

**WYROK**  
**z dnia 29 marca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2012 r. przez **Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Pabianickie Centrum Medyczne sp. z o.o. w Pabianicach**

przy udziale **GE Medical Systems Polska sp. z o. o. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Pabianickie Centrum Medyczne sp. z o.o. w Pabianicach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Pabianickie Centrum Medyczne sp. z o.o. w Pabianicach** na rzecz **Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Pabianickie Centrum Medyczne w Pabianicach zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na zakup, montaż min. szesnastorzędownego tomografu komputerowego wraz z systemem komputerowym oraz adaptacją pomieszczeń Zakładu Diagnostyki Obrazowej.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 września 2012 r. pod numerem 2011/S 179 – 293316.

Dnia 6 marca 2012 r. pismem z 6 marca 2012 r. zamawiający zawiadomił Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie (dalej „odwołujący”) o wyniku postępowania tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie (dalej „GE” lub „przystępujący”).

W dniu 16 marca 2012 r. pismem z tego samego dnia (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) odwołujący wniósł odwołanie, kopię odwołania przekazując faksem zamawiającemu.

Odwołanie zostało wniesione wobec następujących czynności oraz zaniechań zamawiającego:

- 1) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy GE;
- 2) oceny ofert dokonanej z naruszeniem zasad przyznawania punktów określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”);
- 3) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej niezgodnie z przepisami Pzp.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania GE, pomimo złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegające na przyznaniu punktów za parametry techniczno-eksploatacyjne (dalej „PTE”) urządzeń zaoferowanych przez wykonawców w sposób niezgodny z siwz, a przez to dokonanie wyboru oferty, która nie posiada waloru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe wniesiono o nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia GE z postępowania;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, po przeprowadzeniu oceny PTE zgodnej z wymogami siwz.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- 5) powołanie biegłego z zakresu fizyki medycznej i przeprowadzenie dowodu z jego opinii na okoliczność potwierdzenia, że zaoferowanie przez GE urządzenia o „sumarycznej szybkości” rekonstrukcji obrazów 48 obrazów/s nie jest możliwe do osiągnięcia w świetle obecnego stanu wiedzy i technologii wytwarzania tomografów komputerowych oraz, że rzeczywista szybkość rekonstrukcji obrazów takiego urządzenia wynosi 16 obrazów/s;
- 6) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, że pismem z 6 marca 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty GE, jako najkorzystniejszej. Uzasadniając swój wybór zamawiający wskazał, że GE spełnił wymagania siwz oraz uzyskał „najkorzystniejszy bilans punktów, przyznanych za kryteria (Cena - 70%, Parametry techniczno-eksploatacyjne (PTE) - 30%), obliczone zgodnie ze sposobem określonym w SIWZ.” W ww. zawiadomieniu o wyborze oferty zamawiający przedstawił również następującą tabelę ze streszczeniem przeprowadzonej oceny i porównaniem złożonych ofert:

Nr oferty	Wykonawca	Punktacja Cena	Punktacja PTE	Punktacja ogółem
-----------	-----------	-------------------	------------------	---------------------

1.	GE	57,93	30	87,93
2.	odwołujący	70,00	14,97	84,97
3.	TMS Sp. z o.o.	52,60	13,97	66,57

Analiza treści oferty GE, jak również udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, zdaniem odwołującego prowadzi do wniosku, że dokonany przez zamawiającego wybór narusza przepisy Pzp. GE podało bowiem w swej ofercie nieprawdziwe informacje dotyczące parametru nr 36 (tj. szybkości rekonstrukcji obrazów w matrycy 512x512). Informacje te były przez zamawiającego oceniane w ramach kryteriów oceny ofert i niewątpliwie miały wpływ na wynik postępowania. GE winno być zatem wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, czego jednak zamawiający zaniechał i wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą.

Niezależnie od powyższego odwołujący argumentował, że zamawiający ocenił oferty złożone przez wykonawców w postępowaniu, w tym również przez GE oraz odwołującego, w sposób sprzeczny ze sposobem oceny kryteriów oceny ofert, określonym w rozdziale 9 siwz „Zasady oceny Ofert” oraz w załączniku nr 2 do siwz „Zestawienie parametrów techniczno-eksploatacyjnych Tomograf komputerowy, spiralny min. 16-rzędowy”. Błędna ocena doprowadziła z kolei do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza według kryteriów przyjętych w siwz. Czynność wyboru oferty narusza zatem art. 91 ust. 1 Pzp. Gdyby zamawiający ocenił oferty według reguł przyjętych w siwz i zgodnie z przepisami Pzp, wówczas ofertą najkorzystniejszą byłaby oferta odwołującego.

Odwołujący dowodził, iż zamawiający zaniechał wykluczenia GE w związku z podaniem nieprawdziwej informacji wpływającej na wynik postępowania. Wskazał, iż jednym z wielu PTE, za które zamawiający przyznawał wykonawcom punkty w ramach kryteriów oceny ofert był parametr nr 36 „Szybkość rekonstrukcji obrazów w matrycy 512x512 [obrazy/s]”. Minimalna (graniczna) wartość tego parametru wymagana przez zamawiającego wynosiła 8 obrazów/s. W zestawieniu parametrów techniczno-eksploatacyjnych, które wykonawca GE załączył do swojej oferty, zaoferował urządzenie z szybkością rekonstrukcji obrazów 48 obrazów na sekundę (16+16+16 w trybie Direct MPR). Tymczasem na stronie 65 oferty, wykonawca GE potwierdził szybkość rekonstrukcji na poziomie max. 16 obrazów/s. Opisaną rozbieżność zauważył zamawiający i pismem z 1 marca 2012 r. wezwał GE do złożenia wyjaśnień w tej sprawie. Pismem z 5 marca 2012 r. GE wyjaśniło nieprawdziwie, że zaoferowany przez niego tomograf komputerowy BrightSpeed Elite jest

wyposażony w unikalną funkcję Direct MPR, która pozwala wyświetlać obrazy w trzech płaszczyznach: aksjalnej, wieńcowej i strzałkowej. GE wskazało, że w każdej z tych płaszczyzn szybkość rekonstrukcji obrazów wynosi 16 obrazów/s. Zdaniem GE pozwala to na określenie „sumarycznej szybkości” obrazów na poziomie 48 obrazów/s. Wyjaśnienia GE zostały przez zamawiającego uznane za satysfakcjonujące.

W ocenie odwołującego twierdzenia GE zawarte w piśmie z 5 marca 2012 r. nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistych parametrach zaoferowanego tomografu i potwierdzają, że wskazana w ofercie wartość 48 obrazów/s jest nieprawdziwa. Rekonstrukcja obrazów w matrycy odnosi się do wykonania matematycznego obliczenia obrazów na podstawie uzyskanych przez skaner danych surowych (RAW DATA). Z powodu „fizycznej” konstrukcji tomografu komputerowego, dane surowe (RAW DATA) pozyskiwane są wyłącznie w płaszczyźnie aksjalnej (czołowej). W związku z tym oraz sposobem akwizycji danych przez tomograf, nie istnieje wskazywana przez GE możliwość liczenia (sumowania) szybkości rekonstrukcji obrazów w płaszczyznach innych niż aksjalna (czołowa). Rekonstrukcja obrazów odbywa się wyłącznie w płaszczyźnie czołowej, a manipulacja obrazem, polegająca na uzyskaniu przekrojów poza aksjalnymi (czołowymi), polega nie na rekonstrukcji, ale na reformacji obrazu. Reformacja jest złożeniem zrekonstruowanych już obrazów i dokonaniem obliczeń komputerowych w celu uzyskania przekrojów w innych osiach (sagitalna-strzałkowa, coronalna-wieńcowa). Używane przez GE pojęcie „sumarycznej szybkości” rekonstrukcji obrazów nie istnieje - zostało stworzone przez GE w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Powyższe twierdzenia jest w stanie potwierdzić każdy niezależny biegły/ekspert z dziedziny techniki tomografii komputerowej. Tym samym, mimo wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień, GE z pełną świadomością przekazało zamawiającemu nieprawdziwą informację, zafałszowując rzeczywistą szybkość rekonstrukcji obrazów oferowanego tomografu. Działanie GE określić należy zdaniem odwołującego jako nierzetelny marketing produktu, który wprowadził zamawiającego w błąd co do rzeczywistej jakości oferowanego przez GE tomografu. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej „KIO” lub „Izba”) „Informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy, składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców”. Jako podmiot profesjonalnie działający na rynku, wykonawca GE powinien był sformułować ofertę z należytą starannością i trudno jest znaleźć usprawiedliwienie dla dwukrotnego przekazania zamawiającemu informacji niezgodnej z rzeczywistością. Orzecznictwo KIO jednoznacznie wskazuje, że powstanie

przesłanki do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp jest niezależne od świadomości tego wykonawcy, stopnia zawinienia oraz istnienia bezpośredniego zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd. Tym samym nawet nieumyślne podanie zamawiającemu informacji niezgodnej ze stanem faktycznym powoduje obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy przekazującego taką informację. Nie ulega przy tym w opinii odwołującego wątpliwości, że podana przez GE nieprawdziwa informacja dotycząca parametru nr 36 stanowi jeden z elementów kształtujących ostateczną ocenę ofert i punktację wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Z tego powodu jest to informacja, która miała wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji wykonawca GE powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, zaś jego oferta zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp powinna zostać uznana za odrzuconą, czego jednak zamawiający nie uczynił.

Odnosząc się do sprzeczności oferty GE z siwz oraz do oceny PTE dokonanej przez zamawiającego odwołujący podniósł, iż nawet gdyby teoretycznie uznać, że GE nie podlegało wykluczeniu z postępowania, to niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie wobec przyznania wykonawcom punktów za PTE z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający przyznał bowiem punkty w sposób sprzeczny z zasadami określonymi przez niego w siwz, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty, która nie posiada waloru oferty najkorzystniejszej. Gdyby zamawiający ocenił PTE zgodnie z siwz, ofertą najkorzystniejszą z największą liczbą punktów byłaby oferta odwołującego.

Odwołujący twierdził, iż zamawiający dokonał błędnej oceny parametrów nr 29 oraz 36. GE zaoferowało tomograf umożliwiający rekonstrukcję obrazów z prędkością 16, a nie jak podał błędnie, 48 obrazów na sekundę. Z tego powodu nawet jeśli GE nie zostałoby wykluczone z postępowania z uwagi na niespełnienie wszystkich przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, to zamawiający powinien uznać, iż rzeczywistym parametrem zapewnianym przez urządzenie GE jest szybkość 16 obrazów/s. W tej sytuacji, przy sposobie przyznawania punktów zastosowanym w postępowaniu przez zamawiającego, punktacja cząstkowa za parametr nr 36 przedstawiałaby się następująco:

- 1) odwołujący: 20 obrazów/s = 10 punktów (zamiast przyznanych błędnie 3 pkt.)
- 2) GE: 16 obrazów/s = 6,67 punktów (zamiast przyznanych błędnie 10 pkt.)
- 3) TMS: 12 obrazów/s = 3,33 punktów (zamiast przyznanego błędnie 1 pkt.)

Drugim istotnym błędem popełnionym przez zamawiającego przy podliczaniu punktacji za PTE jest nieprawidłowe przyznanie punktów za parametr 29 „Zakres zmienności współczynnika pitch przy akwizycji min. 16 warstw”. Zamawiający wskazał w załączniku nr 2 do siwz, że:

- za maksymalny zaoferowany zakres przyzna 10 punktów,
- za „wartość graniczną” przyzna 0 punktów,
- pozostałe zaoferowane zakresy oceni zaś proporcjonalnie.

Zgodnie z częścią II rozdział 1 siwz „Parametry opisane w opisie przedmiotu zamówienia jako <wartość wymagana/graniczna są> bezwzględnie wymagane. Nie spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia jakiegokolwiek z parametrów wymaganych spowoduje odrzucenie oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ”. W załączniku nr 2 do siwz przy parametrze nr 29 zamawiający wskazał: „wartość graniczna – podać”. Tym samym zamawiający nie ustalił jakichkolwiek minimalnych wymogów w zakresie współczynnika pitch tomografu, których niespełnienie mogłoby spowodować odrzucenie oferty. Każdy zakres był zatem dopuszczalny. W konsekwencji, za „wartość graniczną” tego parametru należałoby uznać zakres zmienności współczynnika pitch o wartości „0” i tylko za taki zaoferowany zakres zamawiający powinien przyznać 0 pkt. Tymczasem działając niezgodnie z treścią siwz, zamawiający przyznał 0 pkt. za najmniejszy zaoferowany zakres zmienności ww. współczynnika pitch, tj. za zakres 0,875 zaoferowany przez TMS. Tym samym zamawiający nieprawidłowo ustalił ostateczną punktację za parametr nr 29. Prawidłowa punktacja za ten parametr powinna przedstawiać się następująco:

- 1) GE: za zakres pitch 1,1875 = 10 punktów,
- 2) odwołujący: za zakres pitch 1,0 = 8.42 punktów (zamiast przyznanych błędnie 4,19 punktów),
- 3) TMS: za pitch 0,875 = 7,37 punktów (zamiast przyznanych błędnie 0 punktów).

Odwołujący przedstawił tabelę obrazującą różnicę między błędną punktacją przyznaną przez zamawiającego łącznie za parametry 29 i 36, a prawidłową punktacją zgodną z siwz.

Lp.	Wykonawca	Błędna punktacja	Prawidłowa punktacja
1.	GE	20 pkt.	16,67 pkt.
2.	odwołujący	7,19 pkt.	18,42 pkt.
3.	TMS	1 pkt.	10,7 pkt.

Odwołujący wyjaśnił, że gdyby zamawiający prawidłowo ocenił parametry nr 29 oraz nr 36 (tj. zgodnie z zasadami określonymi w siwz), najwyższą łączną liczbę punktów w postępowaniu za kryterium „Cena” oraz „PTE” zdobyłby odwołujący (87,96 pkt.), zaś na drugim miejscu znalazłoby się GE (87,93 pkt.), przed TMS (69,20 pkt.). Zatem nieprawidłowa i niezgodna z siwz ocena ofert przez zamawiającego wpłynęła na ostateczny wynik postępowania i spowodowała, że zamawiający nie wybrał oferty najkorzystniejszej.



Dalej odwołujący dowodził, iż zamawiający błędnie „proporcjonalnie” przyznał punkty. Dla większości parametrów tomografu opisanych w załączniku nr 2 do siwz zamawiający przewidział, że najmniejszej zaoferowanej wartości będzie przyznawał „0” punktów, zaś największej zaoferowanej wartości odpowiednio „10” lub „20” punktów. Pozostałe zaoferowane parametry miały być punktowane „proporcjonalnie”. Zamawiający nie wyjaśnił w siwz, co rozumie pod sformułowaniem „proporcjonalnie”, nie podał też jakiegokolwiek wzoru (algorytmu) obliczania liczby punktów dla takich „pośrednich” parametrów - tj. pomiędzy najkorzystniejszym a najmniej korzystnym parametrem zaoferowanym przez wykonawców.

Podstawowe rozumienie proporcji dotyczy równości dwóch stosunków, gdzie jeśli iloraz wartości „a” przez wartość „b” jest równy ilorazowi wartości „c” przez wartość „d”, to iloczyn wartości „a” oraz wartości „d” jest równy iloczynowi wartości „b” oraz wartości „c”. Przykładowo: jeśli najwyższej wartości parametru (np. 500 jednostek) przyznajemy 20 punktów, to wartości „pośredniej” 400 jednostek należałoby przyznać 16 punktów, zgodnie z równaniem:  $x:400=20:500$ . Taki sposób obliczania punktacji zdaniem odwołującego występuje powszechnie w praktyce (również w przetargach analogicznych do ogłoszonego przez zamawiającego), jest najbardziej zrozumiały dla wykonawców i jednocześnie pozwala rzetelnie ocenić elementy oferty każdego wykonawcy. W postępowaniu zamawiający przyznał punkty za PTE „pośrednie” według proporcji opartej na skomplikowanej relacji trzech wartości, odnosząc oceniany parametr nie tylko do wartości najkorzystniejszej (jak przedstawiono powyżej), lecz również do tej najmniej korzystnej. Co do zasady taka proporcja byłaby dopuszczalna, ale wymagałaby bezwzględnie określenia przez zamawiającego dokładnego sposobu ustalenia punktacji wartości „pośrednie” pomiędzy widełkami utworzonymi przez wartość maksymalną i wartość minimalną. Istnieje kilka metod matematycznych pozwalających na wyliczenie takiej punktacji, choć w praktyce dominują metoda liniowa oraz metoda logarytmiczna. W zależności od przyjętego wzoru metoda liniowa może, lecz nie musi uwzględniać punktu odniesienia w postaci wartości minimalnej. Najczęściej stosowane wzory oceny kryteriów zostały opisane przez Urząd Zamówień Publicznych, który jednocześnie zwraca uwagę, że zamawiający wykorzystujący złożone, matematyczne metody określania punktacji dla wartości „pośrednich” powinni wyraźnie wskazywać, z jakiego wzoru zamierzają skorzystać. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wskazał takiego wzoru, tym samym powinien zastosować najprostszą, powszechnie przyjmowaną metodę ustalenia proporcji między punktacją wartości maksymalnej, a punktacją ocenianych wartości „pośrednich”. Wynik zastosowania takiego sposobu obliczania proporcji, jedyne możliwe w świetle brzmienia siwz i załącznika nr 2, przedstawia tabela stanowiąca załącznik nr 2 do niniejszego odwołania. Z załączonej tabeli wynika jednoznacznie, że gdyby zamawiający nie zastosował bezpodstawnie proporcji

opartej o stosunek wartości pośredniej do „wartości minimalne” oraz „wartości maksymalne”, to najwyższa łączną liczbę punktów zdobyłby odwołujący (89,80 pkt.), zaś na drugim miejscu znalazłoby się GE (87,93 pkt.), przed TMS (70,34 pkt.). Jest to kolejny dowód na to, że nieprawidłowa i niezgodna z siwz ocena ofert przez zamawiającego wpłynęła na ostateczny wynik postępowania i spowodowała, że zamawiający nie wybrał oferty najkorzystniejszej. Podsumowując nawet, gdyby GE nie podlegało wykluczeniu z postępowania, to oferta odwołującego pozostaje w każdym przypadku ofertą najkorzystniejszą i to nawet, gdyby zaakceptować (choć zdaniem odwołującego byłoby to niedopuszczalne i sprzeczne z siwz), sposób proporcjonalnego przyznawania punktów za parametry „pośrednie” zastosowany przez zamawiającego.

