

**WYROK**  
**z dnia 25 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 r. przez wykonawcę Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim przy udziale wykonawcy "Partner4Medicine" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 239 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty "Partner4Medicine" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim i:

3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego wykonawcy Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków w wysokości 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych),

3.2. zasądza od Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim na rzecz Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 617 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

**UZASADNIENIE**

W dniu 9 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pod nazwą „Dostawa rezonansu magnetycznego ze stacją opisową wraz z adaptacją pomieszczeń Numer referencyjny: FDZP.226.31.2023” (dalej jako „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim (dalej jako „Zamawiający”) na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty "Partner4Medicine" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1. naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P4M, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona,

2. naruszenie art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę P4M pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie informacji zawartych w p. 21 załącznika nr 1 do SWZ.

3.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy P4M pomimo, że pozostaje niezgodna z treścią SWZ”.

Odwolujący wniósł o:

- „1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
- 2.odrzucenie oferty wykonawcy P4M w związku z wystąpieniem wyżej wskazanych podstaw odrzucenia,
- 3.dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.”

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca "Partner4Medicine" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 sierpnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 154-486687.

Załącznik nr 1a – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) zatytułowany „(ZESTAWIENIE WYMAGANYCH PARAMETRÓW TECHNICZNO UŻYTKOWYCH W TYM PARAMETRÓW STANOWIĄCYCH KRYTERIUM OCENY OFERT) REZONANS MAGNETYCZNY” miał treść „

Lp.	Parametry techniczne Warunki graniczne	Parametr wymagany (graniczny)	Wartość oferowana przez Wykonawcę
<b>I. REZONANS MAGNETYCZNY - WYMAGANIA SZCZEGÓŁOWE</b>			
1.	Podać model, typ urządzenia, producenta.	Tak	
(...)			
20.	Cewka wielokanałowa typu matrycowego przeznaczona do badań głowy i szyi posiadająca w badanym obszarze min. 20 kanałów odbiorczych lub elementów obrazujących jednocześnie i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub zgodnie z nomenklaturą producenta	Tak podać nazwę cewki i ilość kanałów odbiorczych lub elementów obrazujących	
21.	Cewka wielokanałowa typu matrycowego przeznaczona do badań kręgosłupa, z automatycznym przesuwem stołu pacjenta sterowanym z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przełączania cewek, posiadająca min. 24 kanały odbiorcze lub elementy obrazujące pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub zgodnie z nomenklaturą producenta	Tak 24-35 kanałów odbiorczych lub el. Obrazujących 0 –pkt ≥ 36 kanałów odbiorczych lub el. Obrazujących 2 pkt	
22.	Cewka wielokanałowa typu matrycowego lub zestaw cewek przeznaczona do badań całego centralnego układu nerwowego (głowa i cały kręgosłup) z przesuwem stołu pacjenta sterowanym automatycznie z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przełączania cewek, posiadająca min. 36 kanałów odbiorczych lub elementów obrazujących i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub odpowiednio do nazewnictwa producenta	Tak	
(...)			

”.

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i Przystępujący.

Część oferty Przystępującego stanowił dokument sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1a – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do SWZ zatytułowany „(ZESTAWIENIE WYMAGANYCH PARAMETRÓW TECHNICZNO UŻYTKOWYCH W TYM PARAMETRÓW STANOWIĄCYCH KRYTERIUM OCENY OFERT) REZONANS MAGNETYCZNY” o treści: „

Lp.	Parametry techniczne Warunki graniczne	Parametr wymagany (graniczny)	Wartość oferowana przez Wykonawcę
<b>I. REZONANS MAGNETYCZNY - WYMAGANIA SZCZEGÓŁOWE</b>			
1.	Podać model, typ urządzenia, producenta.	Tak	Tak, System Rezonansu Magnetycznego MR (MR5300), Philips Medical Systems Nederland B. V.
(...)			
20.	Cewka wielokanałowa typu matrycowego przeznaczona do badań głowy i szyi posiadająca w badanym obszarze min. 20 kanałów odbiorczych lub elementów obrazujących jednocześnie i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub zgodnie z nomenklaturą producenta	Tak podać nazwę cewki i ilość kanałów odbiorczych lub elementów obrazujących	Tak, dS HeadNeckSpine, 23 kanały
21.	Cewka wielokanałowa typu matrycowego przeznaczona do badań kręgosłupa, z automatycznym przesuwem stołu pacjenta sterowanym z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przełączania cewek, posiadająca min. 24 kanały odbiorcze lub elementy obrazujące pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub zgodnie z nomenklaturą producenta	Tak 24-35 kanałów odbiorczych lub el. Obrazujących 0 –pkt ≥ 36 kanałów odbiorczych lub el. Obrazujących 2 pkt	Tak, dS HeadNeckSpine, 44 kanały

22.	Cewka wielokanałowa typu matrycowego lub zestaw cewek przeznaczona do badań całego centralnego układu nerwowego (głowa i cały kręgosłup) z przesuwem stołu pacjenta sterowanym automatycznie z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przelączania cewek, posiadająca min. 36 kanałów odbiorczych lub elementów obrazujących i pozwalająca na akwizycję równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub odpowiednio do nazew nictwa producenta	Tak	Tak, dS HeadNeckSpine, 59
-----	---	-----	---------------------------

(...)

”.

W dniu 4 października 2023 roku Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu o treści „Na podstawie przepisu art. 253 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych niniejszym informuję o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu. Wybrana oferta wykonawcy: Partner4Medicine Sp. z o.o. Aleje Zygmunta Krasińskiego 20A 64 – 100 Leszno Uzasadnienie Oferta złożona przez w/w Wykonawcę spełnia wymagania Zamawiającego określone w SWZ. Wykonawca nie podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania, a złożona oferta nie podlega odrzuceniu i uzyskała największą ilość punktów tj. 87,55 pkt. W oparciu o określone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert spośród wszystkich ofert w postępowaniu tj. :

- cena 60 %: 54,55 pkt
- parametry techniczne 40 %: 33 pkt

Pozostałe oferty złożone w niniejszym postępowaniu: Siemens Healthcare Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11 03 – 821 Warszawa Ilość uzyskanych punktów: 86 pkt. ▪ cena 60 %: 60 pkt ▪ parametry techniczne 40 %: 26 pkt”.

Wpisany w stanowiącym część oferty Przystępującego dokumencie sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ w wierszu oznaczonym l.p. 21 dS HeadNeckSpine to zestaw cewek.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz złożonych przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie, w tym załączonych do pisma Odwołującego z 23 października 2023 r. jako dowody nr nr 2, 3 (które były dokumentami znajdującymi się w dokumentacji Postępowania), 4, 5, 6, 7, i 8.

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, Izba pominęła dokumenty załączone do pisma Odwołującego z 23 października 2023 r. jako dowody nr nr 1 „Wyciąg z oferty przystępującego w poprzednim unieważnionym postępowaniu (...), 9 „Wyciągi z ofert Philips sp. z o.o. i Synektik S.A.”, 10 „Różnica pomiędzy oferowanymi cewkami Odwołującego i Przystępującego” oraz 11 „Wyciąg z orzeczenia KIO sygn akt KIO 2659/15”, gdyż oferty złożone w innych niż Postępowanie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mogą służyć ustaleniu, jaka była treść tych ofert, a nie cech (parametrów technicznych) dS HeadNeckSpine wskazanej w stanowiącym część oferty Przystępującego dokumencie sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ w tabeli w wierszu oznaczonym l.p. 21.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w tym postępowaniu oraz przedstawioną w trakcie rozprawy, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, zgodnie z którym „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia” był uzasadniony.

Nie może ulegać wątpliwości, że warunki zamówienia – wymagania w zakresie rzeczy objętych przedmiotem zamówienia [ich cech (parametrów technicznych) zostały przez Zamawiającego określone w załączniku nr 1a – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do SWZ, zatytułowanego „(ZESTAWIENIE WYMAGANYCH PARAMETRÓW TECHNICZNO UŻYTKOWYCH W TYM PARAMETRÓW STANOWIĄCYCH KRYTERIUM OCENY OFERT) REZ MAGNETYCZNY”, zaś z treści wiersza oznaczonego l.p. 21 w tabeli zawartej w tym załączniku wynika, iż Zamawiający wymagał zaferowania „cewki wielokanałowej typu matrycowego przeznaczona do badań kręgosłupa”, posiadającej co najmniej „24 kanały odbiorcze lub elementy obrazujące”, przy czym przedmiotowego warunku zamówienia nie spełniało zaferowanie zestawu cewek przeznaczonego do badań kręgosłupa, posiadającego co najmniej „24 kanały odbiorcze lub elementy obrazujące”. Podzielając w tej mierze stanowisko Odwołującego, należy wskazać, iż w sytuacji, gdy w innych wierszach tabeli zawartej w ww. załączniku określając „Parametry techniczne Warunki graniczne” Zamawiający używał sformułowania „Cewka wielokanałowa typu matrycowego lub zestaw cewek” (przykładowo w wierszach oznaczonych l.p. 20 i l.p. 22), brak użycia takiego sformułowania w kolumnie „Parametry techniczne Warunki graniczne” w wierszu oznaczonym l.p. 21 w tej tabeli oznacza, że określonych w nim wymagań stanowiącym warunki zamówienia nie czyni

zadłość zestaw cewek posiadający co najmniej „24 kanały odbiorcze lub elementy obrazujące”.

Z świetle treści załącznika nr 1a do SWZ należy uznać, że w zakresie owej cewki Zamawiający wymagał, aby w stanowiącym część oferty dokumencie sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ wykonawca potwierdził, że ofertowana cewka wielokanałowa ma cechy określone w tabeli zawarte w tym załączniku w wierszu oznaczonym l.p. 21 w kolumnie „Parametry techniczne Warunki graniczne” – co uczynił Przystępujący w stanowiącym część jego oferty dokumencie sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ, który przy tym podał jako nazwę oferowanej cewki „dS HeadNeckSpine” oraz „44 kanały” jako liczbę „kanałów odbiorczych lub el. Obrazujących”.

Wobec powyższego należało przyjąć, że w zakresie „cewki wielokanałowej typu matrycowego przeznaczonej do badań kręgosłupa” Przystępujący zaoferował dS HeadNeckSpine.

Jako okoliczność faktyczną uzasadniającą wniesienie odwołania w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że „z informacji podawanych przez producenta zaoferowanego sprzętu – Philips MR 5300 – wynika, że dS HeadNeckSpine to zestaw cewek, składający się z cewki dS MSK Flex M (cewka elastyczna do badań stawów, w rozmiarze średnim), cewki dS Posterior (cewka kręgosłupowa), cewki dS Base (dół cewki głowowej) oraz dS Head top (górną cewki głowowej)”.

W ocenie Izby twierdzenie, że dS HeadNeckSpine to zestaw cewek, było uzasadnione w świetle treści dokumentów złożonych do akt sprawy.

W załączonych do pisma Odwołującego z 23 października 2023 r. jako dowód nr 5:

-wydruku ze strony internetowej <https://www.philips.pl/healthcare/product/HCNMRB209A/dstream-headneckspine-mr-coil> stwierdzono, że „dStream HeadNeckSpine to zintegrowane rozwiązanie do badań mózgu i kręgosłupa oraz całego układu nerwowego i nerwowo-naczyniowego. Obejmuje połączone ze sobą i zintegrowane ze stołem cewki HeadNeck i dStream Posterior oraz cewkę dStream Base”,

-wyciągu z instrukcji obsługi systemu rezonansu magnetycznego MR5300 wskazano, że „Rozwiązanie cewkowe dS jest zalecaną kombinacją cewek do konkretnego zastosowania MRI.

Rozwiązanie cewkowe	Zastosowywania	Połączone cewki (zintegrowane lub dedykowane)
dS HeadNeckSpine	(...)	dS Base, dS Posterior, dS HeadNeck

Nie było kwestionowane, że powyższa strona internetowa jest stroną internetową producenta oferowanego przez Przystępującego Systemu Rezonansu Magnetycznego MR (MR5300) Philips Medical Systems Nederland B. V. – oraz dStream HeadNeckSpine, ani że przedmiotowy wyciąg jest rzeczywiście wyciągiem z instrukcji obsługi systemu rezonansu magnetycznego MR5300, pochodzącej od ww. producenta.

Z treści rzeczonych dokumentów wynika, że dS HeadNeckSpine jest „rozwiązaniem” składającym się z cewki dStream (dS) HeadNeck, cewki dStream (dS) Posterior oraz cewki dStream (dS) Base, czyli zestawem cewek, a nie cewką.

Wymaga zauważenia, że ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wskazywali, że dS HeadNeckSpine to cewka. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający odnosząc się do dS HeadNeckSpine używa sformułowania „rozwiązanie”, a na rozprawie oświadczył, że „HeadNeckSpine Zamawiający traktuje jako funkcjonalność. Według wiedzy Zamawiającego cewka TotalSpine bada cały kręgosłup (...)”. Z kolei Przystępujący na rozprawie wskazywał, że „HeadNeckSpine to rozwiązanie cewkowe” oraz iż „możliwe jest zaoferowanie wyłącznie rozwiązania HeadNeckSpine (...) W skład rozwiązania wchodzi cewka TotalSpine, która służy wyłącznie do badania kręgosłupa, która posiada 44 kanały. Rozbudowując ją o kolejne elementy służące do badania głowy lub szyi zmienia się liczba kanałów w ramach rozwiązania HeadNeckSpine”.

Twierdzenia te znajdują potwierdzenie w dokumentach złożonych przez Przystępującego zarówno w toku Postępowania, jak i na rozprawie.

W znajdującym się w dokumentacji Postępowania dokumencie zatytułowanym „Oświadczenie techniczne” napisano „• Zaoferowane rozwiązanie HeadNeckSpine (GłowaSzyjaKręgosłup), (59 kanałów łącznie) zawiera cewkę TotalSpine (CałyKręgosłup) (44 kanały odbiorcze) jako integralną część systemu. • Cewka dS TotalSpine jest standardowym wyposażeniem systemów rezonansu magnetycznego Philips: Ambition S, Ambition X, MR 5300, Elition S, Elition X, MR 7700. • Cewka TotalSpine (44 kanałowa) spełnia wszystkie wymogi punktu nr 21 Załącznika 1A specyfikacji, a także przewyższa wymogi odnośnie do liczby kanałów odbiorczych, oferując 44 kanały odbiorcze vs. wymagane 24.”

W złożonych przez Przystępującego na rozprawie piśmie podpisanym przez Iwonę Zys datowanym na 19 października 2023 r. napisano, że „ (...) w naszej placówce wykonywane są badania kręgosłupa z wykorzystaniem cewki dS TotalSpine (część rozwiązania dS HeadNeckSpine) (...) Cewka dS TotalSpine posiada 44 kanały do badania całego kręgosłupa (...)”, a w piśmie podpisanym przez Leszka Lekan – iż „(...) firma Philips zaoferowała system MR 5300

charakteryzujący się cewką do badania kręgosłupa dS TotalSpine o 44 kanałach odbiorczych.”.

Wymaga wskazania, że przedstawione powyżej twierdzenia, że a) dS TotalSpine to cewka, b) dS TotalSpine to cewka posiadająca 44 kanały odbiorcze oraz że c) dS TotalSpine to cewka przeznaczona do badań kręgosłupa, a w konsekwencji dowody, które miały służyć ustaleniu tych okoliczności, nie mają znaczenia dla oceny zgodności treści oferty Przystępującego w zakresie „cewki wielokanałowej typu matrycowego przeznaczonej do badań kręgosłupa”, wymienionej w wierszu oznaczonym l.p. 21 w tabeli zawartej w załączniku nr 1a do SWZ. Wynika to z faktu, iż Przystępujący w stanowiącym część jego oferty dokumencie sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ w wierszu oznaczonym l.p. 21 nie napisał „dS TotalSpine”. Brak jest więc jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż w przedmiotowym zakresie zaoferował on dS TotalSpine.

W tym miejscu należy stwierdzić, że w złożonym przez Przystępującego folderze dotyczącym Ingenia Ambition X na stronie 18 jako „cewki dS” wymieniono między innymi dS TotalSpine oraz dS HeadNeckSpine, wskazując przy tym w odniesieniu do obu z tych cewek „zintegrowana” jako „rodzaj cewki”, a jako „maks. liczba kanałów” – 44 w odniesieniu do dS TotalSpine, zaś „20 (badanie głowy/szyi)” oraz „52 (badanie OUN)” w odniesieniu do dS HeadNeckSpine. Tym samym określona w tym dokumencie „maks. liczba kanałów” dS HeadNeckSpine, wynosząca 52 w zakresie „badania OUN” jest więc niezgodna z zawartą w ww. dokumencie zatytułowanym „Oświadczenie techniczne” informacją, że dS HeadNeckSpine wynosząca „59 kanałów łącznie”.

Ponadto wymaga zauważenia, że w ww. folderze w zakresie dS TotalSpine oraz dS HeadNeckSpine identycznie opisano „rodzaj cewki”, a Przystępujący nie wyjaśnił, dlaczego tak jest w sytuacji, gdy – jak twierdzi - dS TotalSpine to cewka, a dS HeadNeckSpine to „rozwiązanie”.

Ponadto, z zawartych w ww. dokumencie zatytułowanym „Oświadczenie techniczne” stwierdzeń, iż „zaoferowane rozwiązanie HeadNeckSpine (GłowaSzyjaKręgosłup), (59 kanałów łącznie) zawiera cewkę TotalSpine (CałyKręgosłup) (44 kanały odbiorcze) jako integralną część systemu” oraz że „Cewka TotalSpine (44 kanałowa) spełnia wszystkie wymogi punktu nr 21 Załącznika 1A specyfikacji, a także przewyższa wymogi odnośnie do liczby kanałów odbiorczych, oferując 44 kanały odbiorcze vs. wymagane 24”, wynika, że „cewką wielokanałową typu matrycowego przeznaczoną do badań kręgosłupa”, posiadającą 44 kanały odbiorcze, jest cewka (dS) TotalSpine, a nie (dS) HeadNeckSpine, którego (dS) TotalSpine jest częścią.

Wobec powyższego za trafne należało uznać twierdzenie Odwołującego, iż dS HeadNeckSpine to zestaw cewek. Biorąc zatem pod uwagę, że – jak wskazano powyżej – iż stanowiące warunek zamówienia wymagania określone w wierszu oznaczonym l.p. 21 w tabeli zawartej w załączniku nr 1a do SWZ nie są spełnione w przypadku zaoferowania zestawu cewek, konieczne było stwierdzenie, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Z tego powodu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp należało uznać za zasadny.

W zakresie pozostałych wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu wymaga stwierdzenia, że w sytuacji, gdy Izba uznała, iż w stanowiącym część oferty Przystępującego dokumencie sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ w wierszu oznaczonym l.p. 21 (w kolumnie „Wartość oferowana przez Wykonawcę”) wskazał on zestaw cewek, konieczne jest przyjęcie, że podana w tym samym miejscu liczba kanałów odnosi się do tegoż zestawu cewek.

Nie sposób natomiast w sytuacji, gdy w skład zestawu cewek dS HeadNeckSpine wchodzi – jak twierdzi Odwołujący - cewka przeznaczona do badań kręgosłupa (dS Posterior), uznać za zasadne twierdzenie, że dS HeadNeckSpine jako zestaw cewek (czy „rozwiązanie”) nie jest przeznaczony do takich badań. Z treści dokumentów zamówienia nie wynika, aby Zamawiający wymagał, żeby dana cewka była przeznaczona do jednego „rodzaju” badań, co oznacza, że może być przeznaczona do więcej niż jednego „rodzaju badań”. Odnosząc powyższe do zestawu cewek, w ocenie Izby jeżeli choć jedna z cewek wchodzących w skład tego zestawu jest przeznaczona do badań kręgosłupa, to cały zestaw cewek jest do tego przeznaczony bez względu na to, czy inne cewki wchodzące w skład tego zestawu są przeznaczone do badań kręgosłupa.

Nie ma zaś znaczenia dla oceny zgodności treści oferty Przystępującego w zakresie „cewki wielokanałowej typu matrycowego przeznaczonej do badań kręgosłupa”, wymienionej w wierszu oznaczonym l.p. 21 w tabeli zawartej w załączniku nr 1a do SWZ, to, ile „kanałów/elementów obrazujących” posiada cewka dS Posterior. Podobnie jak wskazano powyżej, zważywszy, że Przystępujący w stanowiącym część jego oferty dokumencie sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ w wierszu oznaczonym l.p. 21 nie napisał „dS Posterior”, nie sposób uznać, że w przedmiotowym zakresie zaoferował on cewkę dS Posterior.

W tym stanie rzeczy Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, a zaniechanie dokonania tej czynności stanowiło naruszenie tego przepisu.

Naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisu Pzp miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta Przystępującego została w nim wybrana jako najkorzystniejsza, co nie mogłoby nastąpić, gdyby Zamawiający nie

dopuszczył się tego naruszenia.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp był uzasadniony, co było konsekwencją uznania za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp, „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”.

Wobec uznania, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, nie może być uznane za prawidłowe przyjęcie, że oferta ta była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentacji Postępowaniu. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego stanowiło więc naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp, które z podanej powyżej przyczyny miało istotny wpływ na wynik Postępowania.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Zarzut naruszenia „art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” Izba uznała za nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 16 pkt 1) Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”. Art. 17 ust. 2 stanowi, iż „zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”), „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”, zaś art. 14 ust. 2 uznk stanowi, iż „wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o: 1) osobach kierujących przedsiębiorstwem; 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach; 3) stosowanych cenach; 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej”.

Przestawiając okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu Odwołujący wskazał, że „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział zastosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o których mowa w art. 109 ust 1 pkt 10 Pzp. Powyższe nie oznacza jednak przyzwolenia i braku możliwości sankcjonowania podawania przez wykonawcę w ofercie parametrów oferowanego urządzenia w sposób wprowadzający w błąd. W ocenie Odwołującego tą okoliczność (nieprzewidzenia podstaw wykluczenia) stać się mogła przyczyną takiego podejścia Wykonawcy do przekazywanych Zamawiającemu w ofercie informacji. Sam brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają spełnienie wymagań granicznych. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nierzetelne informacje w celu uzyskania zamówienia.”. Z powyższego wynika, że Odwołujący upatruje we wskazanych w zarzucie przepisach podstawy do odrzucenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który przekazał „nierzetelne informacje”, w sytuacji, gdy w tym postępowaniu zamawiający nie przewidział możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, zgodnie z którym „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

W ocenie Izby stanowisko to nie jest uzasadnione.

Zauważyć należy, że wystąpienie podstawy wykluczenia wykonawcy określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp skutkuje postanowieniem obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, stanowiącym, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”. Ustawodawca zatem odrębnie określił podstawy odrzucenia oferty z powodu przedstawienia przez wykonawcę w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd i złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Gdyby uznać, że w sytuacji, gdy zaistniały okoliczności stanowiące hipotezę normy wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, a zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu zgodnie z art. 109 ust. 2 Pzp, wobec czego nie może odrzucić jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, ale może ją odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp, należałoby dojść do wniosku, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp (w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp) jest zbędny, gdyż w każdym przypadku zaistnienia okoliczności stanowiących

hipotezę normy wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp zamawiający mógłby odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp. Izba, przyjmując racjonalność ustawodawcy, nie znajduje uzasadnienia dla takiego wniosku, w konsekwencji uznając, że zaistnienie okoliczności stanowiących hipotezę normy wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w sytuacji, gdy zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu zgodnie z art. 109 ust. 2 Pzp, wobec czego nie może odrzucić jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, nie może uzasadniać odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Konieczne jest przy tym stwierdzenie, że w odwołaniu wskazano, że oferta Przystępującego „została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie informacji zawartych w p. 21 załącznika nr 1 do SWZ”, ale nie określono jednoznacznie, która bądź które z informacji stanowi wiadomość, o której mowa w art. 14 ust. 2 uznk. Odwołujący twierdził ponadto, iż Przystępujący dopuścił się działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, nie określając, z jaką normą prawną czy dobrym obyczajem działanie Przystępującego jest sprzeczne.

W tym stanie rzeczy nie sposób było dokonywać ustaleń i rozważań w zakresie rzeczowej sprzeczności, a w konsekwencji stwierdzić, że działanie Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 3 ust. 1 uznk.

Odwołujący nie przedstawił także okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego

Brak zatem było podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył „art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 2” uznk, a w szczególności iż oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, wobec czego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 5 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) lit. b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części”, zaś § 7 ust. 5 ww. rozporządzenia „Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.”.

Stosownie do § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez trzech pełnomocników. Jak wynika ze złożonych na rozprawie faktury i potwierdzenia przelewu, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składają się: wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz wydatki na opłatę skarbową od pełnomocnictw w wysokości 85 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez dwóch pełnomocników za uzasadniony koszt Odwołującego.

W tym stanie rzeczy do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika reprezentującego Odwołującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatków na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Pomimo że odwołanie zostało uwzględnione w części, Izba uznała, że należy odstąpić od rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego mając na uwadze, że uwzględnione przez Izbę zarzuty dotyczyły zaniechania odrzucenia

oferty Przystępującego i wyboru jego oferty, a jedyny zarzut, który nie został uwzględniony, również dotyczył zaniechania odrzucenia tej oferty, tyle że z innej przyczyny, niż wskazana w uwzględnionym zarzucie.

W konsekwencji, odstępując od rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego stosownie do § 7 ust. 2 pkt 10 i ust. 5 ww. rozporządzenia, Izba orzekła o tych kosztach jak w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości. Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia, „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2”, wobec czego zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę równowartości kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego w wysokości 3.617 złotych, o czym orzeczono w punkcie 3.2 wyroku.

Przewodniczący:.....