Sygn. akt KIO 3537/23

WYROK

z dnia 12 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawcę FAMED Żywiec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii
i Traumatologii imienia Mikołaja Kopernika w Łodzi,

przy udziale wykonawcy TIMKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3537/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233, ze zm.) oraz art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu – Wojewódzkiemu Wielospecjalistycznemu Centrum Onkologii i Traumatologii imienia Mikołaja Kopernika w Łodzi:
   1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę TIMKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
   1.2. Odrzucenie oferty wykonawcy TIMKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych,
   1.3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę FAMED Żywiec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu w 1/3 części oraz zamawiającego – Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii imienia Mikołaja Kopernika w Łodzi w 2/3 części i:
   3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę FAMED Żywiec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu tytułem wpisu od odwołania.
   3.2. Zasądza od zamawiającego – Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii imienia Mikołaja Kopernika w Łodzi na rzecz odwołującego – wykonawcy FAMED Żywiec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu kwotę 11 320 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy trzysta dwadzieścia złotych zero groszy) tytułem częściowego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wpis od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

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 2023 r., poz. 1605, 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.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3537/23

Uzasadnienie

Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii imienia Mikołaja Kopernika w Łodzi, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„dostawę aparatu RTG z ramieniem C i aspiratora z głowicami dla Wojewódzkiego*

Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi". Numer referencyjny tego zamówienia to EZ.28.117.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
z dnia 2 sierpnia 2023 r., pod numerem 2023/S 147-468161.

W dniu 27 listopada 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca FAMED Żywiec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu, zwany dalej „Odwołującym" lub „wykonawcą FAMED", wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę TIMKO Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „wykonawcą TIMKO") w ramach części nr 1 zamówienia,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TIMKO w ramach części nr 1 zamówienia,

3) wyborze jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę TIMKO w ramach części nr 1 zamówienia pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu
z uwagi na okoliczność, że w swojej ofercie wykonawca TIMKO świadomie podał nieprawdziwe parametry oferowanych produktów by uzyskać większą punktację,

4) zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego w ramach części nr 1 zamówienia pomimo, że oferta ta zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i zaniechanie żądania od wykonawcy TIMKO wyjaśnień dotyczących złożonej przez tego wykonawcę oferty w zakresie punktowanych parametrów w ramach kryterium oceny ofert pomimo, że Odwołujący pismem z dnia 13 października 2023 r. wskazał i udowodnił, że wykonawca TIMKO świadomie podał nieprawdziwe informacje by uzyskać jak największą liczbę punktów w ramach kryterium oceny ofert, czego konsekwencją stało się naruszenie przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy PZP
i niezgodne z prawem dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę TIMKO (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TIMKO pomimo, że zawierała ona nieprawdziwe informacje, podane umyślnie przez wykonawcę TIMKO,co w konsekwencji oznacza złożenie przez wykonawcę TIMKO oferty
w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 2),

3) art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TIMKO i dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z zaprezentowanymi argumentami oferta wykonawcy TIMKO powinna zostać odrzucona, a zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu jako podmiotowi wybranemu zgodnie z przepisami ustawy PZP (zarzut nr 3).

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu złożonej przez wykonawcę TIMKO w ramach części nr 1 zamówienia,

2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy TIMKO
w ramach części nr 1 zamówienia jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji
w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert w ramach części nr 1 zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania wykonawca FAMED wskazał, żeZamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 ust 1 ustawy PZP, ponieważ w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie odniósł się do wyczerpującego i uzasadnionego pisma Odwołującego z dnia 13 października 2023 r., w którym ten w sposób szczegółowy wskazywał, że wykonawca TIMKO umyślnie podał nieprawdziwe informacje w Załączniku nr 2 do oferty w celu zdobycia jak największej ilości punktów i wygrania postępowania. Tym samym w ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się nie tylko naruszenia art. 239 ust 1 ustawy PZP, ale również art. 16 ust. 1 ustawy PZP, gdyż dopuścił się naruszenia podstawowych zasad rządzących się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego,

jakimi są: zasada równego traktowania oraz zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, co miało istotny wpływa na przebieg postępowania. Odwołujący stwierdził, że zasada równego traktowania wykonawców zabrania Zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek
z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu
i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców. Natomiast to na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Nie budzi wątpliwości Odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do nieuprawnionego uprzywilejowania wykonawcy TIMKO, ponieważ Zamawiający dał wiarę oświadczeniom tego wykonawcy ujętym w Załączniku nr 2,
a zakwestionował szczegółowe wyjaśnienia Odwołującego opisane w jego piśmie z dnia 13 października 2023 r., nie informując Odwołującego o motywach swojej decyzji. W odniesieniu do nieprawdziwych informacji podanych przez wykonawcę TIMKO Odwołujący wskazał, że Zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ, w pozycji 15 wymagał podania parametru totalnej filtracji o wartości minimum 4,3 mm aluminium i największą zaoferowaną wartość powyżej wymaganego minimum punktował. Wykonawca TIMKO potwierdził parametr o wartości 7,6 mm aluminium, jednakże według Odwołującego we wcześniejszych postępowaniach wykonawca ten zawsze potwierdzał wartość 4,3 mm aluminium + 0,1 mm miedzi lub 4,3 mm aluminium
w sytuacjach oferowania tego samego aparatu co w tym postępowaniu. Z dołączonych do tego postępowania przedmiotowych środków dowodowych – kart katalogowych również wynika, że rzeczywistym parametrem dla oferowanego wyrobu medycznego jest parametr 4,3 mm aluminium, co wskazuje, iż taka jest właśnie faktyczna wartość filtracji w aparacie marki Ziehm SOLO FD. Ponadto Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 2 do SWZ Zamawiający wymagał, aby oferowany produkt posiadał skopię wysokopulsacyjną (jako parametr wymagany) lub skopię pulsacyjną w zakresie 1-8 i skopię ciągłą. Parametry skopia pulsacyjna w zakresie 1-8 i skopia ciągła były rozwiązaniami dodatkowo punktowanymi. Według Odwołującego aparat marki Ziehm Solo FD posiada wyłącznie rozwiązanie skopii wysokopulsacyjnej i we wszystkich poprzednich postępowaniach takie rozwiązanie było potwierdzane i promowane przez wykonawcę TIMKO, który – zdaniem Odwołującego – obecnie podając, że oferowany przez niego produkt posiada skopię pulsacyjną w zakresie 1-8 i skopię ciągłą, umyślnie wprowadza Zamawiającego w błąd i poświadcza w tym parametrze nieprawdę. Odwołujący podał, że aparat marki Ziehm Solo FD posiada tylko skopię wysokopulsacyjną w zakresie 1-25 pulsów oraz nie posiada trybu skopii ciągłej i jednocześnie zwrócił uwagę na to, że skopia wysokopulsacyjna powyżej 8 pulsów/s nie może być traktowana jako skopia ciągła, gdyż są to pojęcia przeciwstawne, które mogą istnieć jedynie równolegle, zaś sam wykonawca TIMKO w innych postępowaniach potwierdzał skopię powyżej 8 pulsów o charakterze pulsacyjnym. Odwołujący zwrócił też szczególną uwagę na Załącznik nr 3 do SWZ (pkt 13-15). Odwołujący podał, że Zamawiający wymagał i dodatkowo punktował również posiadanie przez oferowany produkt przycisku do uruchomienia skopii ciągłej. Według Odwołującego urządzenie zaoferowane przez wykonawcę TIMKO z racji tego, że nie posiada trybu skopii ciągłej, nie może posiadać przycisku do jej uruchomienia. Przycisk na aparacie marki Ziehm SOLO FD służy do uruchomienia skopi pulsacyjnej, gdyż tylko taki tryb posiada ten aparat. Jednocześnie Odwołujący nie ma wątpliwości, że wykonawca TIMKO podając nieprawdziwe informacje umyślnie wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ przełożyło się na dodatkowe punkty w ramach kryterium jakościowego oceny ofert – Parametry Techniczne.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy 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 natomiast z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wykonawca FAMED nie ma wątpliwości, że działanie jego konkurenta – wykonawcy TIMKO, który podał nieprawdziwe informacje w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami oraz narusza interes zarówno Zamawiającego, jak i pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.
W opinii Odwołującego wykonawca TIMKO nie może się zasłaniać niezawinionymi omyłkami lub błędami, gdyż jako przedsiębiorca w stosunku, do którego obowiązuje miernik podwyższonej staranności zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, powinien rzetelnie i skrupulatnie wypełniać dokumenty zamówienia, zwłaszcza te dotyczące dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert. Zdaniem Odwołującego na umyślność lub ewentualnie rażące niedbalstwo działań wykonawcy TIMKO wskazuje również to, że w innych postępowaniach, w których oferował ten sam wyrób medyczny, podawał całkiem inne, poprawne parametry. Według wykonawcy FAMED wykonawca TIMKO nie brał udziału w postępowaniach, w których wymagano skopi ciągłej bądź odpowiednich parametrów filtracji, gdyż zdawał sobie

sprawę, że oferowany aparat marki Ziehm Solo FD ich nie spełnia. W opinii Odwołującego takie działanie wykonawcy TIMKOnie powinno zasługiwać na aprobatę i wykonawca ten powinien ponieść konsekwencje w postaci odrzucenia oferty, aby w przyszłości nie ulegać pokusie ponownego niezgodnego z prawem i dobrymi obyczajami działania, którego Zamawiający lub inni wykonawcy mogliby nie dostrzec. Ponadto na uzasadnienieswojego stanowiska Odwołujący powołał się na następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 21 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 5/22, wyrok z dnia 17 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2048/20, wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 49/18, wyrok z dnia 14 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 373/17. Odwołujący spuentował swój wywód stwierdzając, że nieistotny z punktu widzenia tego postępowania jest ewentualny argument wykonawcy TIMKO, że przyznane dodatkowe punkty w ramach kryterium „Parametry Techniczne" mogą nie zmienić finalnego wyboru oferty wykonawcy TIMKO, która i tak może posiadać większą ilość punktów, albowiem nie eliminuje to rażąco nagannego zachowania tego wykonawcy, który poświadczając nieprawdę dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, który sam w sobie jest warunkiem wystarczającym do odrzucenia jego oferty.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania wykonawca FAMED wskazał jedynie, że konsekwencją opisanych powyżej naruszeń przepisów ustawy PZP przez Zamawiającego jest dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy PZP – tym samym dopuszczenie się naruszenia art. 17 ust. 2 PZP.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w złożonych pismach oraz oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonanego przez wykonawcę TIMKO, albowiem przystąpienie zostało zgłoszone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia
w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia,
a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez Odwołującego i uczestnika postepowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w jego piśmie z dnia 7 grudnia 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z oświadczenia producenta urządzenia zaoferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego, uznając ich wiarygodność oraz moc dowodową. Jednocześnie Izba postanowiła odmówić przeprowadzenia zawnioskowanych przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego dowodów złożonych jako dowody nr 2-6 z uwagi na ich nieprzydatność dla oceny zarzutów w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, tj.:

- wycinka z instrukcji obsługi zaoferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego urządzenia (dowód nr 2),

- pliku dokumentów obejmujących pytania wykonawcy Timko i odpowiedzi udzielone przez instytucje zamawiające z czterech innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez SPZOZ w Myszkowie, SPZOZ w Radzyniu Podlaskim, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Św. Rafała w Czerwonej Górze i SPZOZ w Kędzierzynie Koźlu (dowód nr 3),

- katalogów producenta zaoferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego urządzenia (dowód nr 4),

- instrukcji producenta (6. Elementy obsługowe, 20. Załącznik A) (dowód nr 5),

- fragmentu katalogu załączonego do oferty wykonawcy FAMED (dowód nr 6).

Izba stwierdziła nieprzydatność dla oceny zasadności zarzutów odwołania wnioskowanych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego dokumentów, albowiem z treści dowodu nr 2 nie wynika w ogóle, czy dotyczy on zaoferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego urządzenia, dokumenty złożone jako dowód nr 3 dotyczą innych postępowań i nie znajdują one przełożenia na przedmiotowe postępowanie, katalogi złożone jako dowód nr 4 i instrukcja złożona jako dowód nr 5 dotyczą innych, nieaktualnych już wersji urządzenia zaoferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego (a czemu w trakcie rozprawy Odwołujący nie zaprzeczył), natomiast fragment katalogu złożony przez Zamawiającego jako dowód nr 6 odnosi się nie do urządzenia zaoferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego tylko przez Odwołującego i nie ma żadnego związku z zarzutami odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający, którym jest Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii imienia Mikołaja Kopernika w Łodzi, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„dostawę aparatu RTG z ramieniem C i aspiratora z głowicami dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi”.*

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 sierpnia 2023 r., pod numerem 2023/S 147-468161.

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 i 2 SWZ zamówienie obejmuje 2 pakiety: pakiet nr 1 – aparat RTG z ramieniem C, pakiet nr 2 – aspirator z głowicami. Zakres przedmiotowy został szczegółowo opisany w załącznikach do SWZ, tj. w „Zestawieniu parametrów technicznych, warunków gwarancji i szkoleń” – Załącznik nr 2 oraz wzorze umowy – Załącznik nr 7A i 7B.

W Załączniku nr 2 do SWZ zatytułowanym „Zestawienie parametrów technicznych, warunków gwarancji oraz szkoleń w odniesieniu do pakietu nr 1 Zamawiający wymagał między innymi następujących parametrów technicznych aparatu RTG z ramieniem C:

- poz. 12: skopia wysokopulsacyjna lub skopia pulsacyjna w zakresie min. 1 do 8 pulsów/s i skopia ciągła,

- poz. 13: przycisk dedykowany do uruchomienia skopii ciągłej przez użytkownika na tablecie do sterowania funkcjami

- poz. 15: totalna filtracja min. 4,3 mm aluminium.

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 1 SWZ w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w OPZ Zamawiający oczekiwał złożenia przedmiotowego środka dowodowego w postaci wypełnionego Załącznika nr 2 do SWZ: „Zestawienie parametrów technicznych, warunków gwarancji i szkoleń”. Zamawiający nie przewidział możliwości uzupełnienia tego przedmiotowego środka dowodowego.

Jednocześnie w myśl rozdziału VI ust. 2 SWZ Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci oryginalnej ulotki producenta, katalogów, ulotki o produkcie, karty danych technicznych w języku polskim potwierdzających wymagane parametry oferowanego przedmiotu zamówienia (jeśli oryginalna dokumentacja jest w innym języku niż to wykonawca miał dostarczyć wraz z oryginałem tłumaczenie na język polski) – w zakresie niezbędnym do oceny parametrów bezwzględnie wymaganych i ocenianych określonych w Załączniku nr 2 do SWZ. Zamawiający zastrzegł, że w przypadku gdyby któryś z parametrów nie był potwierdzony w dokumentach wykonawca powinien przedłożyć oświadczenie producenta lub autoryzowanego przedstawiciela / dystrybutora producenta dotyczące spełniania tego parametru.

W rozdziale XXIV SWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące opisu kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Zgodnie z rozdziałem XXIV ust. 1 SWZ kryteriami oceny ofert były:

1) cena, za którą można było otrzymać 60 pkt – najmniejsza cena mogła otrzymać najwięcej punktów,

2) parametry techniczne, za które można było otrzymać maksymalnie 20 pkt – jako składowa punktacji otrzymanej zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ,

3) warunki gwarancji, za które można było otrzymać 20 pkt – gdzie od 24 miesięcy do 35 miesięcy gwarancji Zamawiający przyznawał 0 punktów, za 36 miesięcy gwarancji – 10 punktów, natomiast powyżej 36 miesięcy – 20 punktów.

W zakresie parametrów technicznych będących przedmiotem zarzutów odwołania, które były dodatkowo punktowane w

ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, wykonawcy mogli uzyskać następującą punktację:

1) skopia wysokopulsacyjnej – 0 punktów,

2) skopia pulsacyjnej min. 1 do 8 pulsów/s oraz skopia ciągła – 5 punktów,

3) przycisk dedykowany do uruchomienia skopii ciągłej przez użytkownika na tablecie do sterowania funkcjami – 5 punktów,

4) totalna filtracja: wartość wymagana – 0 punktów, wartość największa – 3 punkty.

W złożonej ofercie w ramach pakietu nr 1 wykonawca TIMKO zaoferował urządzenie marki Ziehm Imaging Solo FD za kwotę 441 720 zł 00 gr brutto. W złożonym Załączniku nr 2 do SWZ wykonawca TIMKO zadeklarował następujące wartości:

1) w pozycji nr 12 – Skopia wysokopulsacyjna lub Skopia pulsacyjna w zakresie min. 1 do 8 pulsów/s i skopia ciągła – „TAK. Skopia pulsacyjna w zakresie 1 do 8 pulsów/s oraz skopia ciągła",

2) w pozycji nr 13 – przycisk dedykowany do uruchomienia skopii ciągłej przez użytkownika na tablecie do sterowania funkcjami – „TAK. Przycisk dedykowany do uruchomienia skopii ciągłej przez użytkownika na tablecie do sterowania funkcjami"

3) w pozycji nr 15 – Totalna filtracja min. 4,3 mm Al. – „TAK. Totalna filtracja 7,6 mm Al.".

Wraz z ofertą wykonawca TIMKO złożył wymagany przez Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy – Specyfikację techniczną urządzenia marki Ziehm Imaging Solo FD, z którego treści wynika, że zaoferowany produkt posiada funkcję fluoroskopii pulsacyjnej o częstotliwości impulsów: 1, 2, 4, 8, 12.5, 25 pulsów/s (wartości operacyjne, str. 2 specyfikacji) oraz funkcję przycisku dedykowanego do uruchomienia skopi (Solo Center – monitor dotykowy typu tablet na ramieniu C, VGA 640x480, str. 3 specyfikacji). Jednocześnie ze złożonego przedmiotowego środka dowodowego wynika, że w zakresie funkcji „totalna filtracja min. 4,3 mm Al." zaoferowany produkt posiada parametr „4.3 mm Al + 0.1 Cu" (filtracja, str. 2 specyfikacji).

W dniu 11 października 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę TIMKO do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, że w Załączniku nr 2 do SWZ w pozycji nr 15 wymagał, aby zaoferowany przedmiot zamówienia spełniał parametr: *„Totalna filtracja min. 4,3 mm Al."*. Wykonawca TIMKO w Załączniku nr 2 do SWZ załączonym do oferty potwierdził wartość: *„TAK. Totalna filtracja 7,6 mm Al."*. Jednocześnie w załączonych do oferty katalogach opisujących przedmiot zamówienia jest informacja dotycząca filtracji (str. 2): *„Filtracja całkowita: 4.3 mm Al + 0.1 Cu"*. W związku z tym Zamawiający zażądał wyjaśnienia tej rozbieżności i odpowiedzi na pytanie: ile wynosi totalna filtracja w zaoferowanym aparacie?

W dniu 13 października 2023 r. wykonawca TIMKO odpowiadając na wezwanie Zamawiającego potwierdził, że zgodnie z informacjami otrzymanymi od producenta Ziehm Imaging GmbH wartość totalnej filtracji w zaoferowanym aparacie wynosi 7,6 mm Al. Rozbieżność między wartością podaną w pozycji nr 15 Załącznika nr 2 do SWZ: „Tak, Totalna filtracja 7,6 mm Al",
a informacją opisaną w katalogu dotycząca filtracji (str. 2): „Filtracja całkowita: 4,3 mm Al. + 0,1 mm Cu", wynika z podania w katalogu wartości bez uwzględnienia i bez zsumowania wszystkich składowych elementów w lampie rentgenowskiej odpowiadających za filtrację. Wykonawca raz jeszcze potwierdził, że totalna filtracja wynosi 7,6 mm Al.

Ostatecznie w dniu 15 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie pakietu nr 1, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę TIMKO przyznając jej 88,69 punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Oferta wykonawcy FAMED została sklasyfikowana na drugim miejscu z 80,00 punktami.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i stwierdziła, że część z podniesionych w odwołaniu zarzutów okazała się być zasadna.

Wykonawca FAMED zarzucił Zamawiającemu w złożonym środku ochrony prawnej naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 239 ust. 1 ustawy PZP, według którego Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

- art. 16 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, w myśl którego Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta,

- art. 17 ust. 2 ustawy PZP, według którego zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Przechodząc do omówienia zarzutów odwołania należy stwierdzić, że Krajowa Izba Odwoławcza uznała odwołanie za zasadne w zakresie zarzutów nr 2 i nr 3 odwołania odnoszących się do złożenia oferty przez wykonawcę TIMKO w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz wybrania przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sposób niezgodny
z przepisami ustawy PZP. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wybór oferty wykonawcy TIMKO jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 1 zamówienia nastąpił z naruszeniem przepisów prawa, albowiem potwierdził się zarzut złożenia oferty przez wykonawcę TIMKO w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Z przedmiotowego środka dowodowego – Specyfikacji technicznej urządzenia marki Ziehm Imaging Solo FD, który został dołączony do oferty uczestnika postępowania odwoławczego, wyraźnie wynika, że choć zaoferowany przez niego produkt posiada wymagane funkcje wymienione w pozycjach nr 12
i 13 Załącznika nr 2 do SWZ, to jednakże zadeklarowana przez tego wykonawcę w pozycji nr 15 wartość totalnej filtracji minimum 7,6 mm aluminium nie znajduje żadnego odzwierciedlenia
w treści Specyfikacji technicznej tego urządzenia, gdzie w sposób niebudzący wątpliwości zostało podane: „Filtracja całkowita: 4.3 mm Al + 0.1 Cu". Dzięki zadeklarowaniu zawyżonej wartości tego parametru technicznego uczestnik postępowania odwoławczego mógł uzyskać niezasadnie dodatkowo nawet 3 punkty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Parametry techniczne", zgodnie z punktacją w ramach pozycji nr 15 Załącznika nr 2 do SWZ. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wskazanie wadliwej, wyższej niż rzeczywista wartości parametru totalnej filtracji nie można uznać za przypadkowy, niezawiniony błąd, zważywszy, że chodziło jedynie o prosty zabieg polegający na przepisaniu treści odpowiedniej pozycji ze Specyfikacji technicznej zaoferowanego urządzenia do formularza załączonego od oferty. Nie ulega wątpliwości, że zachowania przedsiębiorców polegające na podawaniu nieprawdziwych informacji w ofertach, czy manipulowaniu ceną lub kryteriami oceny ofert, które służą dokonaniu wyboru oferty konkretnego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, trzeba uznać za zachowania nieuczciwe, a tym samym sprzeczne z dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za adekwatny do stanu faktycznego niniejszej sprawy Izba uznaje pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 5/22, na który w uzasadnieniu swojego odwołania powołał się wykonawca FAMED, zgodnie z którym *„wykonawca, który celowo lub niedbale przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert, dopuszcza się niewątpliwie działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Celem było uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie – w sposób nieuczciwy – konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, traciła szanse na uzyskanie zamówienia".* Zdaniem Izby wskazanie w treści formularza zawyżonej, niezgodnej z rzeczywistością wartości dodatkowo punktowanego w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert parametru totalnej filtracji jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza ono zarówno interes innych przedsiębiorców, którzy są pozbawieni szans na uzyskanie zamówienia publicznego, oraz interes samego Zamawiającego, który zostałby narażony na zakup produktu niespełniającego jego oczekiwań, a tym samym takie zachowanie wykonawcy należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Oceny tej nie może podważyć dowód złożony na posiedzeniu Izby (dowód nr 1) przez uczestnika postępowania odwoławczego w postaci oświadczenia producenta zaoferowanego urządzenia, gdyż dokument ten stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Poza tym zgodnie z rozdziałem VI pkt 2.1 SWZ oświadczenie producenta jako przedmiotowy środek dowodowy mogło zostać złożone jedynie wówczas, gdyby inne złożone przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełniania przez zaoferowany produkt wymaganych parametrów. Wykonawca TIMKO załączył jednak do swojej oferty Specyfikację techniczną aparatu RTG z ramieniem C, która wymieniała wszystkie parametry techniczne ujęte w pozycjach nr 12, 13 i 15 Załącznika nr 2 do SWZ. Tak samo za niewiarygodne Izba uznała tłumaczenia wykonawcy TIMKO zawarte w jego wyjaśnieniach z dnia 13 października 2023 r., że tak naprawdęwartość totalnej filtracji w zaoferowanym aparacie RTG wynosi 7,6 mm Al., natomiast rozbieżność pomiędzy wartością podaną w pozycji nr 15 Załącznika nr 2 do SWZ, a informacją ujętą w Specyfikacji technicznej tego urządzenia wynika z podania tam wartości bez uwzględnienia i bez zsumowania wszystkich składowych elementów w lampie rentgenowskiej odpowiadających za filtrację. To twierdzenie wykonawcy TIMKO nie zostało w żaden sposób udowodnione, zaś za taki dowód nie może być w szczególności uznane przedłożone oświadczenie producenta tego urządzenia.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła zarzut nr 2 odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy

PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy PZP. Uwzględnienie obydwu zarzutów skutkuje nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie pakietu nr 1 zamówienia, odrzucenia oferty wykonawcy TIMKO na podstawie regulacji art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Natomiast zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP i art. 16 pkt 1 ustawy PZP Izba uznała za niezasadny. Odwołujący upatruje naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców w zaniechaniu żądania przez Zamawiającego od wykonawcy TIMKO wyjaśnień dotyczących złożonej przez tego wykonawcę oferty w zakresie punktowanych parametrów w ramach kryterium oceny ofert. Treść zarzutu nie koresponduje ze wskazaniem zaskarżonych przepisów ustawy PZP, albowiem Odwołujący nie podniósł naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy PZP, skoro – jak sam twierdzi – zarzuca Zamawiającemuzaniechanie wezwania wykonawcy TIMKO do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Nie można też uznać, że samo zaniechanie wezwania konkurenta do wyjaśnień treści oferty miałoby świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tym bardziej że Zamawiający już raz zastosował procedurę przewidzianą w art. 223 ust. 1 ustawy PZP w stosunku do wykonawcy TIMKO. Izba wskazuje, że skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji uregulowanej w art. 223 ust. 1 ustawy PZP ma mu pomóc
w dokonaniu właściwej oceny badanych ofert pod kątem oceny spełnienia określonych w SWZ wymagań w sytuacji, gdy informacje zawarte w ofercie lub przedmiotowych środkach dowodowych albo innych składanych mu oświadczeniach lub dokumentach są mało precyzyjne, niejasne lub wieloznaczne. Innymi słowy bez pozyskania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy Zamawiający nie byłby w stanie stwierdzić w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, czy złożona oferta jest zgodna z warunkami zamówienia czy też nie. Takie okoliczności w tej sprawie nie zachodziły, albowiem Zamawiający posiadał złożony już przez wykonawcę TIMKO razem z ofertą przedmiotowy środek dowodowy, którego treść była dla niego klarowna i na jej podstawie był w stanie w sposób prawidłowy (swoim zdaniem) ocenić, czy zadeklarowane przez uczestnika postępowania odwoławczego wybrane parametry techniczne oferowanego produktu zasługują na przyznanie dodatkowych punktów. Nie można zatem uznać, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia kryteriów oceny ofert (art. 239 ust. 1 ustawy PZP) skoro tam, gdzie wykonawcy TIMKO nie należały się dodatkowe punkty, czyli w odniesieniu do pozycji nr 15 formularza – „Totalna filtracja min. 4,3 mm Al.", to wykonawca ten dostał 0 punktów.

Mając powyższe na względzie podniesiony przez wykonawcę FAMED zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP Izba uznała za niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZPoraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Z uwagi na uwzględnienie jedynie 2 z 3 zarzutów odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot części kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 11 320 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy trzysta dwadzieścia złotych zero groszy) w zakresie obejmującym uiszczony wpis od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu pełnomocnika na rozprawę, z zastrzeżeniem, że dla ustalenia wysokości kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę podlegających zwrotowi Izba przyjęła wartość wynikającą ze złożonego wydruku biletu kolejowego, a nie potwierdzenia przelewu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……