

WYROK

Warszawa, dnia 29 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę Varian Medical Systems Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zagłębiowskie Centrum Onkologii Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Elekta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy Elekta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 2/3 i zamawiającego w części 1/3 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Varian Medical Systems Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Varian Medical Systems Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Zagłębiowskie Centrum Onkologii Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od zamawiającego Zagłębiowskiego Centrum Onkologii Szpitala Specjalistycznego im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej na rzecz wykonawcy Varian Medical Systems Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę Varian Medical Systems Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3672/23

Uzasadnienie

Zamawiający Zagłębiowskie Centrum Onkologii Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Dostawa akceleratora wysokoenergetycznego” (Numer sprawy: ZP/47/ZCO/2024). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 sierpnia 2024 r. pod nr 484781-2024

Dnia 7 października 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Varian Medical Systems Poland spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty Elekta sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Elekta”), która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Elekta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) zaniechania wezwania Elekta do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych;
- 4) zaniechania żądania wyjaśnień ceny oferty Elekta, która wydaje się być rażąco niska;
- 5) wyboru oferty Elekta jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 14 ust. 1 i 3 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako „uznk” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elekta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na podaniu przez Elekta w pozycji 67 Formularza parametrów technicznych i użytkowych nieprawdziwych informacji co do wartości maksymalnej transmisji promieniowania przez listki i szczęki kolimatora MLC w celu uzyskania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne (T)” ponieważ oferowany przez Elekta akcelerator Versa HD nie zawiera w swojej budowie dodatkowych szczęk kolimatora, przez co w ogóle nie ma możliwości ograniczenia promieniowania przez jego listki i szczęki, co skutkowało naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie punktów Elekta w ramach kryterium opisanego w pozycji 67 Formularza parametrów technicznych i użytkowych;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 14 ust. 1 i 3 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako „uznk” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elekta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na podaniu w pozycji 151 formularza parametrów technicznych i użytkowych oraz w załączonym do oferty oświadczeniu Elekta z dnia 17 września 2024 r. nieprawdziwych informacji co do posiadania przez oferowany system 3 kamer w celu uzyskania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne (T)”, podczas gdy Elekta, która deklaruje, że jest producentem oferowanego systemu nie ma takiego produktu własnego w swojej ofercie, co skutkowało naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie punktów Elekta w ramach kryterium opisanego w pozycji 151 Formularza parametrów technicznych i użytkowych;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elekta, która nie skonkretyzowała oferowanego przedmiotu oferty, w szczególności w zakresie pozycji 129, 148-150, 152-154 oraz 171, 175 i 176-177 obejmujących wyposażenie akceleratora, w sposób umożliwiający jego identyfikację co jest równoznaczne z niezaoferowaniem wymaganego wyposażenia, a co za tym idzie oferta Elekta jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- ewentualnie:

4) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie deklaracji zgodności z wymaganiami zasadniczymi CE dla oprogramowania MIM - będącego wyrobem medycznym - obsługującym oferowane przez Elekta rozwiązanie w ramach pozycji 133, 139 i 140 Formularza parametrów technicznych i użytkowych;

5) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie parametrów technicznych w zakresie pozycji 148-150 oraz 152-154 Formularza parametrów technicznych i użytkowych ponieważ w załączonym do oferty oświadczeniu Elekta z dnia 17 września 2024 r. nie wskazano informacji pozwalających na identyfikację oferowanego w ramach tych pozycji wyposażenia, a co za tym idzie złożone przez Elekta dokumenty są w tym zakresie niekompletne i uniemożliwiają weryfikację oferowanych parametrów, a ponadto Elekta nie złożyła deklaracji zgodności z wymaganiami zasadniczymi CE dla wyposażenia będącego wyrobem medycznym;

6) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie deklaracji zgodności z wymaganiami zasadniczymi CE dla będącego wyrobem medycznym wyposażenia oferowanego przez Elekta w ramach pozycji 171, 175, 176 i 177 Formularza parametrów technicznych i użytkowych;

7) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od Elekta wyjaśnień zaoferowanej ceny, która może wskazywać, że Elekta skrajnie zaniżyła cenę akceleratora (poniżej wartości rynkowej) lub nie skalkulowała istotnych elementów cenotwórczych.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Elekta jako najkorzystniejszej;
- 2) ponowną ocenę ofert;
- 3) odrzucenie oferty Elekta;

- ewentualnie

- 4) wezwanie Elekta do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych;
- 5) żądania od Elekta wyjaśnień w zakresie ceny oferty lub jej istotnych części składowych;
- 6) na podstawie art. 573 ustawy Pzp zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;
- 7) dopuszczenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia na okoliczności tam wskazane.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania bowiem jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, który złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu rankingu. Odwołujący wskazał, że w przypadku odrzucenia oferty Elekta, jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący podał również, że posiada interes w stawianiu zarzutów ewentualnych. Wezwanie Elekta do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny wiąże się bowiem z ich ponowną oceną, która może okazać się negatywna. Również w tym przypadku jak zauważył Odwołujący dalej posiadać będzie realne szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że konsekwencją wadliwych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu jest pozbawienie Odwołującego potencjalnego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi szkodę.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a). Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 27 września 2024 r. (Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 7 października 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w ramach pozycji 67 Formularza parametrów technicznych i użytkowych Zamawiający wymagał potwierdzenia następującego parametru:

Powyższy parametr nie był obligatoryjny, ale oceniany w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne (T)”. Za potwierdzenie tego parametru wykonawcy mogli otrzymać 5 ppkt częściowych. Odwołujący zauważył, że Elekta w ramach tej pozycji oświadczyła: „TAK, Maksymalna transmisja promieniowania przez listki i szczęki kolimatora MLC: < 0,1% FMI 1 str. 14”.

Odwołujący wskazał na odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego na pytanie nr 13 oraz dokonaną w związku z tym modyfikację postanowień SWZ.

Odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia powyższego parametru Elekta przedłożyła Specyfikację produktu Elekta VersaHD w pliku pn. „FMI 1”, dalej jako „FMI 1”. Elekta w Formularzu parametrów technicznych i użytkowych również wskazała, że parametr z pozycji 67 znajduje potwierdzenie na stronie 14 FMI 1. Na wskazanej przez Elekta stronie jak i w całym dokumencie FMI 1 nie ma mowy o parametrze wymaganym w ramach pozycji 67. Wykonawca bezwzględnie nie powinien zatem według Odwołującego otrzymać punktów w ramach tego kryterium. Elekta świadomie wprowadziła Zamawiającego w błąd w celu uzyskania punktów w ramach tego kryterium. Odwołujący podał, że oferowany przez Elekta akcelerator Versa HD nie zawiera w swojej budowie dodatkowych szczęk kolimatora, przez co w ogóle nie ma możliwości ograniczenia promieniowania przez jego listki i szczęki. Działanie to należy zdaniem Odwołującego klasyfikować w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji bowiem podanie w Formularzu parametrów technicznych nieprawdziwych informacji, mogło przelożyć się na przysporzenie na rzecz Elekta korzyści związanych z udzieleniem tego zamówienia, co w sposób bezsprzeczny narusza interes innych wykonawców biorących udział w przetargu. Brak fakultatywnych przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp jak zauważył Odwołujący nie zwalnia tym samym Zamawiającego od weryfikacji prawdziwości podanych informacji.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że w ramach pozycji 151 Formularza parametrów technicznych i użytkowych Zamawiający wymagał potwierdzenia następującego parametru:

Powyższy parametr jak zauważył Odwołujący nie był obligatoryjny, ale oceniany w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne (T)”. Za potwierdzenie tego parametru wykonawcy mogli otrzymać 5 ppkt częściowych.

Odwołujący wskazał, że Elekta w ramach tej pozycji oświadczyła: „TAK, System synchronizacji oddechowej jest zintegrowany z akceleratorem, zawiera co najmniej 3 kamery, jest oparty o metody analizy powierzchni skóry pacjenta Oświadczenie Wykonawcy dot. parametrów”.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu nr 2 ponownie powołał się na odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego na pytanie nr 13

Odwołujący podał, że w celu potwierdzenia powyższego parametru, Elekta, jako rzekomy producent oferowanego rozwiązania, powołała się na załączone do oferty oświadczenie własne z dnia 17 września 2024 r. o następującej treści:

Powyższe oświadczenie jest jak zauważył Odwołujący kalką uzupełnionego przez Elekta Formularza parametrów technicznych i użytkowych, a co za tym idzie parametry te są nieweryfikowalne. Na podstawie złożonego oświadczenia

nie da się bowiem zidentyfikować oferowanego rozwiązania i poznać jego parametrów. Oświadczenie własne Elekta ma w związku z powyższym taką samą wartość jak deklaracja Elekta z Formularza parametrów technicznych i użytkowych, przez co takiego dokumentu nie można uznać w ogóle za dokument szczegółowy w znaczeniu, o który mowa w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 13 z dnia 28 sierpnia 2024 r.

Oświadczenie własne wykonawcy powinno być zdaniem Odwołującego na tyle szczegółowe, aby Zamawiający miał możliwość weryfikacji deklarowanych parametrów, a co za tym idzie prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia. Powielenie w dokumencie przedmiotowym tej samej deklaracji co w ofercie wypacza z kolei sens składania tego rodzaju dokumentów. Na tej podstawie parametry są dalej nieweryfikowalne, a co za tym idzie nieprawidłowe. Odwołujący podniósł, że Elekta nie posiada w swojej ofercie oferowanego systemu (zawierającego 3 kamery). Elekta tym samym nie tylko nie potwierdziła oferowanych parametrów złożonym dokumentem przedmiotowym, którego uzupełnić już nie może (art. 107 ust. 3 ustawy Pzp), ale przede wszystkim świadomie wprowadziła Zamawiającego w błąd, co klasyfikować należy zdaniem Odwołującego w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zarzutów nr 3 i 5 Odwołujący wskazał, że w Formularzu parametrów technicznych i użytkowych zawierającym opis przedmiotu zamówienia na dostawę, instalację i uruchomienie akceleratora wysokoenergetycznego z wyposażeniem w tabeli identyfikującej przedmiot oferty Elekta ograniczyła się do wskazania wyłącznie danych dotyczących akceleratora Versa HD. Innych danych nie ma także w poszczególnych pozycjach dotyczących konkretnych deklarowanych parametrów technicznych i użytkowych. Tymczasem jak zauważył Odwołujący wskazany przez Elekę akcelerator nie realizuje samodzielnie wszystkich deklarowanych przez wykonawcę parametrów technicznych i użytkowych, ponieważ te zapewniają dodatkowe elementy składające się na wyposażenie akceleratora. W tym celu konieczne więc było zaoferowanie i wskazanie w ofercie (skonkretyzowanie) innych elementów składających się na przedmiot oferty, aby Zamawiający był w stanie ustalić, co konkretnie wykonawca zaoferował oraz czy zaoferowany przedmiot rzeczywiście jest zgodny z warunkami zamówienia oraz parametrami deklarowanymi w ramach kryterium pozacenowego. Tymczasem zdaniem Odwołującego na podstawie oferty Elekty Zamawiający nie ma możliwości skonkretyzowania przedmiotu oferty, ani ustalenia co wykonawca zaoferował oraz potwierdzenia, że wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego oraz deklaracjami Elekty w kryterium pozacenowym. Odwołujący wskazał, że Elekta w celu potwierdzenia parametrów posłużyła się w zakresie bardzo wielu parametrów oświadczeniem własnym, wskazując, że w tym zakresie działa jako przedstawiciel producenta. Tymczasem znacząca część parametrów nie jest realizowana przez wskazany w treści oferty akcelerator Elekta Versa HD, lecz przez wyroby innych producentów, stanowiące wyroby medyczne. Wyroby te nie zostały jednak wskazane w treści oferty. W konsekwencji uznać należy według Odwołującego, że nie zostały przez Elekta zaoferowane. Jako przykład Odwołujący wskazał pozycję 129 Kompletny zestaw narzędzi do pomiarów tzw. CTDI (Computed Tomography Dose Index) Elekta zadeklarowała jego spełnienie, powołując się na oświadczenie własne. Tymczasem parametr ten nie jest spełniony przez oferowany akcelerator Versa HD, lecz wymaga zaoferowania dodatkowego wyposażenia innego producenta, które nie zostało przez Elekta skonkretyzowane w ofercie. To samo dotyczy pozycji 148-150, 152-154, 171, 175 i 176-177 formularza parametrów technicznych i użytkowych. W zakresie ww. pozycji Elekta nie wskazała jakie wyroby oferuje, a także ograniczyła się do potwierdzenia oferowanych parametrów wyłącznie oświadczeniem własnym z dnia 17 września 2024 r. stanowiącym, analogicznie jak w przypadku pozycji 151, kalkę deklaracji z formularza. Na podstawie złożonego oświadczenia nie da się bowiem zidentyfikować oferowanego rozwiązania, przy czym parametry te są obligatoryjne. Skoro ocena zaoferowanych wyrobów powinna być związana z oceną złożonych dokumentów uznać zatem należy w ocenie Odwołującego, że wykonawca w ogóle nie zaoferował wyposażenia akceleratora w ww. zakresie.

W uzasadnieniu zarzutów 4, 5 i 6 Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem VII ust. 1 lit. c SWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć następujące dokumenty przedmiotowe: c) deklaracja zgodności z wymaganiami zasadniczymi CE oraz jeżeli dotyczy certyfikat jednostki notyfikowanej, która brała udział w ocenie wyrobu medycznego o ile jest to wymagane odrębnymi przepisami. W związku z tym, że wyroby oferowane w ramach pozycji 133, 139, 140, 148-150, 152-154, 171, 175, 176 i 177 Formularza parametrów technicznych i użytkowych są wyrobami medycznymi, Elekta powinna zdaniem Odwołującego złożyć deklaracje zgodności z wymaganiami zasadniczymi CE, których nie ma w ich ofercie. Odwołujący jednocześnie wskazał, że w ramach pozycji 133, 139 i 140 zasadnym było również przedstawienie przez Elekta deklaracji zgodności z wymaganiami zasadniczymi CE dla oprogramowania MIM, będącego wyrobem medycznym. Rozwiązania oferowane w ramach pozycji 133, 139 i 140 oparte są bowiem na oprogramowaniu MIM, co potwierdza FMI 1 na stronie 29.

W uzasadnieniu zarzutu nr 7 (omyłkowo wskazany w uzasadnieniu faktycznym jako zarzut nr 5) Odwołujący wskazał, że

w jego ocenie Elekta zaniżyła cenę Akceleratora z uwagi na brak uwzględnienia produktów dodatkowych stanowiących wyposażenie akceleratora. Jako uzasadnienie swojego twierdzenia Odwołujący powołał się na inne postępowania, w których brał udział Przystępujący. Odwołujący zaprezentował również zestawienie elementów, których nie uwzględnił jego zdaniem Przystępujący wraz z ich przykładową wyceną.

W dniu 22 października 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego, według norm prawnem przepisanych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia z uwagi na to, że jego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego podczas rozprawy przed KIO, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na to, że cena jego oferty przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Izba wskazuje, że na obecnym etapie postępowania nie ma pewności co do tego, czy Zamawiający nie zwiększy środków na realizację przedmiotowego zamówienia. Izba wskazuje, że fakt, że zamówienie ma zostać zrealizowane ze środków z uzyskanej przez Zamawiającego dotacji, nie przesądza o tym, że Zamawiający nie będzie mógł przeznaczyć na realizację zamówienia dodatkowych środków. Ewentualna ocena możliwości zwiększenia środków dokonywana jest przez Zamawiającego po wydaniu orzeczenia przez KIO.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Elekta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Elekta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej również: „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W dniu 22 października 2024 r. Przystępujący złożył do akt sprawy pismo procesowe.

W dniu 24 października 2024 r. Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, pisma procesowego Przystępującego z dnia 22 października 2024 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 24 października 2024 r. wraz z załącznikami oraz dowodów nr 1-3, 5-6 i 10 złożonych przez Odwołującego podczas posiedzenia przed KIO.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego załącznik do pisma procesowego Przystępującego wyłącznie w zakresie, w jakim został on przetłumaczony przez Przystępującego w treści pisma procesowego oraz w zakresie pojęć, których tłumaczenie przedłożył Odwołujący podczas posiedzenia przed KIO. W pozostałej części Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego przedłożonego załącznika z uwagi na obowiązek składania w postępowaniu przed KIO dokumentów wraz z tłumaczeniem na język polski.

Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego dowodów nr 4, 7, 8 i 9 złożonych przez Odwołującego podczas posiedzenia przed KIO z uwagi na obowiązek składania w postępowaniu przed KIO dokumentów wraz z tłumaczeniem na język polski.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 zasługiwało na uwzględnienie, zaś w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Dostawa akceleratora wysokoenergetycznego”. W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący. Zgodnie z rozdziałem III SWZ (OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I WARUNKI REALIZACJI ZAMÓWIENIA):

„1.Przedmiotem zamówienia jest dostawa akceleratora wysokoenergetycznego – 1 sztuka.

2.Przedmiot zamówienia jest w szczególności:

1)dostawa, magazynowanie, instalacja i uruchomienie wysokoenergetycznego akceleratora liniowego

2)demontaż i utylizacja wyeksploatowanego akceleratora liniowego True Beam firmy Varian oraz prace adaptacyjne pomieszczenia do zainstalowania i uruchomienia nowego akceleratora,

- 3) konfiguracja i integracja oferowanego akceleratora z systemami planowania i zarządzania,
- 4) sporządzenie projektu osłon radiologicznych dla oferowanego akceleratora,
- 5) przeprowadzenie szkoleń personelu Zamawiającego z obsługi urządzeń.

(...)

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (akceleratora liniowego z wyposażeniem) znajduje się w załączniku nr 1a do SWZ – Formularz parametrów technicznych i użytkowych.”

W załączniku nr 1a do SWZ (Formularz parametrów technicznych i użytkowych) Zamawiający zawarł parametry, jakie powinien spełniać akcelerator oraz jego wyposażenie.

Parametru nr 67 Formularza został opisany następująco:

Parametr 151 Formularza został opisany następująco:

W rozdziale VII SWZ(PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE) wskazano:

„1. Zamawiający żąda, by Wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

a) Oświadczenie według załącznika nr 1 do SWZ (oświadczenie, że oferowane produkty kwalifikowane jakodo wyroby medyczne posiadają aktualne dokumenty potwierdzające dopuszczenie przedmiotu zamówienia do obrotu i używania zgodnie z ustawą z dnia 7 kwietnia 2022r o wyrobach medycznych oraz rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych albo rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro (o ile dotyczy) oraz z innymi obowiązującymi przepisami prawnymi w tym zakresie.

b) dokument potwierdzający spełnienie parametrów technicznych oferowanego sprzętu, tj. w szczególności instrukcja obsługi, folder, katalog. Dotyczy opisu przedmiotu zamówienia (Formularz parametrów technicznych i użytkowych – załącznik 1a do SWZ) punkty od 1 do 170.

Wykonawca powinien w ofercie w kolumnie: parametr oferowany podać numer strony załączonego dokumentu oraz w załączonym dokumencie zaznaczyć lp. z załącznika nr 1a do SWZ w celu potwierdzenia spełnienia danego parametru.

W przypadku innego nazewnictwa udokumentować tożsamość.

c) deklaracja zgodności z wymaganiami zasadniczymi CE oraz jeżeli dotyczy certyfikat jednostki notyfikowanej, która brała udział w ocenie wyrobu medycznego o ile jest to wymagane odrębnymi przepisami.”

Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 13 Zamawiający zmodyfikował powyższe postanowienie SWZ w następujący sposób:

Wraz z ofertą Przystępujący złożył m.in. załącznik nr 1a oraz oświadczenie własne z dnia 17 września 2024 r.

Pozycje 148-150 zostały uzupełnione w następujący sposób:

148	Kompletny zestaw do realizacji planów leczenia, opracowanych w oferowanym lub posiadanym przez Zamawiającego systemie planowania leczenia 3D firmy Varian MS na podstawie skanów tomograficznych zsynchronizowanych z cyklem oddechowym pacjenta, zarówno dla posiadanego przez Zamawiającego symulatora CT Somatom Definition AS Open jak i oferowanego akceleratora.	TAK	Bez oceny	TAK
149	System śledzenia cyklu oddechowego pacjenta	TAK	Bez oceny	TAK

150	Bezpośrednie sterowanie zatrzymywaniem i uruchamianiem emisji wiązki terapeutycznej przyspieszacza zgodnie z wybranym cyklem oddechowym pacjenta.	TAK	Bez oceny	TAK
-----	---	-----	-----------	-----

Pozycje 152-154 zostały uzupełnione przez Przystępującego w następujący sposób:

152	Automatyczne zatrzymanie emisji wiązki w przypadku utraty zgodności rzeczywistej czynności oddechowej pacjenta z zarejestrowanym uprzednio wzorcem i automatyczne wznowienie emisji wiązki w przypadku odzyskania tej zgodności, dla wszystkich technik oferowanego akceleratora statycznych i dynamicznych, IMRT, VMAT	TAK	Bez oceny	TAK
153	Automatyczne wznowienie emisji wiązki w przypadku odzyskania zgodności rzeczywistej czynności oddechowej pacjenta z zarejestrowanym uprzednio wzorcem.	TAK	Bez oceny	TAK
154	Monitor wyświetlający dane graficzne wspierające pacjenta w procesie podtrzymania właściwego cyklu oddechowego.	TAK	Bez oceny	TAK

W dniu 27 września 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez:

- zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, jak również zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ewentualnie zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych oraz zaniechanie żądania od wykonawcy Elekta wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 w pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający dokonując badania oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami poprzez podanie przez wykonawcę Elekta informacji w pozycji 67 Formularza parametrów technicznych i użytkowych, które w ocenie Odwołującego są nieprawdziwe. Izba wskazuje, że Odwołujący zarzucił, że Przystępujący podał nieprawdziwe informacje co do wartości maksymalnej transmisji

promieniowania przez listki i szczęki kolimatora MLC w celu uzyskania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne (T)”. Co prawda Przystępujący w piśmie procesowym przyznał, że faktycznie w złożonych przez niego przedmiotowych środkach dowodowych nie znalazła się informacja co dożądanego parametru. Braku tego nie można jednak zdaniem Izby utożsamiać z tym, że oferowany przez Przystępującego produkt nie zapewnia wartości maksymalnej transmisji promieniowania przez listki i szczęki kolimatora MLC wynikającej ze złożonego przez Przystępującego oświadczenia. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby działanie wykonawcy Elekta było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. W uzasadnieniu faktycznym zarzutu Odwołujący zacytował wybrane postanowienia dokumentacji postępowania. Wskazał również na pytanie numer 13 oraz zacytował orzeczenia KIO. Odwołujący wskazał, że wykonawca Elekta świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd w celu uzyskania punktów w ramach pozacenowego kryterium. Oferowany przez wykonawcę Elekta akcelerator Versa HD nie zawiera bowiem w swojej budowie dodatkowych szczęk kolimatora, przez co w ogóle nie ma możliwości ograniczenia promieniowania przez jego listki i szczęki. Były to jednak twierdzenia głosłowne, ponieważ Odwołujący nie poparł ich żadnymi dowodami. Dowody zostały przez Odwołującego przedstawione dopiero wraz z pismem procesowym z dnia 24 października 2024 r. oraz podczas posiedzenia przed KIO. Jednak zwrócić należy uwagę, że okoliczności faktyczne, na poparcie których zostały złożone dowody powinny przez Odwołującego zostać podniesione w odwołaniu. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, dlaczego urządzenie oferowane przez Przystępującego nie ma możliwości ograniczenia promieniowania przez jego listki i szczęki. Brak potwierdzenia parametru w przedmiotowych środkach dowodowych oraz brak możliwości uzupełnienia tego braku Odwołujący utożsamiał ze świadomym wprowadzeniem Zamawiającego w błąd w celu uzyskania korzyści związanych z udzieleniem zamówienia. Wskazać jednak należy, że Zamawiający zdaniem Izby co najwyżej mógłby nie przyznać przystępującemu punktów w pozacenowym kryterium, co nie miałoby wpływu na wynik postępowania. Odwołujący podjął próbę wykazania, dlaczego urządzenie oferowane przez Przystępującego nie ma możliwości ograniczenia promieniowania przez jego listki i szczęki dopiero w piśmie procesowym oraz podczas rozprawy. Zdaniem Izby jest to jednak działanie spóźnione. Izba jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest obowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Dodatkowo jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania powinno być zawarte już w odwołaniu, a nie w uzupełniających je pismach procesowych. Co więcej wskazać należy, że z przedłożonych dowodów nie wynika wskazana przez Odwołującego okoliczność. Odwołujący przedstawił jak działa oferowane przez niego rozwiązanie, wskazując, że dodatkowe szczęki kolimatora zapewniają oczekiwany efekt. Nie przedłożył jednak żadnego dowodu, z którego by wynikało, że efektu takiego nie można osiągnąć przy zastosowaniu innego rozwiązania (tj. oferowanego przez Przystępującego).

Odnosząc się do zarzutu nr 2 w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami poprzez podanie przez informacji w pozycji 151 Formularza parametrów technicznych i użytkowych. Podane informacje podobnie jak w przypadku zarzutu nr 1 skutkowały przyznaniem Przystępującemu punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący podniósł, że oświadczenie własne złożone przez Przystępującego nie było w dostatecznym stopniu szczegółowe, ponieważ Zamawiający nie miał możliwości weryfikacji deklarowanych parametrów. Wskazał on również, że wykonawca Elekta nie posiada w swojej ofercie oferowanego systemu. Poprzestał jednak w tym zakresie na głosłownym stwierdzeniu. Brak potwierdzenia parametru w przedmiotowych środkach dowodowych oraz brak możliwości uzupełnienia tego braku Odwołujący ponownie utożsamiał ze świadomym wprowadzeniem Zamawiającego w błąd w celu uzyskania korzyści związanych z udzieleniem zamówienia. Wskazać jednak jak w przypadku zarzutu nr 1 należy, że Zamawiający zdaniem Izby co najwyżej mógłby nie przyznać Przystępującemu punktów w pozacenowym kryterium, co nie miałoby wpływu na wynik postępowania. Odwołujący przedłożył podczas posiedzenia przed KIO dowody w postaci wydruków kart katalogowych dostępnych na rynku kamer, co miałoby potwierdzać, że Przystępujący nie mógł zaoferować systemu z minimum 3 kamerami. Wskazać jednak należy, że część z przedłożonych dowodów została złożona w wersji anglojęzycznej bez tłumaczenia na język polski, w związku z czym nie mogły one zostać włączone w poczet materiału dowodowego. Odwołujący zdaniem Izby nie wykazał, że Przystępujący nie posiada w ofercie oferowanego systemu, podczas gdy to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą Pzp przedmiotowe środki dowodowe to: "środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z

realizacją zamówienia." Zamawiający w Rozdziale VII SWZ określił złożenia jakich przedmiotowych środków dowodowych żąda wraz z ofertą. W odpowiedzi na pytanie nr 13 zmodyfikował on postanowienie Rozdziału VII pkt 1 lit. b) SWZ wskazując, że w przypadku, gdy w dokumentach, o których mowa w zdaniu pierwszym tego postanowienia, nie została potwierdzona cecha wymagana w opisie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, Zamawiający dopuszcza jako przedmiotowy środek dowodowy jedynie w tym zakresie oświadczenie Wykonawcy. Wykonawcy byli w związku z tym uprawnieni do przedłożenia oświadczenia własnego, które potwierdzałoby zgodność oferowanego urządzenia z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, Zamawiający zaś zobowiązany był taki dokument uznać. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, że oświadczenie stanowiące powtórzenie oświadczenia zawartego w formularzu parametrów technicznych i użytkowych tj. załącznika nr 1a do SWZ jest oświadczeniem własnym wykonawcy zastępującym przedmiotowy środek dowodowy. Izba wskazuje, że czym innym jest treść oferty, a czym innym są dokumenty, które mają służyć weryfikacji oświadczenia zawartego w treści oferty. Przedmiotowy środek dowodowy powinien wskazywać na elementy, które potwierdzą zgodność np. z kryteriami oceny ofert czy potwierdzają cechy wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Oświadczenie Przystępującego w pozycjach 148-150, 152-154 zawiera jedynie potwierdzenie „TAK” tzn. „spełnia”, co w żaden sposób nie umożliwia Zamawiającemu dokonania oceny, czy złożona oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Jak wskazano w Komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza „Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia (...)”. Jako okoliczności, których wystąpienie powinno skutkować odrzuceniem oferty wskazuje się m.in. przedłożenie dokumentów przedmiotowych, które nie potwierdzają że produkt spełnia wymogi określone przez Zamawiającego.

Podczas rozprawy Zamawiający wskazał, że w przygotowanej przez niego tabeli nie jest wymagana informacja o producencie, w związku z czym dokumenty potwierdzające spełnienie parametrów nie musiały pochodzić od producenta. Bezsporne zdaniem Izby jest to, że Przystępujący nie jest producentem elementów wskazanych pod pozycjami 148-150 i 152-154. Sam wskazał on bowiem, że wraz z akceleratorem zamierza zaoferować system zintegrowany. Niezrozumiałym zdaniem Izby jest jednak twierdzenie, że systemu tego nie można na tym etapie postępowania zidentyfikować, ponieważ jest on konfigurowany na późniejszym etapie. Jak wskazano w Rozdziale III SWZ 2.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (akceleratora liniowego z wyposażeniem) znajduje się w załączniku nr 1a do SWZ – Formularz parametrów technicznych i użytkowych. Mając na uwadze powyższe złożony przez Przystępującego przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia własnego uniemożliwia Zamawiającemu identyfikację zaoferowanego przez Przystępującego produktu. Przystępujący w złożonym oświadczeniu powinien dookreślić poszczególne parametry, nawet jeśli nie poprzez wskazanie producenta, to poprzez wskazanie innych danych np. modelu, które pozwalałyby Zamawiającemu na zweryfikowanie poszczególnych parametrów przedmiotu zamówienia oferowanego przez Przystępującego, a co za tym idzie tego, czy treść złożonej oferty jest zgodna warunkami zamówienia.

Z uwagi na uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu głównego nr 3 rozpoznaniu merytorycznemu przez Izbę nie podlegały zarzuty ewentualne nr 4-7.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku. Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: