczne”. Zamawiający przyznał obu ofertom za funkcjonalność wskazaną w punkcie 2a załącznika nr 5 do SIWZ – 30 punktów.

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Siemens pomimo

wprowadzenia Zamawiającego w błąd co spełnienia przez zaoferowane urządzenie parametru określonego w punkcie 2a tabeli załącznika nr 5 do SIWZ, w celu uzyskania wyższej punktacji w rankingu ofert.

W świetle art. 24 ust. 1 punkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp warunkujące wykluczenie wykonawcy Siemens z postępowania.

Istota zawisłego przed Izbą sporu sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy funkcjonalności zaoferowanego przez Siemens angiografu – Artis Q ceiling, tj. akwizycja niskodawkowa umożliwiająca redukcję dawki o 67% oraz fluoroskopia niskodawkowa umożliwiająca redukcję dawki o 50% stanowią część standardowego systemu Care+Clear,

czy też stanowią dodatkowy (opcjonalny), w stosunku do systemu Care+Clear, system redukcji dawki. W tym miejscu Izba wskazuje, iż Odwołujący nie kwestionował okoliczności, iż angiograf oferowany przez Siemens posiada ww. funkcjonalności, lecz twierdził, że są one częścią systemu Care+Clear, a nie dodatkową opcją względem ww. systemu.

Izba wskazuje, iż zgodzić należy się z Odwołującym, że analiza treści załącznika nr 5 do SIWZ w zakresie punktu 2 i 2a tabeli prowadzi do wniosku, iż ww. funkcjonalności należy czytać rozłącznie, skoro system redukcji dawki, o którym mowa w punkcie 2a ma być „dodatkowym, opcjonalnym w stosunku do opisanego powyżej”, tj. w stosunku do opisanego w punkcie 2, systemem redukcji dawki. Powyższe zresztą jest spójne z przyjętą przez Zamawiającego w załączniku nr 5 koncepcją, iż wskazany w punkcie 2 pakiet aplikacji redukujących dawkę np. Care+Clear, DoseWise, DoseRite (w zależności od nomenklatury producenta) stanowił warunek graniczny, tj. pewne minimum wymagane przez Zamawiającego. Z kolei wskazany w poz. 2a system redukcji dawki był systemem dodatkowym w stosunku do zawartego w poz. 2 załącznika nr 5, który był punktowany przez Zamawiającego w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

W świetle zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego, Izba uznała, za wykazaną okoliczność, iż system Care+Clear jest standardowym elementem wyposażenia angiografu linii Artis producenta Siemens. Powyższe wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego w postaci ulotki z grudnia 2013 r. potwierdzającej, że system Care+Clear jest standardową funkcjonalnością systemów angiograficznych firmy Siemens, wydruku ze strony internetowej Siemens Healthineers oraz Biuletynu Informacyjnego Siemens tzw. Biała księga. Ww. okoliczność nie była zresztą kwestionowana przez Zamawiającego i Przystępującego Siemens.

Dalej Izba wskazuje, że za wykazaną uznała okoliczność, iż niskodawkowa fluoroskopia jest standardem w systemach rentgenowskich. Jak wynika bowiem z instrukcji obsługi VD11 i wyższe Artis Q/zeego/Q.zen, programy fluorskopii zawsze dostępne są w 3 wersjach różniących się wielkością dawki. Jednocześnie jak wynika z przewodnika po technikach redukcji dawek promieniowania stosowanych w systemach angiograficznych firmy Siemens, we wszystkich systemach Artis, a zatem także i w tym oferowanym przez Siemens w niniejszym postępowaniu, dostępne jest narzędzie – rejestracja niskodawkowa, inaczej akwizycja niskodawkowa. I te okoliczności nie były kwestionowane przez Zamawiającego, jak i wykonawcę Siemens, a potwierdzają one, że zarówno akwizycja niskodawkowa oraz fluorskopia niskodawkowa występują w systemach Artis.

W końcu za kluczowy w niniejszej sprawie Izba uznała dowodów w postaci ulotki urządzenia Artis Q (Arkusze danych VD11), z którego jednoznacznie wynika, że w ramach pakietu „clear” występują dwie opcje, a żadna z nich nie dotyczy fluoroskopii niskodawkowej ani akwizycji niskodawkowej. Z kolei w pakiecie „care” opcję stanowiła wyłącznie funkcja

„niskodawkowe syngo DynaCT”, a funkcje „akwizycja niskodawkowa powodująca obniżenie dawki nawet o 67%” oraz „fluoroscopia niskodawkowa powodująca obniżenie dawki nawet o 50%” stanowiły część ww. pakietu, a nie jego opcję. Podkreślić należy, iż opis ww. funkcji odpowiada opisowi podanemu przez wykonawcę Siemens w poz. 2a tabeli załącznika nr 5 do SIWZ.

W kontekście ww. dowodu Izba wskazuje, iż za gołosłowne uznała stanowisko Zamawiającego jakoby ww. dokument był nieaktualny. Za niezrozumiałe uznać należy też stanowisko Zamawiającego, który marginalizował charakter ww. dokumentu wskazując na jego pogładowy charakter, skoro w niniejszym postępowaniu zgodnie z punktem 3.2 SIWZ sam oczekiwał od wykonawców złożenia opisów (materiałów informacyjnych), katalogów dotyczących oferowanego urządzenia.

