Sygn. akt KIO 3088/20

WYROK
z dnia 15 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TMS Sp. z o.o., MDS Cardio Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie**;
przy udziale wykonawcy: **Synektik S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1.**oddala odwołanie**;
2.kosztami postępowania w wysokości **18 651 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt jeden złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **TMS Sp. z o.o., MDS Cardio Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie**, i:
   2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
   2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **3 651 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych i zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł. oraz opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw w wysokości 51,00 zł.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 3088/20

UZASADNIENIE

Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie (dalej „zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa angiografu, wraz z adaptacją pomieszczeń Pracowni Hemodynamicznej; numer referencyjny zamówienia: ZP/2501/47/20 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych
na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowanew Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 29 września 2020 r., pod numerem: 2020/S 189-455817.

W dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TMS Sp. z o.o., MDS Cardio Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie** (dalej „odwołujący"), zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp złożył odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających
n a nieprawidłowej ocenie oferty złożonej przez Synektik S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Synektik" lub „przystępujący") oraz zaniechaniu wykluczenia przystępującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:
1.art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Synektik, pomimo wprowadzenia zamawiającego przez tego wykonawcę w błąd co do spełniania przez zaoferowane urządzenie (angiograf Azurion 3M12) obligatoryjnego parametru określonego w pkt 111 załącznika nr 2a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") oraz parametrów punktowanych, wynikających z pkt 5 i 16 załącznika nr 2b do SIWZ;
2.art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Synektik mimo jej niezgodności z treścią SIWZ, z uwagi na brak spełniania przez oferowane przez wykonawcę urządzenie Azurion 3M12 obligatoryjnych wymogów dotyczących parametrów zamawianego sprzętu, wynikających z załącznika nr 2a do SIWZ w postaci braku pakietu najbardziej zaawansowanych i wydajnych, specjalizowanych algorytmów właściwych dla danego producenta działających w czasie rzeczywistym, poprawiających jakość uzyskiwanego obrazu i umożliwiających obrazowanie z obniżoną dawką (np. DoseRite, CARE+CLEAR, Clarity IQ – zależnie od nomenklatury producenta), a nie jest to omyłka podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP;
3.art. 91 ust 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty Synektik w sposób nierzetelny, niezgodny z jej treścią, a przede wszystkim zasadami określonymi w załączniku nr 2b do SIWZ, a w konsekwencji przyznanie ofercie Synektik w kryterium „Ocena techniczna" punktów za wymogi z pkt 5 i 16 pomimo, iż wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą dokumentów potwierdzających,
   że zadeklarowane w ofercie parametry są spełnione, a zgodnie z wiedzą odwołującego
   i faktycznym opisem oferowanych parametrów zamawiający nie powinien przyznać punktów ofercie w powyższym zakresie.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny złożonych w postępowaniu ofert, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Synektik z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, względnie odrzucenia oferty wykonawcy Synektik jako niezgodnej z SIWZ oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej
w postępowaniu. Ponadto wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą, która zostanie przedstawiona na rozprawie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Wskazał, że w Załączniku nr 2a - Zestawienie parametrów granicznych (odcinających), zmodyfikowanym przez zamawiającego w dniu 16 października 2020 r., w pkt 111 wskazano: Aparat musi być wyposażony w pakiet najbardziej zaawansowanych i wydajnych, specjalizowanych algorytmów właściwych dla danego producenta działających w czasie rzeczywistym, poprawiających jakość uzyskiwanego obrazu i umożliwiających obrazowanie z obniżoną dawką (np. DoseRite, CARE+CLEAR, Clarity IQ - zależnie od nomenklatury producenta). Zgodnie z treścią pkt III.1.1 SIW właściwości oraz parametry funkcjonalne i techniczne, określone w załączniku nr 2a do SIWZ są obligatoryjne, a ich niespełnienie oznacza niezgodność oferty z treścią SIWZ. Powyższe wynika także z treści załącznika nr 2a do SIWZ, w którym wskazano, że określa on „parametry graniczne (odcinające)". W zakresie wymogu wynikającego z pkt 111 załącznika nr 2a do SIWZ wykonawca Synektik wskazał w ofercie, że ofertowany przez niego angiograf spełnia przedmiotowy parametr. W treści tabeli złożył oświadczenie, wpisując „tak".

Zdaniem odwołującego oświadczenie Synektik jest jednak niezgodne ze stanem faktycznym, bowiem oferowany aparat Azurion 3M12 produkcji Philips Medical Systems Nederland B.V. nie ma możliwości wyposażenia w najnowszy i najskuteczniejszy pakiet redukcji dawki tj. w przypadku tego producenta ClarityIQ. W związku z powyższym aparat ten nie spełnia wymogu granicznego z pkt 111 załącznika 2a do SIWZ, a wykonawca celowo wprowadził zamawiającego w błąd, co do spełniania przez oferowane urządzenie obligatoryjnych parametrów technicznych. Brak wykluczenia wykonawcy Synektik
z postępowania oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto w Załączniku nr 2b - Zestawienie parametrów podlegających ocenie punktowej (ocenianych przez Komisję w ramach punktu „Ocena techniczna"), zmodyfikowanym przez zamawiającego w dniu 16 października 2020r., wskazano: (1) Pkt 5: Czy istnieje możliwość zapewnienie bezpieczeństwa bezprzerwowego kontynuowania zabiegu w przypadku uszkodzenia jednego z dysków pamięci masowej - dyski HDD
#x200ew systemie RAID lub rozwiązanie równoważne zapewniające pełną w/w funkcjonalność.
#x200eTak - 5 pkt. Brak możliwości - 0 pkt; (2) pkt 16: Ilość powiększeń live nie mniej niż 4 wartość graniczna - 0 pkt wartość największa - 5 pkt, pozostałe proporcjonalnie.

Synektik w ofercie, w zakresie dot. pkt 5 załącznika nr 2b, wskazał: „Tak, rozwiązanie równoważne, dyski SSD. Zabezpieczenie systemu komputerowego przed przerwą w pracy jest wymogiem uzasadnionym. Zapis RAID lub rozwiązanie równoważne zapewniające pełną w/w funkcjonalność umożliwia zaproponowanie systemu opartego na dyskach SSD i uznanie jako rozwiązania równoważnego. Odwołujący stoi na stanowisku, że wykonawca Synektik wprowadził w błąd zamawiającego, mylnie interpretując odpowiedź z 16 października 2020 r. na pytanie 12, odnoszące się do tego parametru. Na wniosek jednego z wykonawców
o wyjaśnienie treści SIWZ: „Czy zamawiający będzie premiował taką samą liczbą punktów nowoczesne rozwiązanie polegające na wyposażeniu angiografu w dyski SSD charakteryzujące się dużą szybkością, niezawodnością i odpornością na czynniki mechaniczne, jako równoważne ? Chcielibyśmy zauważyć, że obecnie zamawiający premiuje rozwiązanie charakterystyczne tylko dla angiografu firmy Canon. Czy zamawiający zgodzi się wykreślić ten oceniany parametr lub obniżyć punktację, zmieniając zapis na: Tak - 1 pkt. Brak możliwości - 0 pkt.", zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zabezpieczenie systemu komputerowego przed przerwą w pracy jest wymogiem uzasadnionym. Zapis RAID lub rozwiązanie równoważne zapewniające pełną w/w funkcjonalność umożliwia zaproponowanie systemu opartego na dyskach SSD i uznanie jako rozwiązania równoważnego". Tym samym zamawiający w odpowiedziach wyjaśnił, że dopuszcza rozwiązanie oparte na dyskach SSD, a nie tradycyjnych HDD jako równoważne, ale nie zrezygnował z systemu RAID. Zatem wykonawca wprowadził w błąd zamawiającego w celu uzyskania dodatkowych 5 pkt.

Dalej odwołujący podnosił, że w zakresie dot. pkt 16 załącznika nr 2b Synektik
w złożonej ofercie, wskazał: „Liczba powiększeń 1 280 (5 pól, z „płynnym" powiększeniem, płynność realizowana z rozdzielczością 8 bit co daje 5 x 256 = 1 280). Wykonawca w ten sposób zadeklarował opis wskazujący na płynną zmianę okna skali szarości, a nie zmianę wielkości wyświetlanego obrazu tj. powiększeń, a tym samym wprowadza zamawiającego
w błąd, w celu osiągniecia korzyści w postaci dodatkowych punktów za ten wymóg.

Odwołujący podkreślał, że przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp ziszczą się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że zamawiający może zostać wprowadzony w błąd. Rzeczywiste wprowadzenie zamawiającego w błąd nie jest wymagane treścią przywołanego przepisu. Już samo tylko podanie informacji, które mogłyby u zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziściła się przesłanka wykluczenia z postępowania. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. w wyroku z 27 marca 2018 r., sygn. akt KIO 444/18). W wyżej opisanych okolicznościach faktycznych sprawy oczywiste jest, iż wykonawca Synektik zna doskonale rzeczywiste parametry oferowanego angiografu, a wpisanie błędnych informacji w ofercie, jest co najmniej rażącym niedbalstwem. Zgodnie jednak z treścią przywołanego przepisu, aby uznać daną informację za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka była przyczyna podania danej informacji w ofercie. Wystarczające jest bowiem stwierdzenie nawet najmniejszego stopnia winy tj. lekkomyślności czy niedbalstwa. Z całą pewnością działanie wykonawcy Synektik wypełnia znamiona niedbalstwa w przedstawianiu zamawiającemu informacji, które mogłyby mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest upewnienie się, czy informacje przekazane zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18).

Odwołujący podkreślał znaczenie oświadczeń własnych wykonawców, jakie zawarte są w ofercie, za stanowiskiem zawartym w wyroku KIO z 2 maja 2018 r., sygn. akt 596/18. Zgodnie z nim, główne źródło wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, stanowią oświadczenia własne wykonawcy. Wynika z tego większe niż dotychczas znaczenie kwestii prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż KIO bardzo restrykcyjnie orzeka w zakresie oceny spełniania przesłanek wynikających z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zwracając między innymi uwagę na zasadniczą konieczność dołożenia przez

wykonawców należytej staranności przy sporządzaniu oferty oraz podkreślając zawodowy i profesjonalny charakter wykonawców (np. wyrok KIO z 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 271/19).

Odwołujący uzasadniał, że podanie informacji niezgodnej ze stanem faktycznym należy zakwalifikować jako niedbalstwo właśnie przy uwzględnieniu obiektywnego wzorca profesjonalisty, jaki to przymiot posiada wykonawca Synektik. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, w przypadku podania nieprawdziwych informacji zaniechanie wykluczenia jest możliwe tylko wtedy, gdy dany wykonawca w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp złoży samooczyszczenie. Podkreślić jednak należy, że samooczyszczenie złożyć można skutecznie jedynie w przypadku, gdy dany wykonawca składa je z własnej inicjatywy - jeszcze przed otrzymaniem wezwania do wyjaśnień, czy też podniesienia zarzutu. Tak też wielokrotnie orzekała Krajowa Izba Odwoławcza. Przykładowo w wyroku z 14 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 1102/18) oraz w wyroku z dnia 28 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 274/18). Dalej zaznaczył, że w zasadzie wszystkie informacje podawane przez wykonawców, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane urządzenia warunków technicznych wymaganych przez zamawiającego, można uznać za istotne dla wyniku postępowania. Tym bardziej podanie przez wykonawcę Synektik informacji o spełnianiu obligatoryjnego parametru mogło mieć wpływ na wynik postępowania - oczywiste zatem jest, że spełniona została przesłanka wykluczenia wynikająca z przepisu art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe uzasadniony zatem jest zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Synektik z postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie uzasadniony jest także zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą,
a to wobec zaniechania przez zamawiającego uznania oferty wykonawcy Synektik
za odrzuconą.

W dalszej części odwołujący uzasadniał stawiany przez niego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jego zdaniem nieprawidłowe wskazanie przez Synektik spełniania obligatoryjnego parametru wskazanego w pkt 111 załącznika nr 2a
do SIWZ skutkuje także niezgodnością oferty w treścią SIWZ, co na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prowadzić powinno do odrzucenia oferty.

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. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, niezgodność treści oferty
z treścią SIWZ, 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 opisania, 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 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Każda wada oferty, skutkująca niezgodnością oferty z wymogami merytorycznymi, określonymi przez zamawiającego w SIWZ stanowi przesłankę odrzucenia oferty. Tytułem przykładu, odwołujący przywołał wyroki KIO: z 22 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2253/19 oraz z 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 875/20.

Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Synektik, w sytuacji gdy treść oferty nie odpowiada wymogom określonym przez zamawiającego w Załączniku nr 2a do SIWZ,stanowi zatem naruszenie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dalej, odnosząc się do formułowanego w treści odwołania zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że opisane wyżej nieprawidłowe wskazanie przez Synektik spełniania parametrów wskazanych w pkt 5
i 16 załącznika nr 2b do SIWZ skutkuje także nieprawidłową oceną oferty Synektik, a zatem także naruszeniem art. 91 ust 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ust. 2 art. 91 ustawy Pzp, określono otwarty katalog kryteriów oceny ofert, które winny być związane z przedmiotem zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Podkreślić trzeba, iż po upływie terminu składania ofert niedopuszczalne jest odstępowanie, czy też modyfikowanie zasad określonych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w tym dotyczących sposobu oceny ofert. Przyjęcie odmiennego stanowiska godziłoby w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (tak wyrok KIO z 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 823/20).

Dokonanie oceny oferty Synektik niezgodnie z ustalonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, w szczególności poprzez przyznanie punktów w kryterium „ocena techniczna” w pkt 5
i 16 stanowi naruszenie zasad dokonywania oceny ofert wynikających z ustawy Pzp, bowiem oferta ta nie powinna otrzymać dodatkowych punktów w kryterium „Ocena techniczna”, z uwagi na brak posiadania wskazanych parametrów przez oferowany angiograf. Nadto stanowi naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania pomiędzy nimi uczciwej konkurencji - jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt XIX Ga 468/10, w którym sąd podkreśla, że w przypadku oceny oferty przy zastosowaniu kilku kryteriów decydujące znaczenie ma kompleksowa analiza oferty pod kątem spełnienia wszystkich wyznaczonych cech przedmiotowych, ustanowionych jako kryteria oceny ocen.

Zamawiający, 24 listopada 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia.
Do postępowania odwoławczego zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego, w dniu 27 listopada 2020 r.: wykonawca **Synektik S.A. z siedzibą w Warszawie**.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym

w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej przez Synektik w postępowaniu, treścią wyjaśnień składanych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

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

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający 12 listopada 2020 r. poinformował o dokonanej ocenie ofert złożonych w postępowaniu wskazując, że oferta Synektik otrzymała 100 punktów, a oferta odwołującego - 96,10 punktów. Jednocześnie zamawiający przesłał wykonawcom tabelę zawierającą zestawienie przyznanych punktów w ramach kryteriów ustalonych w ocenie technicznej ofert. W ocenie odwołującego Synektik winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu, tymczasem w kryterium „Ocena techniczna" wykonawca ten otrzymał punkty za spełnienie wymagań określonych w pkt 5 i 16 załącznika nr 2b do SIWZ. Dokonana przez zamawiającego błędna ocena ofert w postepowaniu powoduje, że odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej przez przystępującego w postępowaniu, a także wyjaśnień składanych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego i przystępującego, przedłożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale III, pkt, ppkt 1.1. SIWZ jest zakup i dostawa angiografu, o właściwościach oraz parametrach funkcjonalnych i technicznych, a także wyposażeniu, określonym w załączniku nr 2a do SIWZ - formularz ofertowy techniczny. W Rozdziale X SIWZ - Opis sposobu przygotowania ofert, pkt 4 zamawiający określił, że na ofertę składają się:
(i) formularz ofertowy - załącznik nr 1, (ii) zestawienie asortymentowo wartościowe - załącznik nr 2, (iii) formularz ofertowy techniczny - załącznik nr 2a, (iv) formularz oceny technicznej - załącznik nr 2b.

Ponadto Izba ustaliła, że w Rozdziale XIII -Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, wymieniono dwa kryteria oceny złożonych ofert: (1) cena - waga 60%, (2) ocena techniczna - waga 40%. W kryterium ocena techniczna oferty, punkty „małe" miały być przyznawane ofertom badanym w oparciu o informacje określone przez wykonawcę w formularzu oceny technicznej, będącym załącznikiem nr 2b do SIWZ. Suma „punktów małych" uzyskana przez ofertę badaną stanowić z kolei podstawę do wyliczenia ilości punktów uzyskanych przez tę ofertę w kryterium oceny technicznej zgodnie z wzorem określonym w SIWZ.

Powyższe zapisy oznaczały, że zamawiający w załączniku nr 2a opisał parametry urządzenia, którymi miało charakteryzować się urządzenie, a których spełnienie było konieczne, natomiast na podstawie informacji przekazywanych przez wykonawcę w załączniku nr 2b do SIWZ - przyznawał punkty w ramach kryterium oceny ofert pn. ocena techniczna.

Odwołujący upatrywał naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp podnosząc, że oświadczenie złożone przez Synektik w pkt 111 załącznika 2a do SIWZ jest niezgodne ze stanem faktycznym, bowiem oferowany aparat Azurion 3M12 produkcji Philips Medical Systems Nederland B.V., zaoferowany przez niego w postępowaniu, nie ma możliwości wyposażenia w najnowszy i najskuteczniejszy pakiet redukcji dawki tj. w przypadku tego producenta ClarityIQ.

Kluczowe, w ocenie Izby, dla oceny zarzutu, jest interpretacja zapisu pkt 111, sformułowanego przez zamawiającego w treści SIWZ, w brzmieniu po dokonanych przez zamawiającego 16 października 2020 r., modyfikacjach. Wskazano w nim, że aparat musi być wyposażony w pakiet najbardziej zaawansowanych i wydajnych, specjalizowanych algorytmów właściwych dla danego producenta, działających w czasie rzeczywistym, poprawiających jakość uzyskiwanego obrazu i umożliwiających obrazowanie z obniżoną dawką. Jako przykładowe rozwiązania wpisano np. DoseRite, CARE+CLEAR, Clarity IQ zaznaczając, że te są różne, w zależności od nomenklatury przyjętej przez producenta. Wymaganie to należy rozumieć w taki sposób, że aparat miał być wyposażony w taki pakiet algorytmów, który jest najbardziej zaawansowany i wydajny, właściwy dla danego producenta, a także taki, który poprawia jakość uzyskiwanego obrazu i umożliwia obrazowanie z obniżona dawką.

Odwołujący z kolei to wymaganie, co wynika zarówno z treści złożonego odwołania, jak też z argumentacji prezentowanej na rozprawie, odnosił do kwestii maksymalnej redukcji dawki promieniowania jonizującego. Na rozprawie argumentował, że lekarz, który jest podczas badania stale przy pacjencie, jest w dużym stopniu narażony na promieniowanie rentgenowskie. Z tych powodów wszyscy producenci urządzeń zmierzają z jednej strony do ograniczenia promieniowania, przy zachowaniu parametru w postaci jak najlepszej jakości obrazu. Kluczowym zatem, w ocenie odwołującego, był parametr dotyczący maksymalnej redukcji promieniowania jonizującego. Dowód przedłożony przez odwołującego na rozprawie w postaci opracowań naukowych, zamieszczonych w pismach z branży medycznej, które miały prezentować jaki wpływ ma promieniowanie jonizujące na osoby, które stale pracują przy tym aparacie - odnosił się wyłącznie do tego parametru urządzenia, tym samym w kontekście opisu zawartego w pkt 111 - należy go uznać za nieprzydatny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Oczekiwaniem zamawiającego nie było bowiem, aby aparat

był wyposażony „w najnowszy i najskuteczniejszy pakiet redukcji dawki". Należy również dostrzec, że zamawiający nie określił, jako parametru którym charakteryzować ma się dane urządzenie, określonej dawki promieniowania. Zamawiający nie wskazał ani określonego poziomu redukcji dawki, ani też nie posłużył się procentowym stopniem redukcji dawki promieniowania właściwej dla urządzenia. Tym samym w zakresie tego konkretnego parametru każde zaoferowane urządzenie, które spełniało parametry graniczne opisane przez zamawiającego w załączniku nr 2a do SIWZ - mogło zostać zaoferowane.

Izba zgadza się z zamawiającym, że wymaganie opisane w treści pkt 111, należy rozumieć jako wymóg wyposażenia oferowanego urządzenia w pakiet nowoczesnych rozwiązań technicznych, uszczegółowionych poprzez dalsze jednoznacznie i precyzyjnie opisane wymogi, które zostały skonkretyzowane w opisie przedmiotu zamówienia. Przywołanie z kolei, jako przykładowych rozwiązań charakterystycznych dla różnych producentów: DoseRite, CARE+CLEAR, Clarity IQ nie oznacza, że oferowane rozwiązanie miało być identyczne, jak to wymienione w treśc opisu. Byłoby to niezgodne z przepisem
art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który zabrania opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który ograniczałby zasadę uczciwej konkurencji. Opisanie, jako przykładowy, określonego sytemu, poprzez wskazanie określeń czy parametrów, charakterystycznych dla danego producenta lub konkretnego produktu, a następnie żądanie ich zaoferowania przez wykonawcę - stanowiłoby naruszenie zasad przewidzianych w ustawie Pzp.

Odwołujący twierdził, że Synektik powinien w swojej ofercie zaoferować w tym punkcie pakiet ClarityIQ, gdyż ten jest bardziej zaawansowany i wydajny, niż zaoferowany przez niego Dose Wise. Przedstawiał na tą okoliczność dowody w postaci kopii ofert, w których opisano produkt ClarityIQ, publikacji ze strony internetowej producenta, w których chwali się nowymi rozwiązaniami oraz instrukcji obsługi aparatu Azurion, z której wynika, że przy zastosowaniu tego rozwiązania możliwe jest osiągnięcie dużej redukcji poziomu dawki promieniowania. Dowody te miały potwierdzać, że to właśnie pakiet ClarityIQ oferowany przez Synektik, jest najnowocześniejszym, dostępnym systemem, wyposażonym w pakiet aplikacji i rozwiązań, redukujących dawkę promieniowania i poprawiające jakość obrazu. Analiza tych dowodów prowadzi do wniosku, że odwołujący, wskazując na to konkretne rozwiązanie i opisując jego niewątpliwe zalety, odnoszące się do możliwości zredukowania promieniowania, zdaje się nie dostrzegać, że jest to jedynie jedna, spośród wielu funkcjonalności opisanych przez zamawiającego, jakie musi posiadać zamawiany aparat. Opis zawarty w załączniku nr 2a do SIWZ określa, w sposób szczegółowy jakie urządzenie miało być dostarczone w tym zamówieniu, aby spełnił oczekiwania zamawiającego. Parametry te w efekcie determinowały, jakiej klasy urządzenia oczekiwał zamawiający.

Wymagania sprecyzowane przez zamawiającego odnosiły się wprost do urządzenia tj. zamawianego angiografu, natomiast System ClarityIQ, co wynika również z dowodów złożonych przez odwołującego, jest rozwiązaniem opcjonalnym, a w rzeczywistości jest to oddzielny komputer stosowany w przypadku oferowania aparatu Azurion 7, a nie w przypadku aparatu, który zaoferował przystępujący w tym postępowaniu tj. Azurion 3.

Ponadto, Izba dopuściła i przeprowadziła dowód złożony przez Synektik, w postacioświadczenia firmy Philips - producenta urządzenia, który stwierdził, że pakietem najbardziej zaawansowanych i wydajnych algorytmów, wspólnych dla całej rodziny angiografów Azurion jest pakiet opcji Dose Wise. Oświadczenie to zostało podpisane przez pana Wiesława Klatt, który zgodnie z upoważnieniem znajdującym się w aktach sprawy został umocowany
do działania w imieniu producenta w zakresie składania oświadczeń odnoszących się
do parametrów oferowanych urządzeń. Dowód ten należało uznać za wiarygodny, potwierdzający, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wymagania zamawiającego w brzmieniu opisanym przez zamawiającego w pkt 111.

Z kolei odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu przeciwnego na okoliczność,
że pakiet opcji Dose Wise nie spełnia wymagań zamawiającego, opisanych w tym punkcie.
Z powyższych powodów Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołującego, naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Synektik, z tego powodu, że wprowadził zamawiającego w błąd co do spełniania przez zaoferowane urządzenie (angiograf Azurion 3M12) obligatoryjnego parametru określonego w pkt 111 załącznika nr 2a do SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Synektik z tego powodu, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, z uwagi na brak spełniania przez oferowane przez wykonawcę urządzenie wyżej opisanych wymogów.
Nie potwierdził się także, w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw.
z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Synektik, pomimo wprowadzenia zamawiającego przez tego wykonawcę w błąd co do spełniania przez zaoferowane urządzenie (angiograf Azurion 3M12) parametrów punktowanych, wynikających z pkt 5 i 16 załącznika nr 2b do SIWZ.
W zakresie parametru, opisanego w pkt. 5 Załącznika nr 2b Formularza oceny technicznej przystępujący udzielił odpowiedzi: „Tak, rozwiązanie równoważne, dyski SSD".
Z kolei odwołujący podnosił, że oświadczenie to jest niezgodne z treścią wyjaśnień zamawiającego, udzielonych pismem z 16 października 2020 r. W ich rezultacie zamawiający dopuścił rozwiązanie oparte na dyskach SSD a nie tradycyjnych HDD, jako równoważne, ale nie zrezygnował z systemu RAID.

W ocenie Izby zarzut ten jest nieuzasadniony, gdyż nie doszło w tym przypadku
do wprowadzenia zamawiającego w błąd, co do spełnienia wymagań opisanych w tym punkcie. Synektik oświadczył bowiem w treści tabeli, że oferuje rozwiązanie równoważne
do tego, jakiego oczekuje zamawiający. Przepisał ponadto treść odpowiedzi na pytanie, które zadał jeden z wykonawców w postępowaniu. Nie można zatem twierdzić, że przekazał
w treści tabeli informacje, które byłyby niezgodne z rzeczywistością, mające na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego, a tym samym takie, które mogłyby spowodować przyznanie punktów w tym kryterium.

Co istotne zamawiający stwierdzając, że oferowane rozwiązanie ma być równoważne do tego, które opisał w tabeli, poprosił Synektik o złożenie wyjaśnień. Ten, w odpowiedzi wskazał, że producent angiografu Azurion zabezpieczył system komputerowy przed przerwą w pracy, poprzez zastosowanie dysków SSD o znacząco podwyższonej niezawodności, uznanych przez zamawiającego jako rozwiązanie równoważne w odniesieniu do dysków HDD w systemie RAID. Zastosowane dyski SSD nie posiadają elementów mechanicznych, co jego zdaniem praktycznie eliminuje możliwość wystąpienia takich uszkodzeń. Dalej wyjaśniał, że analogicznie jak w rozwiązaniu wykorzystującym dyski HDD, gdzie w systemie RAID system zbudowany jest z kilku dysków a dane są rozproszone (podzielone) na kilka dysków. Podobnie jak w przypadku dysków HDD w systemie RAIDw rozwiązaniu z użyciem dysków SSD pamięć tych dysków podzielona jest na kilka/ kilkanaście oddzielnych „kości" pamięci, a dane są rozproszone (podzielone) na oddzielne układy scalone. Całość tworzy rozwiązanie, w którym nie jest możliwe uszkodzenie kilku układów pamięci jednocześnie, co zapewnia bezpieczeństwo bezprzerwowego prowadzenia zabiegu.

Zamawiający ocenił te wyjaśnienia negatywnie uznając, że Synektik nie powinien otrzymać żadnych punktów w tej części oceny ofert.

Izba podziela wprawdzie ocenę odwołującego, który zauważył, że negatywna decyzja zamawiającego pozostaje bez wpływu na kwestię możliwości wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełniania określonych wymagań, to jednak stwierdzić należy, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący raczej niewłaściwie zinterpretował treść wyjaśnień, udzielonych przez zamawiającego pismem z 16 października 2020 r. na pytanie nr 12 i w konsekwencji zaoferował rozwiązanie, które zgodnie z opisem uznał za równoważne. Sam odwołujący w treści odwołania również zauważył, że wpisane
w tym polu informacje wynikają z błędnej interpretacji wymagań opisanych przez zamawiającego w treści wyjaśnień.

Z kolei w zakresie parametru opisanego w Załączniku nr 2b Formularza oceny technicznej, opisanego w pkt 16, Synektik podał, że liczba dostępnych powiększeń live wynosi 1280. Ponadto, w celu wskazania sposobu obliczenia tej liczby podał, że istnieje 5 pól obrazowych, a na każdym polu występuje funkcja „płynnego" powiększenia live. Słowo „płynne" zostało ujęte w cudzysłów, gdyż jak wyjaśnił przystępujący na rozprawie stopnie powiększenia realizowane są z rozdzielczością skali 8 bit czyli 256 powiększeń dla każdego
z pól. Opis w treści tabeli był zatem jasny i precyzyjny.

Z kolei zarzut, który sformułował odwołujący ograniczał się do twierdzenia,
że wykonawca zadeklarował opis odnoszący się nie do skali szarości, a jedynie do liczby powiększeń live. Z tego też powodu zamawiający miał przyznać przystępującemu punkty
w tym kryterium.

Jak wyjaśnił z kolei zamawiający zaoferowanie płynnego powiększenia mieści się
w określeniu „powiększenia live". Ponieważ oodwołujący nie zakwestionował w żaden sposób wzoru, na podstawie którego Synektik wyliczył liczbę powiększeń w wielkości 1280, nie rozszerzył również w treści odwołania argumentacji, odnoszących się do zaistnienia przesłanek wynikających z treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, w zakresie dotyczącym tego konkretnego parametru - zarzut ten podlegał oddaleniu.

Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie bowiem zwracała uwagę, że wykonawca, wnosząc odwołanie ma obowiązek precyzyjnego wyrażenia swoich zastrzeżeń wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, co oznacza konieczność określenia nie tylko podstawy prawnej zarzutu i żądania, ale również podstawy faktycznej - na tyle precyzyjnie, aby umożliwić stronie przeciwnej odniesienie się do tych zarzutów, a Izbie - ocenę ich zasadności. Precyzyjne zakreślenie podstawy faktycznej zarzutu winno nastąpić już w treści odwołania. Formułując zatem zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego, odwołujący był zobowiązany wskazać w odwołaniu, w jaki sposób treść przekazywanych nieprawdziwych informacji miała lub mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby odwołujący nie wywiązał się z tego obowiązku, ograniczając się jedynie
do twierdzeń, że przystępujący złożył deklarację odnoszącą się nie do wymagania zawartego w opisie, a „zadeklarował opis wskazujący na płynną zmianę okna skali szarości", co należy uznać za niewystarczające dla oceny przedmiotowego zarzutu. Izba nie może bowiem - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przez co należy rozumieć również zarzuty blankietowe, przedstawione jedynie w sposób ogólny i niedoprecyzowany.

Z powyższych powodów Izba uznała również, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 91 ust 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty Synektik w sposób nierzetelny, niezgodny z jej treścią, a przede wszystkim zasadami określonymi w załączniku nr 2b do SIWZ, a w konsekwencji przyznanie ofercie Synektik w kryterium „Ocena techniczna" punktów za wymogi z pkt 5 i 16 pomimo,
iż wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą dokumentów potwierdzających,
że zadeklarowane w ofercie parametry są spełnione, a zgodnie z wiedzą odwołującego
i faktycznym opisem oferowanych parametrów zamawiający nie powinien przyznać punktów ofercie w powyższym zakresie.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy w zakresie parametru opisanego w pkt 5 zamawiający nie przyznał Synektik punktów. W przypadku wymagania z pkt 16 - odwołujący nie sprostał z kolei ciężarowi wykazania, że parametr ten, w przypadku oferowanego przez Synektik urządzenia nie został spełniony.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości
i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: ……