

Sygn. akt: KIO 1579/23

WYROK
z dnia 16 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2023 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2023 r. przez odwołującego: **VERSAMED Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** (ul. Przędzalniana 14/1, 15688 Białystok) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Ogólny im. dr W.G. z siedzibą w Grajewie** (ul. Konstytucji 3 Maja 34, 19200 Grajewo)

przy udziale wykonawcy: **Solve Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** (ul. W. Wysockiego 4/5, 15-167 Białystok) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **VERSAMED Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** (ul. Przędzalniana 14/1, 15688 Białystok):

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy: **VERSAMED Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** (ul. Przędzalniana 14/1, 15688 Białystok) na rzecz zamawiającego: **Szpital Ogólny im. dr W.G. z siedzibą w Grajewie** (ul. Konstytucji 3 Maja 34, 19200 Grajewo) kwotę 4.069 zł 20 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia groszy) obejmującą koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocnika w kwocie 469 zł 20 gr oraz jego wynagrodzenia w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Sygn. akt: KIO 1579/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 2 czerwca 2023 r. przez odwołującego: **VERSAMED Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Ogólny im. dr W.G. z siedzibą w Grajewie** na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę rezonansu magnetycznego wraz z wyposażeniem dodatkowym oraz przebudową i dostosowaniem pomieszczenia na potrzeby Pracowni Rezonansu Magnetycznego”. Numer referencyjny: ZP 01/23. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE Nr 2023/S 006 – 014225 z dnia 9/01/ 2023.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy **Solve Medical Sp. z o. o. ul. W.W. 4 lok. nr 5 15-167 Białystok** (dalej jako „Solve”),
2. wezwaniu wykonawcy **Solve** do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego pomimo, że złożone wraz z ofertą były złożone i kompletne z punktu widzenia potwierdzenia, że oferowany asortyment jest niezgodny z SWZ,
3. prowadzeniu z Wykonawcą **Solve** negocjacji treści oferty i dopuszczenia zmiany treści oferty wskutek udzielonych wyjaśnień treści oferty i uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego,
4. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy **Solve**, pomimo, że jej treść pozostaje niezgodna z treścią SWZ, co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23.05.2023 r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Solve**, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona,
2. art. 107 ust 2 Pzp poprzez wezwanie przez Zamawiającego w dniu 11.05.br. wykonawcy **Solve** do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie iż zaoferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego

określonego w poz. 25 Załącznika nr 2 do SWZ pomimo, że złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe w postaci:

–wyciągu/fragmentu folderu zaoferowanego aparatu,

- oświadczenia przedstawiciela producenta zaoferowanego aparatu - United Imaging Healthcare Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,

były złożone, jak również były kompletne z punktu widzenia potwierdzenia, że zaoferowany przez Solve asortyment (rozwiązanie CEMRA) jest niezgodny z SWZ,

3.art. 223 ust 1 Pzp poprzez prowadzenie z Wykonawcą Solve negocjacji treści oferty i dopuszczenie do jej zmiany w zakresie zaoferowanego rozwiązania z CEMRA na 4D CEMRA wskutek udzielonych wyjaśnień treści oferty i uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego,

4.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Solve pomimo, że jej treść pozostaje niezgodna z treścią SWZ - zaoferowane rozwiązanie CEMRA nie jest wymaganiem rozwiązaniem „Dynamiczne badania angiograficzne 4D (3D dynamiczne w czasie),

W oparciu o przedstawione zarzuty wniósł o: merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

2.odrzucenie oferty wykonawcy Solve w związku z wystąpieniem wyżej wskazanych podstaw odrzucenia,

3.dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca wskazał: „Oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania została uplasowana na drugiej pozycji rankingowej po ofercie wykonawcy Solve. Uwzględnienie odwołania i unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Solve oraz jej odrzucenie ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania oraz możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał uszczerbku, a tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym”.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

I.Przedmiot zamówienia.

1. Zgodnie z SWZ - Przedmiotem zamówienia jest dostawa Rezonansu Magnetycznego oraz wyposażenia dodatkowego (dostawa) wraz z adaptacją pomieszczeń na potrzeby Pracowni Rezonansu Magnetycznego (roboty budowlane). Dostawa obejmuje: zakup, dostarczenie do siedziby Zamawiającego, wniesienie, pełną instalację, montaż oraz uruchomienie. Szczegółowy opis parametrów technicznych urządzenia zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 2 do SWZ).Zgodnie z SWZ - Rozdział IV pkt 14 - w trakcie realizacji umowy Zamawiający wymaga dostarczenia przedmiotu zamówienia identycznego z przedstawionym w ofercie.

II. Treść oferty w postępowaniu. Załącznik nr 8 do SWZ jako treść oferty.

Zgodnie z SWZ Rozdziałem 12 SWZ: Wykaz dokumentów i oświadczeń składanych przez Wykonawcę 1. DOKUMENT SKŁADANE WRAZ Z OFERTĄ Na ofertę składają się następujące dokumenty i załączniki: 1) Wypełniony i podpisany Formularz ofertowy stanowiący Załącznik nr 1 do SWZ. 2) Wypełnione i podpisane Zestawienie parametrów technicznych i użytkowych stanowiący Załącznik nr 8 do SWZ.

Wypełniony i złożony przez wykonawcę Załącznik nr 8 do SWZ stanowi zatem treść oferty sensu stricto a w konsekwencji nie podlega procedurom o których mowa w art. 128 ust 1 oraz 107 ust 2 Pzp. Także za niedozwolone uznać należy dokonywanie w tym zakresie, zgodnie z wyraźną dyspozycją art. 223 ust 1 Pzp, negocjacji treści oferty i jej zmiany.

Załącznik nr 8 zawiera w szczególności wymagania dotyczące identyfikacji oferowanego asortymentu. Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego obowiązkiem wykonawców była identyfikacja w ostatniej kolumnie Załącznika, oferowanych parametrów podając zakresy lub też opisując je. Według wzoru Załącznika w jego obowiązującej w postępowaniu treści:

III.Przedmiotowe środki dowodowe

Zgodnie z SWZ Rozdział 6, Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym wymaganiom Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą w szczególności: Folderu/ katalogu w języku polskim zawierającego opis – specyfikę oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzającego spełnienie wymagań opisanych w Załączniku nr 2 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia)lub ewentualnie oświadczenie producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela.

Zamawiający przewidział w SWZ dla żądanych przedmiotowych środków dowodowych tryb ich uzupełniania zgodnie z

art. 107 ust 2 Pzp przypominając jednocześnie, że byłoby to dopuszczalne wyłącznie w przypadku: „jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne. Dodatkowo SWZ wskazuje, że dopuszczalne będzie tylko (jednorazowe) uzupełnienie „braków formalnych”, tj. braku dokumentu lub niekompletnego dokumentu, który nie pozwala przesądzić merytorycznie o wartości oferty. Tym samym nie będzie dopuszczalne uzupełnianie dokumentów przedmiotowych, jeśli przedłożone dokumenty potwierdzają, że oferta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że przedmiotowe środki dowodowe nie będą uzupełniane, jeżeli na skutek merytorycznej oceny zamawiający uzna, że nie odpowiadają one wymaganiom przedmiotu zamówienia, tj. nie potwierdzają, że wykonawca oferuje produkt spełniający oczekiwania zamawiającego”.

Odwolujący podkreśla powyższe ograniczenie własne Zamawiającego zawarte wprost w SWZ, ponieważ w sposób zgodny z art. 107 ust 2 Pzp, opisano wykluczenie możliwości zastosowania procedury uzupełniającej przedmiotowe środki dowodowe, w sytuacji gdy złożone wraz z ofertą potwierdzały merytoryczną niezgodność treści oferty (CEMRA - rozwiązanie w technologii 2D/3D a nie 4D). Zaoferowany produkt - CEMRA nie spełnia wymagań SWZ a złożone z oferty Solve przedmiotowe środki dowodowe potwierdzały powyższą niezgodność.

IV. Wymaganie SWZ dotyczące funkcjonalności „Dynamiczne badania angiograficzne 4D (3D dynamiczne w czasie)”

Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ - OPZ Zamawiający wymagał od wykonawców (parametr graniczny) w szczególności aby zostało zaoferowane:

Wymagania Zamawiającego – rezonans magnetyczny:

Lp.	OPIS/PARAMETRY WYMAGANE

25	Dynamiczne badania angiograficzne 4D (3D dynamiczne w czasie) obszarów takich jak tętnice szyjne, naczynia peryferyjne i. np. z wysoką rozdzielczością przestrzenną i czasową pozwalającą na wizualizację dynamiki napływu i odpływu środka kontrastowego z obszaru zainteresowania (typu TRICKS, TWIST, 4D-TRAK, lub równoważne)
----	--

Wymaganie ma charakter graniczny i niezaoferowanie przez wykonawcę rozwiązania dla dynamicznych badań angiograficznych 4D (3D dynamiczne w czasie) skutkuje niezgodnością treści oferty z SWZ i bezwzględną podstawą jej odrzucenia zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Badanie dynamiczne obszarów takich jak tętnice szyjne, naczynia peryferyjne itp. to badanie tych naczyń w trakcie przepływu środka kontrastowego. W przypadku wykonywania badania angiografii dynamicznej 2D/3D metodą rezonansu magnetycznego (technika dwuwymiarowa lub trójwymiarowa) z podaniem środka kontrastowego, badanie polega na ocenie napływu, przepływu, wypełnienia środkiem kontrastowym w badanym naczyniu (tętnicach/żyłach) bez względu na czas wypełnienia naczynia środkiem kontrastowym. Jest to standardowa technika angiografii metodą rezonansu magnetycznego ze wzmocnieniem kontrastowym 2D/3D (Contrast Enhanced Magnetic Resonance Angiography , CEMRA lub ce_MRA lub stosownie do nazewnictwa producenta urządzenia).

Wymagane w pkt 25 OPZ Badanie dynamiczne 4D obszarów takich jak tętnice szyjne, naczynia peryferyjne itp. to badanie przepływu w naczyniach w określonym czasie. W przypadku wykonywania badania angiografii dynamicznej 4D (angiografia 3D metodą rezonansu magnetycznego zależnego od czasu), badanie to polega na ocenie w bardzo krótkich przedziałach czasowych napływu, przepływu lub wypełnienia środkiem kontrastowym badanego naczynia (tętnice/żyły) z wysoką rozdzielczością przestrzenną badanego obszaru (TWIST, TRICKS, 4D-TRAK, 4D CEMRA lub stosownie do nazewnictwa producenta).

V. Treść oferty Wykonawcy Solve w zakresie pkt 25 OPZ, przedmiotowe środki dowodowe - Katalog oraz Oświadczenie Producenta potwierdzają niezgodność z SWZ.

Wykonawca Solve w złożonej treści oferty - Załącznik nr 8 wskazał wprost na zaoferowaną w postępowaniu technikę dla spełnienia wymagania o którym mowa w pkt 25 OPZ.

Techniką zaoferowaną w przetargu przez Solve na potrzeby spełnienia wymagania ma być rozwiązanie CEMRA.

CEMRA nie jest techniką realizująca wymóg opisany przez Zamawiającego.

Dynamiczne badania angiograficzne 4D (czyli badania 3D dynamiczne w czasie), to – jak zresztą doprecyzował Zamawiający w opisie wymagania pkt 25 OPZ – takie badania naczyń krwionośnych, które realizowane są zarówno z wysoką rozdzielczością przestrzenną, jak i wysoką rozdzielczością czasową.

Badania takie – cytat z SWZ – pozwalają na wizualizację dynamiki napływu i odpływu środka kontrastowego z obszaru zainteresowania. Mowa o niezwykle zaawansowanej technice badań. Przykładami takich rozwiązań są techniki, nazywane – stosownie do nazewnictwa producenta – TWIST, TRICKS, 4D-TRAK i dokładnie na te przykłady rozwiązań różnych producentów powołał się też Zamawiający w SWZ.

Rozwiązania te stanowią dodatkową wartość kliniczną i są pozycjami wycenianymi oddzielnie przez producentów tego

typu aparatury, z istotnym wpływem na finalną wycenę produktu. Inną techniką dynamicznych badań angiograficznych naczyń są zwykłe techniki służące do badań naczyń krwionośnych (2D/3D), którym towarzyszy co prawda wstrzyknięcie pacjentowi środka kontrastowego, ale absolutnie nie ma mowy o połączeniu wysokiej rozdzielczości przestrzennej i wysokiej rozdzielczości czasowej.

Innymi słowy dynamiczne badania angiograficzne 4D, to wizualizacja szybkiego filmu z nagrania naczyń krwionośnych, w którym krew ze środkiem kontrastowym napływa do obszaru zainteresowania. Doskonale widać wtedy napływ środka kontrastowego, widać jego odpływ i widać wszelkie ewentualne patologie. Taka metoda pozwala uchwycić wszelką nierównomierność napływu krwi do różnych miejsc anatomicznych, ukazując upośledzenia naczyń, czy obrazując wady wrodzone co ma istotne znaczenie kliniczne i stąd wymóg Zamawiającego w SWZ.

Natomiast zwykłe techniki angiografii rezonansu magnetycznego ze wzmocnieniem kontrastowym (2D/3D) – przypominają statyczne fotografie takich naczyń. Nie ma w nich żadnego rozwinięcia czasowego (żadnej akcji). Ale i nie też ma żadnych dodatkowych informacji klinicznych i korzyści z tego wynikających.

Zaoferowana przez Solve w postępowaniu CEMRA to zwykła metoda angiografii rezonansu magnetycznego z podaniem kontrastu 2D/3D.

CEMRA, to akronim oznaczający Contrast Enhanced Magnetic Resonance Angiography. Jest to zwykła metoda angiografii rezonansu magnetycznego z podaniem kontrastu (2D/3D), a nie dynamiczne badania angiograficzne 4D (badania 3D dynamiczne w czasie) jak tego wymagał Zamawiający.

W świetle powyższego nie ma wątpliwości, że treścią oferty Solve jest konkretne i istniejące w ofercie producenta zaoferowanego aparatu rozwiązanie CEMRA a nie 4D CEMRA.

- Rozwiązanie CEMRA zostało zaoferowane w przetargu i jest objęte treścią oferty SOLVE i pozostaje niezgodne z SWZ
- Rozwiązanie 4D CEMRA nie zostało zaoferowane w przetargu i nie jest objęte treścią oferty Solve a uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych dla tego rozwiązania nie może prowadzić w konsekwencji do zmiany treści oferty wykonawcy i zastąpienia zaoferowanego rozwiązania CEMRA innym.

Powyższe ustalenia Odwołującego wprost potwierdza złożony przez wykonawcę Solve w postępowaniu przedmiotowy środek dowodowy w postaci wyciągu z katalogu producenta zaoferowanego w przetargu produktu.

Należy przy tym zaznaczyć że dokument ten jest zarówno złożony jak i kompletny dla potrzeb potwierdzenia zgodności oferowanego rozwiązania i zawiera dane dotyczące zaoferowanego przez Solve w przetargu rozwiązania - CEMRA, co wyklucza możliwość i podstawę jego uzupełnienia w trybie art. 107 ust 2 Pzp.

Zgodnie z plikiem „Foldery-sig.pdf” złożonym przez Solve z ofertą, zawiera on w szczególności następujące dane odnoszące się do zaoferowanego rozwiązania CEMRA

s. 7:

Powyższe jednoznacznie potwierdza, że zaoferowana metoda CEMRA to zwykła technika 2D/3D nie spełniająca wymagań SWZ opisanych w pkt 25 OPZ.

Opis ten jednoznacznie wskazuje, że „CEMRA” to nie jest technika pozwalająca na dynamiczne badania angiograficzne 4D, czego wymagał Zamawiający.

Niezależnie od treści oferty wykonawcy złożono wraz z ofertą kolejny przedmiotowy środek dowodowy tym razem wystawiony przez przedstawiciela producenta oferowanego aparatu - United Imaging Healthcare Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, który potwierdza zgodnie z ofertą, że zaoferowano w zakresie poz. 25 OPZ technikę CEMRA niezgodną z SWZ: s. 14 pliku jw.:

(...)

s. 17 pliku jw.:

s. 22 pliku jw.;

Pierwsze odwołanie Versamed. Unieważnienie wyboru oferty Solve. Wezwanie do uzupełnienia przedmiotowe środka dowodowego Solve. Wobec pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 19.04.br. i uznania za taką ofertę Solve, Versamed wniósł odwołanie do Izby wnosząc o odrzucenie oferty Solve na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp jako niezgodnej z treścią SWZ w zakresie zaoferowanego rozwiązania CEMRA.

Zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy czynnością z dnia 10.05.br. dokonał unieważnienia zaskarżonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej uznając w szczególności, że po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej dostrzegł konieczność ponownej weryfikacji ofert złożonych przez wykonawców w ramach postępowania w szczególności pod kątem ustalenia czy zaoferowane przez Wykonawców towary spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ. Uwzględniając powyższe Izba umorzyła postępowanie odwoławcze i wydała w sprawie postanowienie wobec faktu, że na ówczesnym etapie postępowania brak było substratu zaskarżenia. Zamawiający jak wynika z udostępnionej korespondencji czynnością z dnia 11.05.br. zwrócił się do Solve w szczególności z następującym wezwaniem:

(...)

Odnosnie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie zaoferowanego rozwiązania

CEMRA w trybie art. 107 ust 2 Pzp, w ocenie Odwołującego, czynność ta była niedozwolona z następujących przyczyn:

- Wykonawca Solve złożył wraz z ofertą wymagane przedmiotowe środki dowodowe, w szczególności wyciąg z folderu oferowanego aparatu.
- folder złożony wraz z ofertą dotyczy zaoferowanego aparatu i odnosi się w szczególności do zaoferowanego rozwiązania CEMRA i potwierdza niezgodność zaoferowanego rozwiązania z SWZ, będąc rozwiązaniem 2D/3D,
- złożony z ofertą przedmiotowy środek dowodowy zawiera zatem dane dotyczące zaoferowanego w przetargu rozwiązania CEMRA. Z punktu widzenia celu żadanego dokumentu był on złożony jak również był kompletny - wyciąg zawiera dane zaoferowanego rozwiązania.

W tej sytuacji zgodnie z art. 107 ust 2 Pzp jak również w świetle powołanej treści SWZ, już samo wezwanie do uzupełnienia/złożenia przedmiotowego środka dowodowego było niedozwolone.

Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO m.in. na wyroki w sprawach o sygn. akt:(KIO 2400/22), KIO 2217/22; KIO 2425/22).

VII . Wyjaśnienie treści oferty Solve i uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego prowadzące do zmiany treści oferty.

Wykonawca Solve w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.05.br. udzielił wyjaśnień i dokonał uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego. W zakresie udzielonych wyjaśnień treści oferty wykonawca Solve oświadczył: „W świetle złożonego wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego rozwiązanie CEMRA to rozwiązanie, które nie spełnia wymagań SWZ bowiem nie jest rozwiązaniem „4D CEMRA”Wbrew twierdzeniom Solve treść oferty w aktualnym przetargu obejmuje wyłącznie rozwiązanie CEMRA a nie 4D CEMRA. Rozwiązanie 4D CEMRA stanowi samodzielny produkt, odmienny niż zaoferowany tj. CEMRA, które jest rozwiązaniem 2D/3D”.

Odnosnie zastosowania procedury wyjaśniającej w trybie art. 223 ust 1 Pzp i jej konsekwencji, podkreślenia wymaga, że w związku z procedurą wyjaśniającą treść oferty Solve doszło do naruszenia art. 223 ust 1 Pzp. Jak wskazuje orzecznictwo Izby wyjaśnieniu podlega jedynie treść oferty, która została w postępowaniu w wymaganym terminie przez wykonawcę złożona a nie taka której faktycznie w ofercie brak. Z tym ostatnim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Oferta Solve nie zawiera jakichkolwiek informacji wskazujących na fakt zaoferowania w przetargu rozwiązania 4D CEMRA jak to wynika ze złożonych wyjaśnień.W ocenie Odwołującego w trybie art. 223 ust 1 Pzp doszło de facto do zmiany treści oferty Wykonawcy Solve i jej uzupełnienia przy zakazie prowadzenia z wykonawcą negocjacji treści oferty i wskutek tej procedury doszło modyfikacji przedmiotu oferty na etapie po złożeniu ofert, z naruszeniem zasad równości oraz uczciwej konkurencji. Identyfikacja oferowanego asortymentu stanowi treść oferty i należy do kategorii danych identyfikujących przedmiot oferty stanowiąc treść oferty sensu stricte. Niezgodność oferty stanowiąca podstawę jej odrzucenia powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty - poza ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia - podania konkretnych parametrów (np. nazwy, modelu, producenta) pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. Wskazał na orzecznictwo KIO, w tym m.in. wyroki w sprawach: KIO 3541/20

Solve w odniesieniu do złożonego z ofertą przedmiotowego środka dowodowego wskazuje w wyjaśnieniach, że: „Solve złożył wraz z ofertą wyciąg/fragment folderu zaoferowanego urządzenia. Załączony folder zawiera dane dotyczące zaoferowanego rozwiązania CEMRA i zakres danych zawartych w złożonych dokumentach pozwala na ustalenie, że złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy:

- dotyczy zaoferowanego rozwiązania CEMRA,
- zawiera dane zaoferowanego rozwiązania CEMRA,
- potwierdza, że zaoferowane rozwiązanie CEMRA nie jest rozwiązaniem wymaganym w SWZ tj. 4D
- potwierdza, że zaoferowane rozwiązanie CEMRA to rozwiązanie 2D/3D.

Odnosząc się do uzupełnionego przedmiotowego środka dowodowego - Wykonawca Solve wskazuje, że uzupełniony dokument ma potwierdzać, że zaoferowane rozwiązanie jest zgodne z SWZ. Należy pamiętać, że przedmiotem oferty Solve jest konkretne zidentyfikowane w formularzu stanowiącym treść oferty rozwiązanie CEMRA a nie 4D CEMRA Uzupełniony folder - wskazana w wyjaśnieniu Solve konkretna strona tego folderu, odnosi się do rozwiązania które nie zostało w przetargu zaoferowane 4D CEMRA. Zgodnie z uzupełnionym dokumentem:

Mając na względzie powyższe, abstrahując od zasadniczej kwestii braku podstaw i możliwości w okolicznościach sprawy uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego:

- uzupełniony przedmiotowy środek dowodowy nie dotyczy zaoferowanego rozwiązania CEMRA ale odrębnego produktu tj. 4D CEMRA,
- uzupełniony przedmiotowy środek dowodowy nie może zmieniać treści oferty wykonawcy, bowiem celem żądania

dokumentu jest wyłącznie potwierdzenie, że zaofferowany produkt spełnia wymagania SWZ,

-w przedmiotowej sprawie uzupełniony przedmiotowy środek dowodowy doprowadził do modyfikacji treści oferty na rozwiązanie „4D CEMRA” a Zamawiający dokonując wyboru oferty Solve uznał taką zmianę za dopuszczalną.

Orzecznictwo KIO jest w tym zakresie jednolite, uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego nie może prowadzić do zmiany treści oferty ta bowiem nie ulega zmianie po terminie składania ofert w postępowaniu i jest nią w sprawie zaofferowane konkretne rozwiązanie CEMRA, niezgodne z SWZ: tak wyrok KIO (KIO 663/22); (KIO 1769/22)

VII. Niezgodność treści oferty Solve z SWZ

Treść złożonej w postępowaniu przez Solve oferty potwierdza, że zaofferowano rozwiązanie CEMRA które zgodnie ze złożonym wraz z ofertą przedmiotowym środkiem dowodowym jest rozwiązaniem 2D/3D i jest niezgodne z SWZ. Złożone wyjaśnienia de facto potwierdziły jedynie, że zaofferowane rozwiązanie CEMRA jest niezgodne z SWZ i konieczne było zaofferowanie w przetargu innego produktu tj. 4D CEMRA. Uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego w ocenie Odwołującego było niedozwolone w świetle złożonej oferty i dokumentów złożonych wraz z nią. Dodatkowo, uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe nie dotyczą zaofferowanego rozwiązania CEMRA ale niezaofferowanego rozwiązania 4D CEMRA. Obydwa rozwiązania stanowią odrębne produkty i nie można ich uznawać za synonimy (potwierdza to wprost uzupełniony przedmiotowy środek dowodowy).

Uzupełnione przedmiotowe środki dowodowe oraz udzielone wyjaśnienia doprowadziły do niedozwolonej zmiany treści oferty Solve. Rozwiązanie zaofferowane przez Solve tj. CEMRA jest niezgodne z SWZ, co obliuguje Zamawiającego do odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 13/06/23 wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska wskazał na podstawę prawną wezwania i przytoczył jego treść i dalej w szczególności podał:

(...) Powyższe wyjaśnienia Zamawiający uznał za wystarczające w zakresie potwierdzenia spełnienia wymagania określonego w pkt. 25 Załącznika nr 8 do SWZ. Dodać przy tym należy, iż Wykonawca nie dokonał zmiany treści Załącznika nr 8. W treści tego Załącznika Wykonawca już na chwilę składania oferty wskazał, iż zaofferowane urządzenie spełnia ten wymóg zamawiającego. Równocześnie wskazał, iż technologią potwierdzającą jego spełnienie jest technologia CEMRA oraz załączył oświadczenie producenta z którego wynika, iż zaofferowany produkt posiada technologię umożliwiającą wykonywanie dynamicznych badań angiograficznych”.

(...) W ocenie Zamawiającego - udzielone wyjaśnienia w żadnej mierze nie ingerują w treść złożonej przez Wykonawcę oferty, Zmianie nie uległa zarówno treść oferty, jak i załączników do Oferty (w tym Załącznika nr 8), W dalszym ciągu Wykonawca deklaruje spełnienie wymagania określonego w Załączniku nr 8 do SWZ poprzez technologię CEMRA. Na takie rozwiązanie Wykonawca powołuje się również w treści wyjaśnień z dnia 17 maja 2023 r. wskazując iż: „Niniejszym jednoznacznie potwierdzamy, że zaofferowany przez nas system rezonansu magnetycznego uMR 580 posiada możliwość wykonywania dynamicznych badań angiograficznych 4D (3D dynamiczne w czasie) opisanych przez Zamawiającego w poz. 25 Załącznika nr 8 Zestawienie Parametrów technicznych i Użytkowych - modyfikacja oraz Załącznika nr 2, co potwierdziliśmy w naszej ofercie wskazując na rozwiązanie CEMRA.” Dowód: wyjaśnienia z dnia 17.05.2023 r, (w dokumentach postępowania). W treści wyjaśnień Wykonawca nie modyfikuje nazwy zaofferowanego rozwiązania z „CEMRA” na „4D CEMRA” na co wskazuje Odwołujący w treści Odwołania, Równocześnie Wykonawca wyjaśnia, iż:

„CEMRA (Contrast Enhanced Magnetic Resonance Angiography) stanowi cały „zbiór”/„rodzinę” technik wykorzystywanych do wykonywania badań angiograficznych z kontrastem metodą rezonansu magnetycznego, W skład tej „rodziny”/”zbioru” wchodzi zarówno badania 2D oraz 3D wykonywane po podaniu kontrastu pacjentowi iak i badania 4D czyli tzw. badania dynamiczne, Te ostatnie obrazują nie tylko badane narządy z obecnym w nich kontrastem, ale również rejestrują dynamikę napływu tego kontrastu do narządu, Tego typu badanie, gdzie możemy oglądać z dużą rozdzielczością czasową napływ kontrastu nazywamy badaniami 4D CEMRA Są one częścią badań/techniki CEMRA dlatego też nasze potwierdzenie w punkcie 25 jest prawidłowe.”

Na potwierdzenie wyżej wymienionej kwestii złożone zostały przedmiotowe środki dowodowe, które w swojej treści zawierają opis technologii sekwencjonowania, akwizycji i rekonstrukcji: „CEMRA: Angiografia metodą rezonansu magnetycznego wzmocniona kontrastem 2D/3D, Doskonała do angiografii ze środkiem kontrastowym ” oraz zaawansowanych pakietów aplikacji: „4D CEMRA: Dynamiczny protokół CEMRA do obrazowania 3d w czasie” Podkreślenia wymaga przy tym fakt, iż Wykonawca złożył wraz z ofertą oświadczenie producenta z którego wynika, iż technologią spełniającą wymóg wynikający z poz. 25 Załącznika nr 8 do SWZ (możliwość wykonywania dynamicznych badań angiograficznych 4D (3D dynamiczne w czasie)) jest technologia CEMRA. W zaistniałej sytuacji - po kompleksowym zapoznaniu się z treścią Oferty wraz z załącznikami, wyjaśnień Wykonawcy oraz przedmiotowych środków dowodowych (Opis produktu — katalog/ulotka producenta) Zamawiający nie widzi podstaw aby uznać iż złożona przez Wykonawcę oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego i w konsekwencji kwalifikuje się do odrzucenia.

Nie sposób również zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego w zakresie w jakim wskazuje, iż pierwotnie złożone przedmiotowe środki dowodowe potwierdzały niezgodność zaofertowanego asortymentu (rozwiązanie CEMRA) z treścią SWZ. Podkreślenia wymaga bowiem fakt, iż ze złożonych dokumentów wynika iż rozwiązanie CEMRA to: „Angiografia metodą rezonansu magnetycznego wzmocniona kontrastem 2D/3D”. Zaś Zamawiający wymagał aby technologia umożliwiała wykonywanie „dynamicznych badań angiograficznych 4D (3D dynamiczne w czasie)”. Opis „2D/3D” nie wyklucza możliwości wykazania iż użyta technologia 3D jest technologią badania „3D rzeczywistego w czasie”. Zatem zapis iż technologia CEMRA jest technologią 2D/3D nie wyklucza możliwości uznania iż jest to technologia badania 3D dynamicznego w czasie. Dodatkowo Zamawiający podnosi, iż Wykonawca nie wskazał, iż opis znajdujący się w treści pierwotnie złożonego formularza o treści „CEMRA: Angiografia metodą rezonansu magnetycznego wzmocniona kontrastem 2D/3D. Doskonała do angiografii ze środkiem kontrastowym” - stanowi potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w treści Załącznika nr 8 do SWZ (poz. 25). Wykonawca w odniesieniu do każdego z wymaganych parametrów wskazywał w którym miejscu ulotki producenta znajduje się potwierdzenie spełnienia danego wymagania. W przypadku technologii CEMRA (wymaganie z poz. 25) Wykonawca w ogóle nie oznaczył z której pozycji ulotki producenta wynika potwierdzenie spełnienia tego wymagania. Zrodziło to w Zamawiającym poczucie iż złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, stąd wezwanie do ich uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Uzupełniając przedmiotowe środki dowodowe Wykonawca potwierdził iż zaofertowany asortyment posiada technologię umożliwiającą wykonywanie badań 3D dynamicznych w czasie, Z uwagi na zgodność oferty Wykonawcy z treścią SWZ nie zachodzą przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty Wykonawcy. Z uwagi na fakt, iż oferta Wykonawcy uzyskała najwyższą liczbę punktów Zamawiający prawidłowo uznał wskazaną ofertę za najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Solve Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku wnioskując o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 15/06/23 podał m.in.:

(...)
Przystępujący zgodnie z wymaganiami Zamawiającego załączył do swojej oferty wypełniony i podpisany Załącznik nr 8 Zestawienie parametrów technicznych i użytkowych oraz przedmiotowe środki dowodowe w postaci Folderu (niekompletnego) zeskanowanego co drugą stroną, a tym samym nie zawierającego pełnych informacji dla poszczególnych parametrów oferowanego urządzenia oraz Oświadczenie autoryzowanego dystrybutora producenta i importera oferowanego systemu rezonansu magnetycznego. (...)

Użycie przez Przystępującego słowa „Tak” oraz nazwy „CEMRA” potwierdza spełnianie przedmiotowego parametru. Do oferty Przystępującego został również załączony Folder z zaznaczonymi (zgodnie z wymaganiem Zamawiającego) potwierdzeniami parametrów technicznych. Niestety w trakcie przygotowywania oferty skan Folderu został wykonany jednostronnie w związku z czym w ofercie znalazła się „co druga” strona ww. dokumentu (dowód nr 1 - str. 1-13 pliku o nazwie Folder-sig.). A tym samym w treści załączonego wraz z ofertą Folderu nie znalazło się miejsce, w którym zaznaczono potwierdzenie spełnienia dla pkt. 25 postawionych w swz wymagań. Fakt, że załączony do oferty Folder nie jest kompletnym dokumentem nie budzi żadnych wątpliwości. Zgodnie z fragmentem Spisu treści umieszczonego na str. 1 załączonego do oferty Folderu (niekompletnego):

- na stronie 2 winien być zamieszczony Opis produktu uMR580 – jest Magnes, którego opis zgodnie ze Spisem treści powinien być na stronie 3,
- na stronie 4 powinien być opisany System RF – jest fragment dot. systemu komputerowego oraz „PRZEBIEG PRACY” który zgodnie ze Spisem powinien być na stronie 6,
- na stronie 6 zgodnie ze spisem powinien znaleźć się opis Systemu komputerowego – a jest fragment dot. Przebiegu pracy, który jest na str. 7 pełnego Folderu,
- na stronach 7 i 8 Folderu z oferty zawarte są informacje dotyczące Sekwencji, technologii akwizycji i rekonstrukcji ze Spisu treści wynika, że te informacje winny być na str. 12 i 13,
- na stronach 9, 10 i 11 Folderu z oferty znajdują się fragmenty dotyczące Pakietów zastosowań klinicznych, których opis w kompletnym Folderze rozpoczyna się od strony 15.

Załączony do oferty Folder zawiera tylko i wyłącznie strony „nieparzyste” tj.: 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23 oraz 25, więc jest niekompletnym przedmiotowym środkiem dowodowym.

(...)

Zarzuty podniesione w odwołaniu sprowadzają się do stwierdzenia, że Zamawiający nie miał prawa do skorzystania z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp oraz że prowadził z Przystępującym negocjacje, które w konsekwencji doprowadziły do zmiany treści oferty. Zamawiający mając do dyspozycji niekompletny Folder (w którym nie załączono połowy stron) był zobligowany do wezwania Solve Medical Sp. z o. o. do uzupełnienia na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp kompletnego przedmiotowego środka dowodowego, co uczynił zgodnie z treścią Rozdziału 6 SWZ. Biorąc pod uwagę treść pkt. 25 Załącznika nr 8, potwierdzenie tego parametru poprzez wpisanie: „TAK, CEMRA” oraz brak odniesienia tego

punktu w niekompletnym folderze Zamawiający w naturalny sposób musiał powziąć wątpliwość, czy dysponuje całościową dokumentacją potwierdzającą ten parametr.

W związku z powyższym nie jest prawdą jak sugeruje Odwołujący, że Zamawiający nie miał prawa wezwać do uzupełnienia niekompletnego dokumentu, bowiem winien stwierdzić, że system rezonansu magnetycznego nie spełnia parametru określonego w pkt. 25 Załącznika nr 8 i w konsekwencji zastosować najsurowszą z możliwych sankcji, tj. odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5. Przystępujący chciałby zauważyć, że Odwołujący, aby uwiarygodnić swoje twierdzenia, dotyczące wadliwego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 107 ust. 2 manipuluje nazewnictwem poszczególnych dokumentów, dlatego też informujemy, że do oferty Przystępującego został załączony niekompletny Folder a nie „wyciąg z katalogu” natomiast na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący uzupełnił kompletny Folder (zawierający wszystkie strony) a nie przedstawił kolejny/inny przedmiotowy środek dowodowy. Uzupełniony na wezwanie dokument jest identycznym dokumentem w którym nie doszło do jakichkolwiek zmian merytorycznych, to identyczny dokument do którego nie wprowadzono jakichkolwiek zmian, nowych treści, nie dołożono nowych treści, a tym samym nie doszło do jakiegokolwiek zmiany w zakresie treści oferty. Przystępujący chciałby również zauważyć, że Odwołujący ma dostęp do kompletnego Folderu, który uzupełnił Przystępujący więc doskonale wie, że „CEMRA” została w tym dokumencie wymieniona jako jedna z technologii akwizycji i rekonstrukcji, która zawiera w sobie kilka rodzajów badań tj. 2D, 3D i 4D, czyli tzw. badania dynamiczne. Te ostatnie obrazują nie tylko badane narządy z obecnym w nich kontrastem, ale również rejestrują dynamikę napływu tego kontrastu do narządu. Potwierdzenie znajduje się na 22 stronie kompletnego Folderu (dowód nr 2) w części dot. zaawansowanych pakietów aplikacji (...).

4D CEMRA

Dynamiczny protokół CEMRA do obrazowania 3D w czasie (...)

(zapis jednoznacznie wskazuje, że 4D CEMRA „zawiera się” w CEMRA)

Mając na względzie powyższe nie sposób zgodzić się z następującym stwierdzeniem zawartym w odwołaniu:

– Rozwiązanie 4D CEMRA nie zostało zaoferowane w przetargu i nie jest objęte treścią oferty Solve a uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych dla tego rozwiązania nie może prowadzić w konsekwencji do zmiany treści oferty wykonawcy i zastąpienia zaoferowanego rozwiązania CEMRA innym. Powyższy zapis nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym. Przystępujący oferując system rezonansu magnetycznego uMR580 firmy United Imaging Healthcare Co. Ltd. zaoferował rozwiązanie 4D CEMRA, ponieważ jest to standardowa funkcjonalność systemu, w którą wyposażony jest każdy aparat rezonansu magnetycznego uMR 580. Odwołujący sugeruje jakoby był to konfigurowalny element, ale tak nie jest. Niemożliwym jest zaoferowanie tego rezonansu bez tej funkcjonalności – na potwierdzenie tego faktu przedkładamy Oświadczenie autoryzowanego dystrybutora producenta i importera systemu rezonansu magnetycznego – dowód nr 3. Ponadto, uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych w postaci kompletnego Folderu nie stanowi zmiany treści oferty. Treść oferty pozostaje nie zmienna, uzupełnione brakujące strony Folderu potwierdzają jedynie, że zaoferowany system uMR 580 jednoznacznie spełnia określony przez Zamawiającego w pkt. 25 parametr. W ocenie Przystępującego bezspornym jest, że Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek skorzystać z art. 107 ust 2 ustawy Pzp i wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, ponieważ tylko w ten sposób mógł uzyskać wszelkie niezbędne informacje to podjęcia najważniejszej decyzji w postępowaniu o zamówienie publiczne, czyli dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, Zamawiający z powodu jednostronnego zeskanowania dokumentu winien pozbawić Przystępującego możliwości realizacji zamówienia pomimo, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, a co za tym idzie oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta podlega odrzuceniu jedynie wówczas, gdy jest ona niezgodna z wymogami swz, a więc tylko wtedy, gdy zobowiązanie wykonawcy wyrażone w jego ofercie jest niezgodne ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał Zamawiający i które opisał w swz, a z taką sytuacją nie mamy w tym przypadku do czynienia. Znamienne jest to, że Odwołujący nie stawia zarzutu, że zaoferowany aparat MR uMR 580 nie posiada wymaganej funkcjonalności, a tylko wówczas można by mówić o odrzuceniu oferty. Stawia zarzut odrzucenia polemizując z prawem do wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w okolicznościach, gdy wprost Zamawiający przewidział taką okoliczność w treść swz.

Odnosząc się do rzekomego zarzutu jakoby Zamawiający prowadził negocjacje z Przystępującym w konsekwencji których doszło do zmiany treści oferty Przystępującego należy stwierdzić, co następuje: Nie jest prawdą, że Przystępujący został wezwany w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie pkt. 25 Załącznika nr 8 Zestawienie parametrów technicznych i użytkowych.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania pominął treść pkt. 1 i 3 wezwania z dnia 11 maja 2023 roku skierowanego do Przystępującego, przytaczając jedynie pierwszy akapit wezwania oraz pkt. 2. Zamawiający w treści wezwania słusznie powołał się na art. 223 ust. 1, ponieważ w pkt. 1 i 3 przesłanego wezwania oczekiwał złożenia wyjaśnień w zakresie

zastosowania w ofercie przez Przystępującego stawek podatku VAT.

Przystępujący, zgodnie z wezwaniem udzielił wyjaśnień w zakresie pkt. 1 i 3, które dotyczyły zastosowanych stawek podatkowych, natomiast w zakresie pkt. 2 wezwania jedynie wskazał i potwierdził, że zaoferowany przez niego system rezonansu magnetycznego uMR 580 spełnia parametr określony w pkt 25 Załącznika nr 8, opisał działanie zaoferowanej techniki oraz załączył kompletny Folder.

Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania wprowadza w błąd, bowiem wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest tak, że 4D CEMRA stanowi „samodzielny” produkt, element, który można zaoferować lub nie zaoferować, a więc nie zależy od konfigurowalności urządzenia. Nie jest też samodzielnym rozwiązaniem. Istnieje jedna technika do badań angiograficznych, która nosi nazwę CEMRA.

To rodzaj wykonywanego badania jest dobierany przez użytkownika i ten rodzaj badania to:

- badanie odbywające się na dwóch płaszczyznach (2D),
- badanie odbywające się na trzech płaszczyznach (3D),
- badanie odbywające się w czasie rzeczywistym (4D lub nazywane też przez innych producentów 3D dynamiczne w czasie).

Każdy z rodzajów badań jest wykonywany w zależności od potrzeb, schorzenia i jest dobierany przez użytkownika.

Każde z rodzajów badań jest w oferowanym urządzeniu i każde jest protokołem CEMRA.

W związku z powyższym Przystępujący podkreśla, iż w zakresie pkt. 25 Załącznika nr 8 Dynamiczne badania angiograficzne 4D (...) nie był wzywany do złożenia wyjaśnień a jedynie do uzupełnienia kompletnego przedmiotowego środka dowodowego, w związku z czym nie mógł prowadzić żadnych negocjacji, które prowadziłyby do zmiany treści oferty.

Reasumując, Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne zaoferował system rezonansu magnetycznego uMR 580 produkcji United Imaging Healthcare Co. LTD., który spełnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry określone w Załączniku nr 8 Zestawienie parametrów technicznych i użytkowych.

Jedynym uchybieniem Przystępującego było załączenie do oferty wadliwie zeskanowanego Folderu – przedmiotowego środka dowodowego, który zgodnie z wymogami swz oraz przepisem art. 107 ust. 2 uPzp mógł być uzupełniony.

Wezwanie w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia tego dokumentu jak wykazaliśmy powyżej było w pełni uzasadnione. „Art. 107 ust. 2 Pzp przewiduje, że uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie niezłożone lub złożone, ale niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający, który przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, będzie zobowiązany w przedmiocie tego uzupełnienia wyłącznie do zażądania od wykonawcy: 1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego który nie został złożony, 2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część. Wezwanie zamawiającego o uzupełnienie jest wezwaniem jednokrotnym w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu. Jak wyjaśnił Prezes Urzędu, z powyższego wynika zatem po pierwsze, że przedmiotowe środki dowodowe powinny być złożone przez wykonawcę wraz z ofertą. W przypadku ich niezłożenia (lub złożenia niekompletnych dokumentów) - pod warunkiem, że zostało to przewidziane w SWZ - Zamawiający będzie zobowiązany do wezwania wykonawcy odpowiednio o ich złożenie lub uzupełnienie (w zależności od tego, czy w ogóle nie zostały złożone, czy zostały złożone, ale są niekompletne).” (tak KIO.KD 24/22)

Przystępujący nie był wezwany do złożenia wyjaśnień dot. pkt 25 Załącznika nr 8 w związku z czym nie prowadził jakichkolwiek negocjacji z Zamawiającym, które prowadziłyby do zmiany treści oferty i modyfikacji przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym nie sposób zgodzić się z zarzutami postawionym przez Odwołującego, dlatego też, Przystępujący jak w złożonym przystąpieniu wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Podnosząc zarzut naruszenia art. 239 ust.1 ustawy Pzp i kwestionując wybór oferty wykonawcy Solve Medical (Przystępujący) jako najkorzystniejszej Odwołujący, wykonawca VERSAMED podniósł także zarzut naruszenia art. 107 ust.2 i art. 223 ust.1 ustawy Pzp, a także zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 tej ustawy. Zdaniem Odwołującego wezwanie przez Zamawiającego w dniu 11.05.br. wykonawcy Solve do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie, że zaoferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego określonego w poz. 25 Załącznika nr 2 do SWZ było nieuprawnione, albowiem złożone z ofertą dokumenty były kompletne z punktu widzenia potwierdzenia, że zaoferowany przez Solve asortyment (rozwiązanie CEMRA), w tym przypadku jest niezgodny z SWZ.

Izba w pierwszej kolejności uznała, że w stanie faktycznym tej sprawy zarzut naruszenia art. 107 ust.2 nie jest zasadny. Dokonując analizy dokumentacji – także w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego ustalono:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia w załączniku nr 2 wymagano w punkcie XI. APLIKACJE KLINICZNE Angiografia pozycja 25 kol. 1 i 2:

25	Dynamiczne badania angiograficzne 4D (3D dynamiczne w czasie) obszarów takich jak tętnice szyjne, naczynia peryferyjne i. np. z wysoką rozdzielczością przestrzenną i czasową pozwalające na wizualizację dynamiki napływu i odpływu środka kontrastowego z obszaru zainteresowania (typu TRICKS, TWIST, 4D-TRAK, lub równoważne)
----	---

W kolumnie 3 z kolei wymagano podania: „Tak, podać nazwę techniki”.

Wykonawca w kolumnie 4 w punkcie 25 podał: „TAK, CEMRA”. Załączył folder dla urządzenia uMR 580.

W wezwaniu z dnia 11 maja 2023 r. Zamawiający wskazał na dwa przepisy art. 223 ust. 1 oraz art. 107 ust. 2 ustawy Pzp podając, że: „wzywa wykonawcę który złożył ofertę w ramach postępowania nr ZP 01/23 do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w poniższym zakresie:

1. Wykonawca wskazał jedną stawkę podatku VAT w pozycji dostawa rezonansu magnetycznego (8%). Pozostali wykonawcy zastosowali różne stawki podatku VAT w ramach tej pozycji (8% i 23%). Zamawiający zwraca się z prośbą o wyjaśnienie z jakich przyczyn Wykonawca zaproponował stawkę VAT 8 % w ramach tej pozycji, a także wzywa do ewentualnego złożenia dokumentów potwierdzających zasadność zastosowanej stawki VAT.

2. Zamawiający wymagał w SWZ aby zaferowany produkt w postaci rezonansu magnetycznego posiadał możliwość wykonywania dynamicznych badań angiograficznych 4D (3D dynamicznym w czasie) (poz. 25 Załącznika nr 2 do SWZ). Wykonawca oświadczył iż zaferowany produkt spełnia to wymaganie i oświadczył iż wymaganie to jest spełnione przez technologię CEMRA. Zamawiający wzywa do złożenia przez Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie iż zaferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego określonego w poz. 25 Załącznika nr 2 do SWZ.

3. Wykonawca wskazał w treści Formularza Ofertowego (poz. 2 – 4 Formularza) stawkę podatku VAT 8 %. Zamawiający prosi o wyjaśnienie z jakich przyczyn w tych pozycjach Wykonawca zastosował stawkę podatku VAT 8 %, a nie 23 %, a także wzywa do ewentualnego złożenia dokumentów potwierdzających zasadność zastosowanej stawki podatku.”

Z treści wskazanych punktów wynika, że przepis art. 107 ust.2 Pzp dotyczy punktu 2 wezwania.

Przepis ten stanowi: „2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia”.

W Rozdziale 6 Specyfikacji warunków Zamówienia – w zakresie spornym - wskazano:

„Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych”

1. Zamawiający wymaga aby Wykonawca złożył przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą.

2. W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym wymaganiom Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą:

1) (...)

2) Folder/ katalogu w języku polskim zawierającego opis – specyfikę oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzającego spełnienie wymagań opisanych w Załączniku nr 2 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) oraz lub ewentualnie (jeżeli dotyczy) oświadczenie producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela – potwierdzających spełnienie kryteriów oceny ofert wymienionych w Rozdziale 15 SWZ (Parametry Techniczne) (o ile oferowany asortyment posiada właściwości uzasadniające przyznanie dodatkowych punktów za to kryterium).

3. Dokumenty potwierdzające zgodność oferowanego aparatu z wymaganiami technicznymi oraz użytkowymi bądź potwierdzającymi spełnienie parametrów dodatkowo punktowanych w ramach Kryterium Oceny Ofert należy złożyć z zaznaczeniem który parametr (bądź element kryterium oceny ofert) ma zostać potwierdzony na podstawie danego dokumentu.

4. (...)

5. Zgodnie z art. 107 ust. 2 Pzp, jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 7 dni.

6. Dopuszczalne będzie tylko (jednorazowe) uzupełnienie „braków formalnych”, tj. braku dokumentu lub niekompletnego dokumentu, który nie pozwala przesądzić merytorycznie o wartości oferty. Tym samym nie będzie dopuszczalne uzupełnianie dokumentów przedmiotowych, jeśli przedłożone dokumenty potwierdzają, że oferta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że przedmiotowe środki dowodowe nie będą uzupełniane, jeżeli na skutek merytorycznej oceny zamawiający uzna, że nie odpowiadają one wymaganiom przedmiotu zamówienia, tj. nie potwierdzają, że wykonawca oferuje produkt spełniający oczekiwania zamawiającego

7. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dot. przedmiotowych środków dowodowych”.

Folder jaki wykonawca Solve przedłożył do oferty zawierał własnoręczne naniesienia co do punktów zał. 8, których dotyczył opis w folderze, z ich wskazaniem oraz ich zakreślenia kolorem żółtym (tak w dokumentacji KIO), czemu Odwołujący nie przeczył

Folder ten zawierał 24 strony i pobieżna analiza wskazywała, że nie jest to cały dokument, brak bowiem w nim ciągłości tekstu. W tym dokumencie także brak jest odniesień do punktu 25. Taki opis zawierał folder po jego uzupełnieniu obejmujący 45 stron. Wykonawca wykazał przede wszystkim, że uzupełniony folder dotyczy tego samego urządzenia i zawiera opis parametru, co do pozycji 25.

Mając na uwadze te ustalenia Izba uznała, że wezwanie było uprawnione, a jego treść podobnie jak przedłożony folder nie stanowił o naruszeniu z art. 223 ust 1 Pzp, albowiem podnoszone w odwołaniu okoliczności - w tym stanie faktycznym - nie można kwalifikować jako negocjacji treści oferty z wykonawcą Solve, a tym bardziej jako dopuszczenie do jej zmiany w zakresie zaferowanego rozwiązania z CEMRA na 4D CEMRA wskutek udzielonych wyjaśnień treści oferty i uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego. Zatem także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nie podlega uwzględnieniu i tym samym zarzut naruszenia art. 239 ust.1 Pzp nie jest zasadny. Brak bowiem było podstaw

do odrzucenia oferty wykonawcy Solve z pominięciem spornego wezwania na podstawie art. 107 ust.2 Pzp, [na okoliczność, czy oferowane rozwiązanie CEMRA jest wymaganym rozwiązaniem co do dynamicznego badania angiograficznego 4D (3D dynamiczne w czasie)], albowiem oferta nie zawierała w formularzu 8 w pozycji 25 informacji o wymaganej technice, co z kolei podlegało uzupełnieniu według wskazanych w SWZ zasad i w konsekwencji nie ma podstaw do kwestionowania wyboru oferty wykonawcy Solve jako najkorzystniejszej.

Izba także zwraca uwagę, że dowody jakie powołał Odwołujący odnoszą się do dokumentacji w konkretnym postępowaniu (przetargu) i opisanych w niej wymaganiach co do sposobu prezentacji urządzenia i to w 2 przypadkach innego niż w tym przetargu. Izba ponadto w przypadku dowodu z przetargu, którego uczestnikiem był Solve Medical, zwraca uwagę, że folder (katalog) jako środek przedmiotowy nie był wymagany. Zatem na potwierdzenie parametru, jego spełniania, konieczne było zawarcie w formularzu bardziej szczegółowych opisów.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 2 lit. b) 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. z 2020 r., poz. 2437) orzekając o wynagrodzeniu pełnomocnika z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....