Powyższej oceny Izby nie zmieniło także stanowisko Przystępującego prezentowane w toku rozprawy. Wykonawca Siemens nie złożył żadnego dowodu potwierdzającego, że funkcjonalności wskazane w poz. 2a załącznika nr 5 do SIWZ stanowią dodatkowy (opcjonalny) system względem systemu Care+Clear. Stanowiska Siemens, w ocenie Izby, nie potwierdza złożony dowód, tj. wyciąg z trzech stron Instrukcji obsługi Artis Q/zeego/Q.zen. Gdyby było tak jak twierdził wykonawca Siemens, iż funkcjonalności opisane w poz. 2a tabeli załącznika nr 5 do SIWZ stanowią opcję względem systemu Care+Clear, to przedstawiłby w celu obrony swojej oferty, dowód na taką okoliczność, zwłaszcza że jest producentem oferowanego urządzenia. Izba wskazuje, iż wykonawca Siemens wobec aktywności dowodowej Przystępującego pozostał bierny, a kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom oraz uczestnikom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Wykonawca wbrew treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nie poparł również żadnym dowodem prezentowanych w toku rozprawy przed Izbą twierdzeń, jakoby możliwym było skonfigurowanie oferowanego angiografu w ten sposób, by funkcjonalności opisane w poz. 2a załącznika nr 5 do SIWZ, stanowiły dodatkowy w stosunku do systemu Care+Clear system, jak wymagał tego Zamawiający.

W ocenie Izby, warto również zauważyć, iż wykonawca Siemens w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30 października 2019 r. nie odniósł się do kwestii podniesionej przez Zamawiającego, iż parametr zaoferowany w pozycji 2a załącznika nr 5 do SIWZ jest elementem funkcji „Care+Clear”, a zatem nie jest innym, opcjonalnym systemem w stosunku do zaoferowanego w ramach pozycji 2 tabeli załącznika nr 5. Lektura złożonych przez Siemens wyjaśnień wskazuje tylko tyle, iż wykonawca potwierdził spełnienie obu ww. parametrów, podtrzymując tym samym uprzednio złożone oświadczenie w załączniku nr 5, nie wyjaśniając

jednak w żaden sposób wątpliwości w ww. zakresie podniesionych w piśmie Zamawiającego z 30 października 2019 r.

Mając na uwadze przedstawione przez Odwołującego dowody, wskazujące na prawdziwy stan rzeczy, Izba uznała, że Przystępującemu Siemens można przypisać choćby niedbalstwo lub lekkomyślność. Przystępujący składając swoje oświadczenie odnośnie oferowanego przedmiotu zamówienia w załączniku nr 5, był świadom w jakim celu są one składane oraz tego, że konsekwencją uznania ich za prawdziwe będzie przyznanie ofercie wykonawcy określonej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego „warunki techniczne”.

Zatem jeżeli Przystępujący Siemens przedstawił w złożonym przez siebie załączniku nr 5 do SIWZ informacje odnośnie oferowanego przedmiotu zamówienia pozostające w sprzeczności z faktami, zaś Odwołujący uzyskał prawdziwe informacje dotyczące funkcjonalności oferowanego urządzenia, to uznać należy, że wykazał się on co najmniej niedbalstwem lub lekkomyślnością wpisującą się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Spełniona została także przesłanka, o której mowa w dalszej części ww. przepisu, tj. potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez Siemens dotyczył informacji, którymi wykonawca wykazywał się w celu oceny oferty w świetle ustanowionych w SIWZ kryteriów oceny ofert, zatem wpływającymi na wybór oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogło wypaczać wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a w niniejszej sprawie realnie wpłynęło na wynik postępowania. Gdyby bowiem Zamawiający nie przyznał ofercie Siemens punktów za funkcjonalność określoną w poz. 2a załącznika nr 5 do SIWZ, to oferta ww. wykonawcy nie byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, iż Zamawiający w sposób wadliwy dokonał wyboru oferty wykonawcy Siemens, który nie powinien otrzymać punktów za funkcjonalność wskazaną w poz. 2a załącznika nr 5 do SIWZ. Jednocześnie, jak wskazano powyżej, w ocenie Izby, Odwołujący udowodnił, iż wykonawca Siemens wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie omówionym powyżej, zatem winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w omówionych powyżej okolicznościach faktycznych.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić

wymaganych dokumentów. Tym samym jak wynika z powyższego przepisu, dla zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, łącznie muszą zostać spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Istotne znaczenie ma przy tym charakter informacji, gdyż w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu (tak KIO w wyroku z dnia 11 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 929/18).

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie mógł mieć zastosowania w stanie faktycznym rozpoznawanej przez Izbę sprawy, jako że wprowadzenie Zamawiającego w błąd dotyczyło oświadczenia wykonawcy Siemens w przedmiocie parametrów oferowanego urządzenia ocenianych w ramach pozacenowych kryteriów.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Siemens mimo braku podania nazwy oferowanego rozwiązania z pkt 2a Tabeli załącznika nr 5 do SIWZ.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SIWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16).

W przedmiocie rozpoznawanego zarzutu Izba zgodziła się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego, jak i Przystępującego Siemens, którzy podnosili, że brak wskazania nazwy komercyjnej oferowanego przez wykonawcę systemu redukcji dawki, nie powinien skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ,

w sytuacji gdy wykonawca podał nazwy oferowanych rozwiązań (funkcjonalności). Jak wyjaśnił bowiem w piśmie z 31 października 2019 r. wykonawca Siemens, zaoferowane w poz. 2a tabeli załącznika nr 5 do SIWZ funkcjonalności: „akwizycja niskodawkowa” oraz „fluoroskopia niskodawkowa” są nazwami zaoferowanego rozwiązania zgodnie z nomenklaturą producenta. Okoliczność, iż danym funkcjonalnościom producent aparatu nie nadaje nazwy handlowej, jak ma to miejsce w przypadku produktu oferowanego przez Odwołującego, nie powinna w ocenie Izby, z góry przesądzać o obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ, w sytuacji gdy wykonawca podaje nazwy oferowanych rozwiązań.

Z uwagi na powyższe Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Siemens z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł

Przewodniczący: