

**WYROK**

**z dnia 17 sierpnia 2020 r.**

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

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **17 sierpnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **6 sierpnia 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa tomografu komputerowego* (nr postępowania NBO/08/20)

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Powiatowy im. Jana Mikulicza w Biskupcu**

przy udziale wykonawcy: **Siemens Healthcare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wykluczenia Odwołującego, a w ramach powtórzonych czynności – uwzględnienie złożonej przez niego oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
  - 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

**Sygn. akt KIO 1863/20**

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

## Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Powiatowy im. Jana Mikulicza w Biskupcu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa tomografu komputerowego* (nr postępowania NBO/08/20), które zostało wszczęte 26 czerwca 2020 r.

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

28 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował drogą elektroniczną o wykluczeniu GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „GE” lub „Odwołujący”}, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Siemens Healthcare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Siemens” lub „Przystępujący”}.

6 sierpnia 2020 r. GE wniosło w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wykluczenia z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy pzp – przez bezpodstawne zastosowanie pierwszego z tych przepisów, tj. niezasadne uznanie, że GE w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy takie przesłanki w stanie faktycznym sprawy nie zachodzą, a tym samym doszło również do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia GE z postępowania.
2. Powtórzenia badania i oceny złożonych ofert.

Odwołujący w szczególności następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Z odwołania wynika następujący przebieg postępowania o udzielenie tego zamówienia:

- Zamawiający wystosował m.in. do GE zaproszenie do negocjacji na dostawę tomografu komputerowego, wyznaczając negocjacje na 31 czerwca 2020 r. o godz. 12:00;
- przedmiotem negocjacji prowadzonych z Zamawiającym były dwa potencjalne urządzenia, z których jedno zostało później zaoferowane;

- 15 lipca 2020 r. Zamawiający, zgodnie z pkt 15. zaproszenia do negocjacji, zaprosił GE do złożenia oferty, przekazując również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”}, która została sporządzona po etapie negocjacyjnym;
- następnie Zamawiający jeszcze trzykrotnie (16, 20 i 21 lipca 2020 r.) zmieniał SIWZ, w tym także w zakresie wymaganych parametrów technicznych;
- trzech wykonawców zaproszonych do składania ofert złożyło swoje oferty tj. GE, Siemens oraz Althea.
- 28 lipca 2020 r. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 pzp Zamawiający wykluczył z postępowania GE.

W odwołaniu zacytowano brzmienie uzasadnienia powyższej czynności sporządzone przez Zamawiającego:

*Działając na podstawie art. 61 ustawy Pzp Zamawiający wybrał tryb negocjacji bez ogłoszenia, ponieważ zamierzał negocjować warunki umowy na dostawę tomografu komputerowego. Przedmiotem negocjacji nie były parametry techniczne, ponieważ Zamawiający, dysponując złożonymi przed wszczęciem postępowania ofertami wstępnymi złożonymi przez Wykonawców uczestniczących w negocjacjach, podjął decyzję, których konkretnie urządzeń będą dotyczyć negocjacje i co za tym idzie, oferujących je wykonawców zaprosił do negocjacji.*

*W przypadku Wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający zapoznał się z dwoma wariantowymi ofertami wstępnymi. W pierwszej Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zaoferował tomograf Optima CT520, w drugiej zaoferował tomograf o wyższych parametrach Optima CT540. Zamawiający dysponując środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację projektu pn. „Zakup tomografu komputerowego dla Szpitala Powiatowego w Biskupcu w celu poprawy wykrywalności oraz skuteczności leczenia zakażeń SARS-CoV 2” współfinansowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020 – COVID-19, zamierzał w pełni je wykorzystać i zakupić urządzenie o jak najlepszych parametrach technicznych. W związku z tym na wstępie negocjacji, które odbyły się w siedzibie Zamawiającego w dniu 01 lipca 2020r. o godz. 12:00, poinformował Wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, że zamierza negocjować warunki umowy dotyczące wyłącznie tomografu Optima CT540 i dalsza część negocjacji dotyczyła warunków realizacji umowy na ten właśnie tomograf.*

*Jednocześnie Zamawiający pragnie zaznaczyć, że jeszcze jeden z czterech wykonawców zaproszonych do negocjacji posiadał w swej ofercie 2 tomografy różnej klasy, a negocjowano z nim warunki umowy tylko na dostawę urządzenia spełniające oczekiwania*

*technicznoużytkowe i finansowe Zamawiającego.*

*Należy dodać, że ze względu na technologię zastosowaną w urządzeniach będących przedmiotem negocjacji, wszystkie urządzenia pozwalają na uzyskanie pożądanego przez Zamawiającego efektu w postaci odpowiedniej jakości wyniku badania diagnostycznego ale efekt ten jest możliwy do uzyskania przy znacząco różniących się od siebie parametrach technicznych urządzeń. Mając to na względzie Zamawiający w kryteriach oceny oferty przeznaczył tylko 5% na ocenę parametrów technicznych. Dlatego też przesłana Wykonawcom Specyfikacja istotnych warunków zawierała minimalne progi dla wyszczególnionych parametrów technicznych aby umożliwić złożenie ofert wszystkim zaproszonym do negocjacji wykonawcom. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie urządzenia, które nie było przedmiotem jego zainteresowania, nie było przedmiotem negocjacji, a także jest urządzeniem niższej klasy. Zamawiający działa zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku KIO (KIO 2171/16), gdzie czytamy: „Zamawiający jako dysponent środków publicznych ma uprawnienie do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Zamawiający działa bowiem w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu mogłoby prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości”.*

*Oferta Wykonawcy Podsumowując, Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie składając ofertę na urządzenie niższej klasy wprowadził w błąd Zamawiającego oraz zamierzał w istotny sposób wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ miał świadomość, że zaoferowana cena na tomograf niższej klasy jest o ok. 20% niższa od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia i stawia ofertę Wykonawcy na uprzywilejowanej pozycji w rankingu ocenianych ofert. Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie licząc na wybór swojej oferty jako najkorzystniejszej mógł też spowodować, że przyznane na sfinansowanie zamówienia środki z funduszy unijnych nie zostałyby w pełni wykorzystane i nie zostałby osiągnięty cel realizowanego przez Zamawiającego projektu pn. „Zakup tomografu komputerowego dla Szpitala Powiatowego w Biskupcu w celu poprawy wykrywalności oraz skuteczności leczenia zakażeń SARS-Co V 2”.*

*GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zostaje uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.*

*Odwołujący wywiódł, że dla oceny, czy w rozpoznawanej sprawie Zamawiający był zobligowany wykluczyć GE na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wymaga ustalenia trzech okoliczności, które muszą wystąpić kumulatywnie: po pierwsze – czy Wykonawca*

przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, po drugie – czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu, po trzecie – czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zdaniem Odwołującego żadna z ww. okoliczności nie zachodzi, w szczególności na żadnym etapie czy to negocjacji, czy też składania ofert nie było nieprawdziwej informacji, rozumianej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jako informacja, która nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu rzeczy

Odwołujący zwrócił uwagę, że tryb negocjacji bez ogłoszenia ma znaczenie dla oceny na charakteru informacji podawanych na etapie negocjacji. Na pierwszym etapie przeprowadzane są negocjacje, które mają na celu ukształtowanie przez zamawiającego SIWZ, która następnie jest udostępniania wykonawcom zaproszonym do składania ofert. Wszelkie informacje nabyte w drodze negocjacji mają zatem charakter wstępny, służą ukształtowaniu SIWZ i nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania czy też do odrzucenia jego oferty. Zamawiający nie bada spełnienia wymagań specyfikacji na podstawie informacji przedstawionych mu na etapie negocjacyjnym. Zgodnie z art. 58 ust. 4 pzp (który w myśl art. 65 pzp stosuje się odpowiednio do negocjacji bez ogłoszenia) informacje związane z negocjacjami, w szczególności o wymaganiach oraz o zmianach specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzonych po kolejnych etapach negocjacji, a także dokumenty i wyjaśnienia związane z negocjacjami są przekazywane wykonawcom na równych zasadach. Ostateczne wymagania pojawiają się zatem na etapie SIWZ i to ona rozstrzyga, jakie urządzenia zostają dopuszczone.

Odwołujący zauważył, że powołanie się przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia na skryształizowane wymagania co do konkretnego urządzenia w ogóle nie koresponduje ze zmianami parametrów technicznych po przekazaniu SIWZ, gdyż finalnie to sam Zamawiający dopuścił urządzenia niższej klasy. Gdyby Zamawiający rzeczywiście nie chciał dopuszczenia urządzenia niższej klasy, wyraźnie określiłby parametry techniczne umożliwiające złożenie oferty tylko na sprzęt wyższej klasy. Nie jest zatem prawdą twierdzenie Zamawiającego, iż nie wyraził zgody na zaoferowanie urządzenia niższej klasy, gdyż poprzez zmianę treści SIWZ taką zgodę wyraźnie wyartykułował. Wykonawców natomiast wiązały ostatnie zmiany SIWZ, które pojawiły się już po negocjacjach.

Niezależnie od powyższego w ocenie Odwołującego art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp nie może mieć zastosowania do etapu negocjacji, na którym nie padają żadne wiążące deklaracje (czyli takie, które później mogą rzutować na wynik postępowania).

Odwołujący podniósł również, że na etapie negocjacji strony przekazują sobie informacje, które (w myśl art. 58 ust. 3 pzp w zw. z art. 65 pzp) mają charakter poufny. Stąd

powoływanie się w odwołaniu na okoliczności dotyczące etapu negocjacji byłoby sprzeczne z tym przepisami i ujawniałoby informacje, które z mocy ustawy są poufne.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że nie można mówić o jakimkolwiek wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, który świadomie zrezygnował z pierwotnych wymagań. Wykonawca nie jest związany informacjami przedstawionymi na etapie negocjacji przed opublikowaniem SIWZ i z tych informacji przedstawionych na etapie negocjacji nie można wywodzić zobowiązania wykonawcy do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach przedstawionych na etapie negocjacji, których celem jest jedynie finalnie ukształtowanie przez Zamawiającego SIWZ. Takie wiążące zobowiązanie określone jest w ofercie składanej przez wykonawcę już po przekazaniu SIWZ.

Według Odwołującego informacje, które podał na etapie negocjacji odnośnie modelu, nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż oba urzędnienia spełniają wymagania ustalone przez Zamawiającego. Informacja o klasie oferowanego sprzętu, jeżeli jest on zgodny z minimalnymi wymogami SIWZ, nie mogłaby wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż w świetle tak ukształtowanego SIWZ Zamawiający nie mógł ani odrzucić oferty Odwołującego, ani też wykluczyć go z postępowania. Okoliczność, czy zaoferowane urządzenie jest urządzeniem niższej czy też wyższej klasy nie ma przy tym znaczenia, jeżeli to urządzenie spełnia wymagania treści SIWZ.

Odwołujący wywiódł ponadto, że jego świadomość odnośnie różnic w cenie sprzętów niższej i wyższej klasy też nie może stanowić podstawy do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, gdyż nie jest to nieprawdziwa, wprowadzająca w błąd Zamawiającego informacja. Wykonawcy mają dowolność w kształtowaniu swojej oferty i są ograniczeni wyłącznie wymogami SIWZ. Fakt, że oferta jest niższa o 20 % od wartości zamówienia i pierwsza w rankingu oceny ofert jest natomiast okolicznością, która uzasadnia wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zauważył, że z żadnych przepisów prawa, wytycznych, tudzież innych wymagań nie wynika konieczność wykorzystania przez Zamawiającego całości udzielonego dofinansowania. Jeżeli Zamawiającemu w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uda się nabyć urządzenie tańsze spełniające wymagania SIWZ, to jest to okoliczność, która co najwyżej pokazuje, że racjonalnie wydatkuje środki publiczne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie datowanej na 14 sierpnia 2020 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

*{1. Przebieg i uwarunkowania Postępowania}*

Zamawiający oświadczył, że:

- początkowo nie wiedział, jakie szczególne cechy powinien posiadać sprzęt, aby dokonać

optymalnego zakupu w ramach posiadanych środków;

- mógł wprawdzie przeprowadzić zakup tomografu na podstawie art. 6 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, ale z uwagi na przekonanie o konieczności zapewnienia konkurencyjności i transparentności procesu wyłaniania wykonawcy, zdecydował się zastosowanie procedury negocjacji bez ogłoszenia;

- podstawą wyboru tego trybu była pilna potrzeba zakupu tomografu komputerowego w związku z panującą pandemią COVID-19;

- w oparciu o oferty wstępne oraz w trakcie negocjacji uzyskał informacje o tym, jakie cechy powinien mieć tomograf komputerowy, aby spełnić jego wymagania.

*{2. Ograniczenie negocjacji z Odwołującym do tomografu Optima CT540}*

Zamawiający zrelacjonował, że w trakcie negocjacji z GE, które odbyły się 1 lipca 2020 r, podkreślił na samym początku spotkania, że w przypadku GE jest zainteresowany jedynie tomografem Optima 540, a przedmiotem negocjacji jest umowa dotycząca tego urządzenia, a nie mniej zaawansowanego technicznie tomografu Optima 520, co zostało odnotowane w notatce z negocjacji, która znajduje się w aktach sprawy.

Zamawiający stwierdził, że dalsze negocjacje toczyły się przy tym założeniu, potwierdzonym przez przedstawicieli GE w ich trakcie.

*{3. Czas badania jako jedna z najważniejszych cech tomografu do badania pacjentów z COVID-19}*

Zamawiający wyjaśnił, że odpowiednio zaawansowany technicznie tomograf komputerowy jest podstawowym narzędziem wykrywania COVID-19, gdyż pozwala zaobserwować na bardzo wczesnym etapie choroby charakterystyczne zmiany w płucach takie jak m.in.: pogrubienie zrębu płucnego, lokalne poszerzenie oskrzelików czy też obszary konsolidacji mięszu płuc. Badania tomografii komputerowej umożliwiają monitorowanie przebiegu choroby i wczesne potwierdzenie poprawy stanu zdrowia w trakcie leczenia. Wynik badania tomografem jest możliwy do uzyskania w ciągu kilkunastu minut i może być rozstrzygający w przypadkach fałszywie negatywnych wyników testów. Przy ograniczeniach ilościowych i stosunkowo niskiej jakości dostępnych na rynku testów, metoda wykrywania infekcji za pomocą tomografu jest skuteczniejszą metodą wykrywania choroby COVID-19 niż testy.

Aby dany tomograf komputerowy spełniał pokładane w nim nadzieje na skuteczne wykrywanie zmian w płucach wywołanych przez chorobę COVID19 kluczowe znaczenie ma m.in. czas badania, w którego trakcie pacjent musi wypuścić powietrze z płuc i wstrzymać oddech. Tzn. od pacjenta wymaga się nabrania powietrza, następnie wypuszczenia go

i wstrzymania oddechu. W trakcie wstrzymania oddechu stół tomografu z pacjentem musi się rozpędzić, aparat musi wykonać skanowanie i dopiero wówczas pacjent otrzymuje komendę, że może ponownie oddychać. Ponieważ u pacjenta chorego na COVID-19 radykalnie, tj. nawet o 70% zmniejsza się efektywna objętość płuc. ma on problemy z oddychaniem i nie jest w stanie przez dłuższy czas wstrzymać oddechu, co jest konieczne dla prawidłowego przeprowadzenia badania tomografem.

GE w swojej ofercie posiada m.in. dwa modele tomografów: Optima 520 oraz Optima 540, przy czym w rzeczywistości czas badania podany dla tego pierwszego w porównaniu do drugiego i aparatu Siemens Somatom go.Up. (patrz załączona tabela 2.) jest w rzeczywistości nawet dwa razy dłuższy (trwa kilka sekund dłużej), co wzmacnia argumentację, że aparatem Optima 520 nie będzie można efektywnie wykonywać badań pacjentów z niewydolnością oddechową, co w konsekwencji spowodowuje, że znaczna część pacjentów będzie musiała być skierowana do innych ośrodków, posiadających wyższej klasy tomograf komputerowy.

#### *{4. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd}*

Zamawiający wywiódł, że art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp nie wymaga, aby wprowadzenie w błąd miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

Według Zamawiającego GE miało pełną świadomość, że prowadzi negocjacje odnośnie bardziej zaawansowanego aparatu, tj. Optima 540. Wszelkie informacje przekazane w trakcie negocjacji przez przedstawicieli GE odnośnie m.in. cech technicznych, montażu w pomieszczeniu do tego przeznaczonych, współpracy z innymi urządzeniami (wstrzykiwacz), aspektów techniczno-użytkowych mających znaczenie dla osób obsługujących aparat, dotyczyły w rozumieniu Zamawiającego tomografu Optima 540. W rzeczywistości, jak okazało się w momencie otwarcia ofert, Odwołujący przekazywał informacje dotyczące tomografu o niższym standardzie zaawansowania, a mianowicie Optima 520. Tym samym przedstawiciele Odwołującego przekazywali informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do samego przedmiotu przyszłego zamówienia.

Powyższe informacje wpłynęły na decyzje Zamawiającego, który uznał, że ponieważ negocjacje są prowadzone w celu zakupu odpowiednio zaawansowanych technicznie tomografów, nie dokonywał zmian w SIWZ, które miały wykluczyć wprost aparaty klasy Optima 520, a skupił się na innych kwestiach dostosowując SIWZ do swoich potrzeb. Innymi słowy Zamawiający wprowadzony w błąd przez Odwołującego zaniechał uzupełnienia SIWZ o postanowienia jednoznacznie wykluczające tomografy niższych klas, takie jak Optima 520. Miało to ten skutek, że Odwołujący złożył ofertę na tomograf Optima 520, który nie spełnia oczekiwań Zamawiającego i z natury rzeczy jest tańszy niż aparaty innych producentów oraz tańszy niż aparat Optima 540.

Zamawiający ma podstawy przypuszczać, że wprowadzenie go w błąd nie było wynikiem lekkomyślności ani niedbalstwa, ale nastąpiło umyślnie, co oznacza, że przesłanki minimalnego stopnia zawinienia, o których stanowi pzp zostały spełnione.

Zamawiający podkreślił, że przedmiotem postępowania wszczętego odwołaniem nie jest badanie zgodności zaoferowanego przez GE tomografu Optima 520 z SIWZ.

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. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowisko, a Przystępujący zajął stanowisko zbieżne z Zamawiającym.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego do postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska 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, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie go z postępowania uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołania:

Ponieważ w odwołaniu zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy zacytowano w całości treść uzasadnienia decyzji o wykluczeniu GE, nie ma potrzeby jego powtarzania, gdyż zostało ono już przytoczone powyżej.

Z uzasadnienia tego wynika, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego miało polegać

na zaoferowaniu spośród dwóch tomografów komputerowych marki GE, z których każdy spełnia wszystkie parametry opisu przedmiotu zamówienia, urządzenia o niższych parametrach (tj. modelu Optima 520), pomimo tego, że w toku negocjacji poprzedzających sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”} Zamawiający informował GE, że jest zainteresowany wyłącznie urządzeniem o lepszych parametrach (tj. modelem Optima 524) i warunków dostawy tego urządzenia dotyczyły prowadzone negocjacje.

Z kolei w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający sprecyzował, że został wprowadzony w błąd przez GE, które wytworzyło u niego przekonanie, że negocjuje warunki dostawy tego lepszego urządzenia, podczas gdy w rzeczywistości przekazane informacje dotyczyły tego gorszego urządzenia, co spowodowało, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia za pomocą takich parametrów, które uniemożliwiałyby zaoferowanie urządzenia niższej klasy.

Ponadto w odpowiedzi na odwołanie sprecyzowano, że szybkość skanowania płuc z najcieńszą warstwą (liczona jako 21 pkt\* 25 pkt/ 23 pkt) oraz czas skanowania odcinka 35 cm płuc z najcieńszą warstwą, które dla modelu GE Optima 520 wynoszą odpowiednio 22 (w zaokrągleniu) mm oraz 16 s, nie odpowiadają potrzebom diagnostycznym Zamawiającego związanym z diagnozowaniem stanu płuc pacjentów zainfekowanych COVID-19, gdyż z uwagi na niewydolność oddechową często nie są oni w stanie na tak długo wstrzymać oddechu, co jej konieczne dla prawidłowego przeprowadzenia badania. Natomiast parametry te dla modelu GE Optima 540 wynoszą odpowiednio 35 mm i 10 s, co jest już wystarczające z punktu widzenia tych potrzeb (tomograf marki Siemens model Somatom go.Up ma w tym zakresie jeszcze lepsze parametry, odpowiednio 42 mm i w zaokrągleniu 8 s).

Treść notatki sporządzonej z negocjacji przeprowadzonych przez Zamawiającego z GE 1 lipca 2020 r. składa się z dwóch krótkich akapitów.

Pierwszy odnotowuje, że ponieważ GE przed wszczęciem postępowania złożyło ofertę wariantową na dostawę modelu Optima CT520 lub modelu Optima CT540, przedstawiciel Zamawiającego poinformował na wstępie, że przedmiotem negocjacji będą warunki umowy na dostawę tego drugiego modelu.

W drugim akapicie odnotowano jedynie hasłowo, jakie kwestie były omawiane podczas negocjacji (demontaż dotychczas użytkowanego tomografu i odkupienie go przez Wykonawcę, zakres prac budowlano-instalacyjnych związanych z zainstalowaniem nowo zakupionego tomografu, współpraca tomografu z automatycznym wstrzykiwaczem, niektóre aspekty techniczno-użytkowe mające wpływ na komfort i bezpieczeństwo pacjenta oraz obsługę urządzenia przez personel Zamawiającego, zakres działania i organizację zdalnego serwisu technicznego, okres gwarancji, koszt rocznego kontraktu w różnych opcjach

na usługę serwisu pogwarancyjnego, dostępność kodów serwisowych po zakończeniu okresu gwarancji, przewidywany termin dostawy), bez wskazania, do jakich konkretnie ustaleń doszło w ich wyniku w omawianych obszarach.

Na rozprawie Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że w zakresie powyżej wymienionych zagadnień poruszanych podczas rokowań warunki dostawy nie przedstawiają się odmiennie dla obu modeli tomografów komputerowych, które zostały wskazane w nieformalnej ofercie wstępnej GE.

Zamawiający nie zaprzeczył również twierdzeniu Odwołującego odnotowanemu w protokole rozprawy, że zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów z pkt 23. i 24. spowodowały, że Siemens mógł zaoferować model tomografu Somatom go.Up, który nie spełniał tych parametrów w wersji uprzednio wprowadzonej przez Zamawiającego. Ponadto Zamawiający zmniejszył wagę kryterium oceny technicznej parametrów pożądaných. Innymi słowy GE ostatecznie musiało założyć, że będzie musiało konkurować cenowo z tańszym urządzeniem z oferty Siemens.

Reasumując, Zamawiający *de facto* zarzucił GE, że ponieważ jednoznacznie w toku wstępnych negocjacji wyraził swoje zainteresowanie wyłącznie modelem tomografu Optima 540, przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia nie określił parametrów, których nie spełnia model tomografu Optima 520, odstępując w ten sposób od wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów istotnych z punktu widzenia przeznaczenia tomografu do diagnozowania pacjentów zakażonych COVID-19.

W ramach uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Zamawiający podał okoliczności prawnie irrelewantne z punktu widzenia hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp m.in. dotyczące niewykorzystania w pełni przyznanej kwoty dofinansowania na skutek kupienia tomografu niższej klasy niż urządzenie, na które mógł sobie pozwolić.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest oczywiście zasadne, gdyż Zamawiający bezpodstawnie i bezprawnie wykluczył GE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp, choć w okolicznościach sprawy nie zaszła nawet pierwsza z trzech przesłanek wynikających z treści tego przepisu, które muszą wystąpić łącznie.

Zgodnie z 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 .

Oczywiste jest, że w tej sprawie to Zamawiający sam siebie wprowadził w błąd,

gdyż bezpodstawnie – pod względem zarówno faktycznym, jak i prawnym – uznał, że przeprowadzone negocjacje obligują GE do zaoferowania modelu tomografu pożądanego przez Zamawiającego, choć z istoty trybu negocjacji bez ogłoszenia wynika, że po ich przeprowadzeniu to na zamawiającym spoczywa obowiązek sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia m.in. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (patrz art. 61 ust. 1 w zw. z art. 64 ust. 3 ustawy pzp). Przy czym zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tymczasem Zamawiający, pomimo że znał przeznaczenie zamawianego tomografu komputerowego i uwarunkowania z tym związane, a także – jak wynika z odpowiedzi na odwołanie – mógł je opisać za pomocą mierzalnych parametrów, nie dochował w tym zakresie należytej staranności organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie ustawy pzp, a skutkami swojego niedopatrzenia chciał obciążyć Wykonawcę, który z natury rzeczy ubiega się o udzielenie mu zamówienia w celach zarobkowych.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono w wysokości 3600 zł na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.