W przypadku, gdyby Izba uznała, że metodologia oceny PTE przyjęta przez zamawiającego w ogóle uniemożliwia zamawiającemu wybór oferty zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, odwołujący pod rozagę Izby poddał nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp - tj. z powodu wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający dnia 19 marca 2012 r. zawiadomił m.in. GE, o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania. Dnia 22 marca 2012 r. do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) wykonawca GE zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:**

W zreferowanym powyżej odwołaniu zostały w sposób zgodny z rzeczywistością przywołane postanowienia siwz dotyczące kryteriów oceny ofert i sposobu przyznawania punktów, postanowienia treści oferty GE i wyjaśnień do niej oraz liczby punktów przyznanych poszczególnym ofertom w zakresie parametru 29 i 36 oferowanego urządzenia. Okoliczności te nie były kwestionowane przez zamawiającego i przystępującego i nie są sporne.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. GE przystąpiło skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz przystępującego, Izba uwzględniła odwołanie.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia z postępowania GE, pomimo złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdy łącznie wystąpią dwie przesłanki: złożono nieprawdziwe informacje i mają one lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 kc). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych (przykładowo: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 420/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11) wskazujących, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Na gruncie rozpoznawanej sprawy ciężar dowodu złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania spoczywa na odwołującym.

Zarzut odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że GE podało nieprawdziwe informacje wskazując w załączonej do oferty tabeli stanowiącej zestawienie parametrów techniczno eksploatacyjnych oferowanego tomografu (typ/model: BrightSpeed Elite) w pozycji 36, że oferowany tomograf ma możliwość rekonstrukcji obrazów w matrycy 512x512 (obrazów/s) z szybkością 48 obrazów/s w pozycji aksjalnej (kolumna 4 tabeli, k. 7 oferty), podczas gdy w rzeczywistości parametr ten to 16 obrazów/s (k. 65 oferty - „Dane produktu BrightSpeed Elite”).

Izba nie stwierdziła, aby przystępujący podał w ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie zarzucanym w odwołaniu. Przystępujący nie podał w swojej ofercie, że szybkość rekonstrukcji obrazów w matrycy 512x512 (obrazów/s) wynosi 48 obrazów/s w pozycji aksjalnej. W pozycji 36 powołanej wyżej tabeli (kolumna 4) podał „48 obr./sek (16+16+16 w trybie Direkt MPR). Jednocześnie w opisie technicznym oferowanego urządzenia w odniesieniu do parametru rekonstrukcji osiowej (k. 65 oferty - „Dane produktu BrightSpeed Elite”) zostało wskazane, że prędkość rekonstrukcji to 16 obrazów/s. Zamawiający prawidłowo wystąpił do przystępującego o wyjaśnienie treści oferty w kwestionowanym zakresie (pismo z 1 marca 2012 r.). W odpowiedzi pismem z 5 marca 2012 r. przystępujący wyjaśnił, iż zaoferowany „tomograf komputerowy BrightSpeed Elite jest wyposażony w funkcję Direkt MPR, która umożliwia w czasie akwizycji rekonstrukcję obrazów matrycy 512x512 jednocześnie w trzech płaszczyznach: aksjalnej, wieńcowej i strzałkowej. Obrazy są wyświetlane jednocześnie na ekranie (każda płaszczyzna w matrycy 512x512). Szybkość rekonstrukcji w każdej płaszczyźnie wynosi 16 obrazów/s, tak więc sumaryczna szybkość rekonstrukcji obrazów w systemie BrightSpeed Elite wyposażonym w funkcję Direct MPR wynosi 48 obrazów/s. Zaoferowanie tej funkcji zostało potwierdzone w wypełnionej tabeli przetargowej w punkcie 36 Załącznika nr 2 do SIWZ oraz w załączonych Danych produktowych Tomografu komputerowego”. Wyjaśnienia te korespondują z treścią załączonego do oferty przystępującego opisu oferowanego urządzenia, w którym wskazano, że funkcja Direct MPR „umożliwia automatyczną bezpośrednią rekonstrukcję w czasie rzeczywistym oraz przesyłanie w pełni skorygowanych wielowarstwowych obrazów w dowolnie wybranym przekroju” (k. 58 oferty - „Dane produktu BrightSpeed Elite” ). Zatem nie sposób stwierdzić, aby przystępujący podał nieprawdziwe informacje – treść oferty w omawianym zakresie nie może być interpretowana wybiórczo. Należy wziąć pod uwagę pełne brzmienie kolumny 4 tabeli w pozycji 36, gdzie - poza informacją o 48 obrazach/s - jest także wskazane, w jaki sposób przystępujący ustalił tę wielkość wraz z odwołaniem do trybu Direct MPR, oraz uwzględnić wyjaśnienia treści oferty z dnia 5 marca 2012 r. Wynika z nich wprost, na czym polega tryb Direct MPR oraz w jaki sposób przystępujący przyjął, że szybkość rekonstrukcji w oferowanym tomografie wynosi 48 obrazów/s. Użycie pojęcia „rekonstrukcja” w wyjaśnieniach, zważywszy na opis posiadanej przez oferowany tomograf funkcjonalności, nie wprowadzało w błąd i nie dowodziło złożenia nieprawdziwych informacji przez przystępującego w jego ofercie. Nie było kwestionowane przez przystępującego, że w pozycji aksjalnej tomograf ma możliwość rekonstrukcji obrazu z szybkością 16 obrazów/s (co wynika z k. 65 oferty GE złożonej w tym postępowaniu - „Danych produktu BrightSpeed Elite”, jak również z wyciągów z ofert GE złożonych w postępowaniach organizowanych przez PZOZ w Puławach – poz. 30 tabeli oraz SPZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Jastrzębie Zdrój – poz. 3 tabeli „Parametry jakości obrazu”). Ponadto w praktyce pojęcie

„reformatowania” bywa zamiennie używane z „rekonstrukcją”, co potwierdza przedłożony przez odwołującego wyciąg z podręcznika „Tomografia komputerowa i Rezonans Magnetyczny dla studentów kierunku Informatyka” (dalej „podręcznik do tomografii”), z którego wynika, iż „w nomenklaturze anglojęzycznej wyraźnie rozróżnia się pojęcia *image reconstruction* – rekonstrukcji obrazu czyli tworzenia obrazu z danych surowych z detektorów poprzez zastosowanie różnego rodzaju algorytmów rekonstrukcji; *image reformation* – czyli wtórnej obróbki danych z uzyskiwaniem przekrojów wielopłaszczyznowych (*multiplanar reformation, MPR*) lub trójwymiarowych (*3D reformation*). W polskiej nomenklaturze oba te pojęcia są najczęściej nazywane „rekonstrukcją”. Część autorów (w tym autor niniejszego skryptu) optuje za stosowaniem określenia „reformatacja” zamiast „rekonstrukcja” w odniesieniu do uzyskiwania obrazów w przekrojach płaszczyznowych. Niezależnie od stosowanej nomenklatury należy rozumieć istotę odmienności obu pojęć” (k. 36 podręcznika do tomografii). Odwołujący kwestionuje prawdziwość podanych przez przystępującego danych, co do parametru podanego w pozycji 36 tabeli, uznając za nieprawdziwą informację możliwość rekonstrukcji przez oferowany przez GE tomograf obrazów w pozycji aksjalnej z szybkością 48 obrazów/s dowodząc, iż pojęcie rekonstrukcji jest nieadekwatne do funkcjonalności opisanej przez przystępującego w wyjaśnieniach z 5 marca 2012 r. Zamawiający w siwz nie zdefiniował żadnego z powołanych pojęć, choć posługuje się w załączniku nr 2 do siwz w przykładowo w pozycji 46, pkt G tabeli „Oprogramowanie zainstalowane na konsoli operatorskiej” - „Reformatowanie wielopłaszczyznowe (MPR), rekonstrukcje wzdłuż dowolnej prostej (równoległe i promieniste) lub krzywej”, a w spornej pozycji 36 - „rekonstrukcja”. Niewątpliwie zatem rozróżnia znaczenie obu pojęć, co będzie miało znaczenie dla ustalenia, jaki parametr podlega ocenie w kryterium odnoszącym się do pozycji 36. Natomiast nie jest to okoliczność wystarczająca, ze względu na wieloznaczność obu pojęć i specyfikę nomenklatury używanej przez każdego z producentów, który we właściwy sobie sposób opisuje parametry oferowanych urządzeń (przykładowo opis funkcji Direct MPR – k. 58 „Dane produktu BrightSpeed Elite”), aby uwzględnwszy przedstawioną przez Izbę wykładnię art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, stwierdzić, iż ziściła się w stanie faktycznym sprawa przesłanka wykluczenia GE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zatem zarzut podania przez GE nieprawdziwych informacji nie potwierdził się.

2. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegający na przyznaniu punktów za PTE urządzeń zaoferowanych przez wykonawców w sposób niezgodny z siwz, a przez to dokonanie wyboru oferty, która nie posiada waloru oferty najkorzystniejszej.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania stwierdziła, iż kluczowe znaczenie dla ich rozstrzygnięcia, poza treścią oferty GE, przyznać należy treści siwz. Siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony określa wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które mają spełniać oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu badając i oceniając oferty zamawiający zobowiązany był interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie.

Zważywszy powołane znaczenie siwz dla prawidłowej oceny ofert Izba stwierdza, co następuje:

- a) Należy zgodzić się z odwołującym, iż przystępujący zaoferował tomograf komputerowy, umożliwiający rekonstrukcję obrazów z prędkością 16 obrazów/s w pozycji aksjalnej, co nie jest sporne. Izba zgadza się z odwołującym (uwzględnivszy wyjaśnienia pojęć „reformatowanie” oraz „rekonstrukcja” zawarte w podręczniku do tomografii – k. 36), że zamawiający w siwz opisując parametr 36 „Szybkość rekonstrukcji obrazów w matrycy 512x512 (obrazy/s)” umieszczony w punkcie E tabeli „System skanowania” zamierzał oceniać parametr szybkości rekonstrukcji obrazów w znaczeniu wskazanym przez odwołującego. Za takim rozumieniem pojęcia „rekonstrukcja” w siwz przemawia treść załącznika nr 2 do siwz w którym, gdy zamawiający chciał odnieść się do funkcjonalności polegającej na reformatowaniu (poz. 46 tabeli), wprost na to wskazał. Innymi słowy, zamawiający w sposób konsekwentny używał w siwz różnych pojęć dla oznaczenia różnych funkcjonalności. Tym samym dla oceny oferty GE należało uwzględnić szybkość rekonstrukcji w pozycji aksjalnej tj. 16 obrazów/s, w szczególności iż ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali w toku postępowania odwoławczego, że to pozycja aksjalna, jest tą, w której rekonstrukcja zawsze, standardowo się odbywa. Jak wynika z podręcznika do tomografii (k. 36) jest to rekonstrukcja obrazu z danych surowych, które w procesie reformatowania są

przetwarzane. W celu ustalenia, czy dla oceny ofert w parametrze 36 należy przyjąć sumaryczną szybkość rekonstrukcji obrazów, tj. 48 obrazów/s, czy też 16 obrazów/s, jak chce odwołujący, trzeba odnieść się nie tyle do nazwy funkcjonalności nadanej przez przystępującego (rekonstrukcja), lecz przede wszystkim wziąć pod wagę istotę opisanej funkcjonalności. Jeśli tak, to uwzględniając fakt, iż zamawiający w parametrze 36 chciał oceniać (jak wynika z literalnego brzmienia siwz) „Szybkość rekonstrukcji obrazów w matrycy 512x512 (obrazy/s)”, co – przyjmując standardowe znaczenie pojęcia „rekonstrukcja” oznacza szybkość tworzenia obrazu z danych surowych (k. 36 podręcznika do tomografii) – należało także i w ofercie przystępującego ocenić szybkość rekonstrukcji obrazów z danych surowych, tj. 16 obrazów/s w pozycji aksjalnej.

- b) Zamawiający w siwz postanowił, że zarówno w odniesieniu do parametru 29: „Zakres zmienności współczynnika pitch przy akwizycji min. 16 warstw”, jak i 36: „Szybkość rekonstrukcji obrazów w matrycy 512x512 (obrazy/s)”, przyznanie punktów w przypadku wartości innych niż najwyższa oraz graniczna (o ile była podana w odniesieniu do danego parametru) odbywać się będzie „proporcjonalnie”. Zamawiający nie podał wzoru, wg którego będzie dokonywał proporcjonalnej oceny ofert w zakresie tych parametrów. Zatem należy odwołać się do powszechnego rozumienia „proporcji”. Jak podaje Słownik języka polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN S.A.) – do którego odwoływał się także zamawiający w toku rozprawy - proporcja to wzajemny stosunek dwóch lub więcej wielkości, stosunek części składowych jakiejś całości do tej całości lub do siebie nawzajem, natomiast w matematyce równość dwóch stosunków między wielkościami. Tak też wskazywał odwołujący słusznie zauważając, że skoro zamawiający nie wyjaśnił w siwz, co rozumie przez pojęcie „proporcjonalnie”, nie podał też jakiegokolwiek wzoru (algorytmu) obliczania liczby punktów dla takich „pośrednich” parametrów, należy odwołać się do podstawowego rozumienia proporcji wyrażającego równości dwóch stosunków, gdzie jeśli iloraz wartości „a” przez wartość „b” jest równy ilorazowi wartości „c” przez wartość „d”, to iloczyn wartości „a” oraz wartości „d” jest równy iloczynowi wartości „b” oraz wartości „c”. Przykładowo: jeśli najwyższej wartości parametru (np. 500 jednostek) przyznajemy 20 punktów, to wartości „średniej” 400 jednostek należałoby przyznać 16 punktów, zgodnie z równaniem  $x:400=20:500$ . Jak zostało wyjaśnione przez zamawiającego w toku rozprawy przyznając punkty według proporcji odnosił oceniany parametr nie tylko do wartości najkorzystniejszej (jak to zwykle ma miejsce), lecz również do tej najmniej korzystnej. Podkreślenia wymaga, że co do zasady taka proporcja byłaby dopuszczalna, ale wymagałaby określenia przez zamawiającego dokładnego sposobu ustalenia punktacji za wartości „średnie” pomiędzy widełkami utworzonymi przez wartość maksymalną i wartość minimalną. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wskazał takiego wzoru, tym samym powinien

zastosować najprostszą, powszechnie przyjmowaną metodę ustalenia proporcji między punktacją wartości maksymalnej, a punktacją ocenianych wartości „pośrednich” wskazywaną przez odwołującego oraz zdefiniowaną przez Słownik języka polskiego, jako równość dwóch stosunków między wielkościami. Podsumowując, jeśli zamawiający chciał przyznawać punkty modyfikując powszechnie przyjęte reguły obliczania proporcji, powinien dać temu wyraz wprost w siwz. Jeśli tego nie uczynił, nie jest uprawniony, aby w fazie oceny ofert nadawać siwz inne, niż zwyczajowo przyjęte znaczenie. Takie działanie narusza zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp, oznacza niedopuszczalną w świetle reguł wyrażonych w powołanym przepisie dowolność oceny ofert prowadząc do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

- c) Ocena parametru 29 – zamawiający w siwz nie określił minimalnej wymaganej wartości tego parametru (tzw. wartości granicznej). Jak słusznie zauważył odwołujący skoro zamawiający nie ustalił jakichkolwiek minimalnych wymogów w zakresie współczynnika pitch tomografu, których niespełnienie mogłoby spowodować odrzucenie oferty, każdy zakres był dopuszczalny. W konsekwencji, za „wartość graniczną” tego parametru należało uznać zakres zmienności współczynnika pitch o wartości „0” i tylko za taki zaoferowany zakres zamawiający powinien przyznać 0 pkt. W konsekwencji Izba podziela ocenę odwołującego, że zamawiający nie był uprawniony w świetle siwz do przyznania 0 punktów za najmniejszy zaoferowany zakres zmienności ww. współczynnika pitch, tj. za zakres 0,875 zaoferowany przez TMS. Zamawiający – skoro nie określił minimalnego wymagania – powinien uznać, iż wartością (zakresem) graniczną jest, jak prawidłowo wskazywał odwołujący, zakres zmienności badanego współczynnika - 0. Następnie należało przyznać punkty za ten parametr proporcjonalnie, zgodnie z regułą podaną przez Izbę w pkt. 2b) powyżej. Izba zgadza się z odwołującym, iż prawidłowa punktacja za ten parametr powinna przedstawiać się następująco:
- 1) GE: za zakres pitch 1,1875 = 10 punktów,
  - 2) odwołujący: za zakres pitch 1,0 = 8.42 punktów (zamiast przyznanych błędnie 4,19 punktów),
  - 3) TMS: za pitch 0,875 = 7,37 punktów (zamiast przyznanych błędnie 0 punktów).
- d) Ocena parametru 36 – zamawiający nieprawidłowo ocenił oferty w tym kryterium, bowiem po pierwsze – jak już Izba wyżej wskazała w pkt. 2.a) uzasadnienia, należało do oceny oferty GE przyjąć wartość 16 obrazów/s. Ponadto należało przyznać punkty proporcjonalnie, zgodnie z zasadami opisanymi w pkt. 2b) uzasadnienia powyżej. Izba zgadza się z odwołującym, iż prawidłowa punktacja za parametr szybkość rekonstrukcji obrazów w matrycy 512x512 powinna przedstawiać się następująco:
- 1) GE: 16 obrazów/s = 8 punktów (zamiast przyznanych błędnie 10 punktów),
  - 2) odwołujący: 20 obrazów/s = 10 punktów (zamiast przyznanych błędnie 3 punktów),



3) TMS: 12 obrazów/s = 6 punktów (zamiast przyznanych błędnie 1 punktu).

Powyższe (pkt. 2a – 2d uzasadnienia) potwierdza, iż zamawiający w toku badania i oceny ofert naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przyznając punkty w zakresie parametrów 29 i 36 w sposób niezgodny z siwz. Stwierdzone uchybienia mają wpływ na wynik postępowania, dokonanie bowiem oceny ofert w sposób prawidłowy prowadziło do wybrania jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, który uzyskałby 89,82 pkt., podczas gdy GE uzyskałoby 87,93 pkt., co skutkuje koniecznością uwzględnienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....