

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2019 r. przez wykonawcę: **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez: **5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Krakowie, ul. Wrocławska 1-3, 30-901 Kraków**

przy udziale wykonawcy: **ALTERIS S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego: ALTERIS S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – 5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa urządzeń medycznych” numer referencyjny: 15/ZP/2019, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 marca 2019 r. nr 2019/S 050-114316.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach, (dalej jako „Alteris”),
- zaniechaniu odrzucenia oferty Alteris mimo zaistnienia nieusuwalnych podstaw odrzucenia z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia, o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 09.08.2019 r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alteris,
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Alteris, powtórzenia czynności oceny ofert w sposób zgodny z żądaniami Odwołującego,
co przy uwzględnieniu faktu złożenia tylko dwóch ofert spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Termin do wniesienia odwołania.

Zamawiający dokonał pierwszej w sprawie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej uznając za taką w dniu 27.05.2019 r. ofertę Siemens. Wobec powyższej czynności

Wykonawca Alteris wniósł w dniu 06.06.2019 r. odwołanie do Izby.

Zarzuty odwołania dotyczyły:

- 1) odrzucenia oferty Alteris wyłącznie na wskazanych w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty podstawach faktycznych i prawnych, a także,
- 2) wadliwej czynności oceny oferty Siemens, w tym nieprawidłowej punktacji w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert.

Zamawiający czynnością z dnia 18.06.2019 r. uwzględnił odwołanie Alteris w zakresie podstaw odrzucenia zawartych w decyzji z dnia 27.05.2019 r., w pozostałym zakresie dotyczącym oceny oferty Siemens, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba w orzeczeniu sygn. akt KIO 1032/19 z dnia 21 czerwca 2019 r. odwołanie Alteris uwzględniła, nakazując Zamawiającemu dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz po ich przeprowadzeniu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wykonując orzeczenie Izby czynnością z dnia 09.07.2019 r. poinformował o ponowionej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, uznając za taką ofertę Alteris i wobec tej czynności Odwołujący wniósł aktualne odwołanie.

Mając na uwadze powyższe, tj. ponowioną przez Zamawiającego czynność badania i oceny ofert, w sytuacji gdy czynności te są, a w szczególności ich rezultat, przedmiotem zarówno odrębnej czynności Zamawiającego, jak również odrębna jest czynność ew. wyboru oferty najkorzystniejszej, termin określony w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp został zachowany.

Interes *prawny* we wniesieniu odwołania.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes *prawny* Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

Uzasadnienie

Zgodnie z SIWZ obowiązkiem wykonawców było złożenie wraz z ofertą następujących dokumentów:

10.1.1 Wypełniony we wskazanych miejscach Załącznik nr 1 - formularz opis przedmiotu zamówienia - zestawienie wymaganych i oferowanych wymagań;

10.1.2 Wypełniony we wskazanych miejscach i podpisany Załącznik nr 2 - formularz ofertowy.

Informacje jakie zawarte zostały w Załączniku nr 1 identyfikowały przedmiot oferty wykonawcy co do tożsamości (w szczególności w zakresie marki i modelu oferowanego sprzętu jak i jego komponentów, ukompletowania, akcesoriów - w tym cewek). Oznacza to, że dokument zawiera treść oferty *sensu stricte* jaką złożył wykonawca w postępowaniu, bowiem wskazuje na zaoferowany i wyceniony przedmiot.

Powyższe implikuje skutek w postaci konieczności weryfikacji przez Zamawiającego w

procesie badania i oceny ofert czy zaoferowane przez wykonawcę elementy świadczenia są zgodne z SIWZ, w szczególności odpowiadają szczegółowemu opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ. Złożony wraz z ofertą Załącznik nr 1 stanowił ofertę i nie podlegał ani procedurom uzupełniania ani też poprawiania czy wyjaśnień w sposób prowadzący do zmiany jego treści. Zatem wykazanie niezgodności treści oferty wykonawcy w zakresie parametrów granicznych zawartych w Załączniku nr 1 musi obligatoryjnie skutkować odrzuceniem oferty.

1. Załącznik nr 1 do SIWZ. Wymagania SIWZ w zakresie poz. 32 oraz 33.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ w zakresie pozycji odpowiednio:

W poz. Nr 32 Zamawiający określił swoje wymagania w następujący sposób:

Opis przedmiotu zamówienia - zestawienie parametrów technicznych:

poz. 32 Funkcja/parametr: *Cewka wielokanałowa typu matrycowego (lub zestaw cewek) przeznaczona do badań tułowia w zakresie min. 30 cm w osi z (np. klatka piersiowa, w tym serce lub jama brzuszna lub miednica), posiadająca w badanym obszarze min. 32 elementy obrazujące jednocześnie i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub równoważne zgodnie z nomenklaturą producenta.*

Warunek graniczny: *Tak, podać nazwę cewki lub zestawu cewek i zakres pokrycia w osi z [cm];*

Poz. 33 Funkcja/parametr: *Cewka wielokanałowa typu matrycowego (lub zestaw cewek) przeznaczona **do badań całego tułowia w zakresie min. 60 cm w osi z** (klatka piersiowa, jama brzuszna i miednica), z przesuwem stołu pacjenta, sterowanym automatycznie z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przełączania cewek, posiadająca w badanym obszarze min. 32 elementy obrazujące i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, lub równoważne zgodnie z nomenklaturą producenta.*

Warunek graniczny: *Tak, podać nazwę cewki lub zestawu cewek i zakres pokrycia w osi z [cm].*

Wyjaśnienia SIWZ. Modyfikacja pierwotnych wymagań w zakresie poz. 33.

W trakcie postępowania Odwołujący skierował do Zamawiającego następujące pytanie, stanowiące jednocześnie wniosek o jednoznaczne potwierdzenie wymagań SIWZ.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie 229 w dniu 15.04.2019 r., przywołując brzmienie pytania wskazał:

Pytanie 229 dotyczy pakietu nr 1

Dotyczy tabeli "OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH", punkt 33

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający oczekuje zaoferowania drugiej cewki do badania tułowia.

W punkcie 32 Zamawiający wymaga zaoferowania zestawu cewek do badania tułowia w

zakresie **min. 30 cm w osi Z**. Taki wymóg realizowany jest przez połączenie cewki leżącej na ciele pacjenta (tzw. Body, Anterior) oraz znajdującej się pod nim (tzw. Spine, Posterior). Minimalny zakres pokrycia definiuje pierwsza z nich, ponieważ cewka leżąca pod pacjentem obejmuje z natury swej konstrukcji znacznie większy obszar niż ta leżąca na nim.

W punkcie 33 Zamawiający definiuje bardzo podobny wymóg, jednak mowa jest tu już o badaniach tułowia w zakresie większym – **min. 60 cm w osi Z**.

Aby oba te wymogi były realizowane przez właściwe narzędzia diagnostyczne, badania tułowia w mniejszym zakresie (punkt 32) powinny odbywać się z wykorzystaniem **jednej** cewki leżącej na ciele pacjenta (tzw. Body, Anterior), natomiast badania w zakresie większym (punkt 33) – z użyciem **dwóch** takich cewek.

Akceptacja tego postulatu leży w interesie Zamawiającego – otrzyma on wówczas wyposażenie odpowiednie do wykonywanych badań. Prowadzi to także do ustalenia warunków wyrównanej rywalizacji konkurencyjnej, gdyż każdy z wykonawców zaoferuje podobną liczbę cewek.

Odpowiedź:

Tak

Odwołujący stwierdził, że wynika wprost z udzielonej odpowiedzi w zakresie dotyczącym pozycji nr 33 Załącznika nr 1, Zamawiający potwierdził, że w pozycji tej wymagał od wykonawców zaoferowania oraz wyceny w ofercie dwóch cewek leżących na ciele pacjenta do badania tułowia.

Odwołujący wskazał co było celem zadania powyższego pytania do Zamawiającego. W ocenie Odwołującego wymaganie SIWZ w poz. 33 było dla wykonawcy czytelne, jednak ze względu na praktykę stosowaną przez konkurencję, która tego rodzaju postanowienia wykorzystuje do uzyskania nienależnej przewagi konkurencyjnej właśnie w drodze późniejszej nadinterpretacji postanowień SIWZ, aby usunąć ewentualne wątpliwości na etapie oceny ofert, Odwołujący zadał powyższe pytanie uzyskując jednoznaczną potwierdzającą odpowiedź. Obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie i wycena w poz. 33 dwóch cewek do badania tułowia.

Wykonawca Alteris wbrew oczekiwaniu Zamawiającego oferując do celu badań całego tułowia jedną cewkę AA i cewkę PVA do badań nóg, zamiast dwóch cewek AA tj. cewek do badania tułowia, obniżył istotnie cenę swojej oferty (wartość brakującej cewki AA około 200 tys. zł) co przy minimalnej różnicy w ocenach ofert złożonych w przetargu miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Odnośnie do roli i znaczenia procedury wyjaśniającej treść postanowień SIWZ wskazał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – wyroki: z 28.08.2018 r. KIO 1615/18, LEX nr 2578968; z 8.03.2011 r. KIO 368/11, LEX nr 784809; z dnia 28 stycznia 2015 r. KIO 110/15, LEX nr 1653788; z 28 sierpnia 2018 r. KIO 1615/18, LEX nr 2578968; z 14 sierpnia 2018 r.

KIO 1479/18; LEX nr 2574361.

Oferta Alteris w zakresie poz. 33.

Ze złożonej przez Alteris oferty wynika, że wykonawca zaoferował w przywołanej powyżej poz. 33, której dotyczyła modyfikacja wymagania, następujący zestaw cewek:

33 Funkcja/parametr: *Cewka wielokanałowa typu matrycowego (lub zestaw cewek) przeznaczona do badań całego tułowia w zakresie min. 60 cm w osi z (klatka piersiowa, jama brzuszna i miednica), z przesuwem stołu pacjenta, sterowanym automatycznie z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przełączania cewek, posiadająca w badanym obszarze min. 32 elementy obrazujące i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, lub równoważne zgodnie z nomenklaturą producenta.*

Warunek graniczny: *Tak, podać nazwę cewki lub zestawu cewek i zakres pokrycia w osi z [cm].*

Parametr oferowany: *TAK, zgodnie z opisem parametru Zestaw cewek: Anterior Array, (PVA) Vascular oraz Posterior Array, zakres pokrycia w osi z: 108 cm.*

Odwołujący wskazał, że jak wprost wynika z treści złożonej oferty zaoferowany w ramach pozycji 33 zestaw cewek obejmuje co prawda 3 cewki jednak tylko jedna tj. cewka Anterior Array jest cewką przeznaczoną do badań tułowia, podczas gdy jak wprost wynika z odpowiedzi na pytanie 229, oferta miała zawierać 2 cewki do badań tułowia leżących na ciele pacjenta a tymczasem oferta zawiera tylko jedną taką cewkę.

Z kolei cewka określona skrótem PVA - pełne rozwinięcie oznaczenia: Peripheral Vascular Array jest cewką do badań kończyn dolnych (nazwy "PVA", „Peripheral Vascular Array” i "Peripheral Vascular Array/Lower Extremity Array" oznaczają ten sam wyrób).

Wykonawca Alteris zaoferował w postępowaniu następujące rozwiązanie - zestaw cewek:

Anterior Array, (PVA) Peripheral Vascular oraz Posterior Array”.

Oferta zawiera więc kombinację trzech cewek:

1. Anterior Array (AA) - cewka do badań tułowia,
2. (PVA) Peripheral Vascular - cewka do badań nóg,
3. Posterior Array (PA) - cewka tylna - umieszczona pod pacjentem lub wbudowana w stół do badania kręgosłupa oraz wykorzystywana do badań w obszarze ciała w połączeniu z innymi cewkami np. AA (Anterior Array) - do badania jamy brzusznej lub klatki piersiowej oraz miednicy.

Aby zbadać cały tułów niezbędna jest kombinacja cewek leżących pod pacjentem - od spodu - i na pacjencie - od góry.

W zaoferowanym przez firmę Alteris aparacie pod pacjentem leży cewka Posterior Array, natomiast cewki Anterior Array i (PVA) Peripheral Vascular spoczywają na ciele pacjenta. Ale z tych dwóch ostatnich cewek tylko Anterior Array służy do badania tułowia. Natomiast cewka (PVA) Peripheral Vascular nie służy do badania tułowia, lecz do badania kończyn dolnych.

Dowodem na to jest zaoferowanie tejże właśnie cewki w punkcie 39, w którym wymóg brzmi „cewka (...) do badania całych kończyn dolnych (...) (tzn. inna niż cewki do badania tułowia)”. Tym samym w tym punkcie wykonawca Alteris sam potwierdza, że cewka PVA nie jest do badania tułowia i tym samym nie może być oferowana w punkcie 33.

39 Funkcja/parametr: *Cewka wielokanałowa typu matrycowego przeznaczona do badań obu całych kończyn dolnych, z przesuwem stołu pacjenta, sterowanym automatycznie z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przełączania cewek, dopasowana anatomicznie pod kątem takich badań (tzn. inna niż cewki do badania tułowia), posiadająca w badanym obszarze min. 34 elementy obrazujące i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub równoważne zgodnie z nomenklaturą producenta.*

Warunek graniczny: *Tak, podać nazwę cewki i ilość elementów obrazujących oraz zakres pokrycia w osi z Najmniejszy zakres pokrycia – 0 pkt. Największy zakres pokrycia – 4 pkt.*

Pozostałe proporcjonalnie

(przez wartość minimalną Zamawiający rozumie wartość = najmniejszy zakres pokrycia spośród badanych ofert za co zostanie przyznane 0 pkt, a przez wartość maksymalną najwyższą wartość spośród badanych ofert złożonych w tej pozycji, z kolei punkty w „Pozostałe – proporcjonalnie” Zamawiający przyzna przez podzielenie zaoferowanej badanej wartości w tej pozycji przez wartość maksymalną x maksymalna liczba punktów w tej pozycji) punkty zostaną przyznane do dwóch miejsc po przecinku.

Parametr oferowany: *TAK, zgodnie z opisem parametru cewka Peripheral Vascular/Lower Extremity Array, 36 elementów obrazujących, pokrycie osi z wynosi 104 cm.*

Odwołujący dalej wskazał: tymczasem w punkcie 33 Zamawiającemu chodzi wyraźnie o tułów, a nie o nogi.

Zamawiający oczekuje zaoferowania „cewki lub kombinacji cewek (...) do badania całego tułowia”.

Aby nie było żadnych wątpliwości i niejednoznacznych interpretacji postanowień SIWZ, Zamawiający szczegółowo wyjaśnił bezpośrednio w opisie samej pozycji co rozumie przez określenie tułów wskazując wprost, że ma na myśli: klatkę piersiową, jamę brzuszną i miednicę. Nie zaś kończyny dolne.

Wniosek w zakresie oceny zgodności zaoferowanego przez Alteris w pkt 33 zestawu cewek z wymaganiami SIWZ:

Zaoferowana przez Alteris kombinacja cewek nie spełnia wymogu Zamawiającego. Jak wynika ze wskazanych powyżej pozycji Załącznika 1 oferty Alteris, w przypadku zaoferowanego przez tego wykonawcę zestawu cewek wymagania graniczne SIWZ nie są spełnione.

W konsekwencji Zamawiający był zobowiązany na podstawie stwierdzonych *poniżej* niezgodności do dokonania czynności odrzucenia oferty Alteris na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 czerwca 2019 r. (data wpływu) uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie oddalenie.

Wniósł dodatkowe pismo z dnia 23 lipca 2019 r. Pismo procesowe - wniosek o odrzucenie odwołania oraz w dniu 31 lipca 2019 r. pismo z opisem oferowanych urządzeń oraz merytorycznym uzasadnieniem wniosku o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym w obecności Odwołującego i wykonawcy: ALTERIS S.A. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba uznała, że wobec skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym dalej też „Przystępującym”.

Zamawiający nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę w Izbie.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie ustawowego terminu, z uzasadnieniem, że Odwołujący powziął wiadomość o ofercie Przystępującego od dnia otwarcia ofert (uzyskał wgląd do ofert i otrzymał skan oferty Przystępującego – na tę okoliczność Przystępujący złożył dowód nr 1), a o badaniu i ocenie ofert ze skutkiem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego 27 maja 2019 r. (informacja Zamawiającego o wyborze oferty Odwołującego i odrzuceniu oferty Przystępującego) i wówczas na zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej mógł kwestionować niespełnienie warunku granicznego w poz. 33 Załącznika nr 1A do oferty Przystępującego.

Izba nie podzieliła tego stanowiska, uznając, że z powodu dokonania przez Zamawiającego ponownej czynności oceny ofert na skutek wyroku Izby z 21 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 1032/19 oraz, ocena warunku granicznego z poz. 33 Załącznika nr 1A w ofercie Przystępującego nie była przedmiotem oceny Izby w poprzednim postępowaniu odwoławczym, a w wyniku pierwszej oceny ofert, oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, a oferta Przystępującego odrzucona – Odwołujący nie miał interesu oraz

zagrożenia poniesieniem szkody, w skarżeniu korzystnej dla niego czynności Zamawiającego. Na etapie postępowania odwoławczego z odwołania Przystępującego (KIO 1032/19), Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania dotyczące odrzucenia oferty Przystępującego (pozycje: 22, 318, 441 Załącznika nr 1A do oferty).

Na skutek wniesionego przez Przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie w granicach zawartych w nim zarzutów.

Izba uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki wymaganego interesu w uzyskaniu zamówienia i występuje potencjalna możliwość poniesienia szkody w wyniku nieuzyskania zamówienia na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, zatem Odwołujący jest legitymowany czynnie do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła.

Zamawiający opisał w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedmiot zamówienia wskazując, że jest nim dostawa aparatury i sprzętu medycznego w ilościach i na zasadach określonych w SIWZ i w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Wymagane parametry (*Funkcja/ parametr*) oraz *Warunek graniczny* opisał w Załączniku nr 1A do SIWZ, zobowiązując wykonawców do podania w ostatniej (trzeciej) kolumnie tabeli *Parametr oferowany*.

W Załączniku 1A opisał w poszczególnych pozycjach wymagane parametry. W toku postępowania udzielał odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ oraz modyfikował (zgodnie z ustawą Pzp – zmieniał) treść SIWZ.

Odpowiedzi udzielił pismami z dnia 15, 24 i 30 kwietnia 2019 r., każdorazowo - odpowiednio do odpowiedzi - modyfikując treść SIWZ.

Na pytanie 77 dotyczące poz. 39 Załącznika odpowiedział 15 maja 2019 r. zamieszczając stosowną informację: *Zamawiający modyfikuje OPZ.*

Na pytanie 229 dotyczące poz. 33 Załącznika, o treści:

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający oczekuje zaoferowania drugiej cewki do badania tułowia.

*W punkcie 32 Zamawiający wymaga zaoferowania zestawu cewek do badania tułowia w zakresie **min. 30 cm w osi Z**. Taki wymóg realizowany jest przez połączenie cewki leżącej na ciele pacjenta (tzw. Body, Anterior) oraz znajdującej się pod nim (tzw. Spine, Posterior). Minimalny zakres pokrycia definiuje pierwsza z nich, ponieważ cewka leżąca pod pacjentem obejmuje z natury swej konstrukcji znacznie większy obszar niż ta leżąca na nim.*

W punkcie 33 Zamawiający definiuje bardzo podobny wymóg, jednak mowa jest tu już o

badaniach tułowia w zakresie większym – min. 60 cm w osi Z.

*Aby oba te wymogi były realizowane przez właściwe narzędzia diagnostyczne, badania tułowia w mniejszym zakresie (punkt 32) powinny odbywać się z wykorzystaniem **jednej** cewki leżącej na ciele pacjenta (tzw. Body, Anterior), natomiast badania w zakresie większym (punkt 33) – z użyciem **dwóch** takich cewek.*

Akceptacja tego postulatu leży w interesie Zamawiającego – otrzyma on wówczas wyposażenie odpowiednie do wykonywanych badań. Prowadzi to także do ustalenia warunków wyrównanej rywalizacji konkurencyjnej, gdyż każdy z wykonawców zaoferuje podobną liczbę cewek,

Odpowiedział: Tak, nie modyfikując (nie zmieniając) treści poz. 33.

Końcowa modyfikacja SIWZ miała miejsce 30 kwietnia 2019 r.

Ostateczny opis wskazanych w odwołaniu pozycji 32 i 39 oraz niezmieniony w toku postępowania odpowiedziami na pytania opis poz. 33 opis brzmiał:

Poz. 32 Funkcja/parametr: *Cewka wielokanałowa typu matrycowego (lub zestaw cewek) przeznaczona do badań tułowia w zakresie min. 30 cm w osi z (np. klatka piersiowa, w tym serce lub jama brzuszna lub miednica), posiadająca w badanym obszarze min. 32 elementy obrazujące jednocześnie i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub równoważne zgodnie z nomenklaturą producenta.*

Warunek graniczny: *Tak, podać nazwę cewki lub zestawu cewek i zakres pokrycia w osi z [cm];*

Poz. 33 Funkcja/parametr: *Cewka wielokanałowa typu matrycowego (lub zestaw cewek) przeznaczona **do badań całego tułowia w zakresie min. 60 cm w osi z** (klatka piersiowa, jama brzuszna i miednica), z przesuwem stołu pacjenta, sterowanym automatycznie z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przełączania cewek, posiadająca w badanym obszarze min. 32 elementy obrazujące i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, lub równoważne zgodnie z nomenklaturą producenta.*

Warunek graniczny: *Tak, podać nazwę cewki lub zestawu cewek i zakres pokrycia w osi z [cm];*

Wyjaśnienia SIWZ (pytanie i odpowiedź z dnia 15 kwietnia 2019 r.):

Pytanie 229 dotyczy pakietu nr 1

Dotyczy tabeli "OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH", punkt 33

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający oczekuje zaoferowania drugiej cewki do badania tułowia.

*W punkcie 32 Zamawiający wymaga zaoferowania zestawu cewek do badania tułowia w zakresie **min. 30 cm w osi Z**. Taki wymóg realizowany jest przez połączenie cewki leżącej na ciele pacjenta (tzw. Body, Anterior) oraz znajdującej się pod nim (tzw. Spine, Posterior).*

Minimalny zakres pokrycia definiuje pierwsza z nich, ponieważ cewka leżąca pod pacjentem obejmuje z natury swej konstrukcji znacznie większy obszar niż ta leżąca na nim.

W punkcie 33 Zamawiający definiuje bardzo podobny wymóg, jednak mowa jest tu już o badaniach tułowia w zakresie większym – **min. 60 cm w osi Z**.

Aby oba te wymogi były realizowane przez właściwe narzędzia diagnostyczne, badania tułowia w mniejszym zakresie (punkt 32) powinny odbywać się z wykorzystaniem **jednej** cewki leżącej na ciele pacjenta (tzw. Body, Anterior), natomiast badania w zakresie większym (punkt 33) – z użyciem **dwóch** takich cewek.

Akceptacja tego postulatu leży w interesie Zamawiającego – otrzyma on wówczas wyposażenie odpowiednie do wykonywanych badań. Prowadzi to także do ustalenia warunków wyrównanej rywalizacji konkurencyjnej, gdyż każdy z wykonawców zaoferuje podobną liczbę cewek.

Odpowiedź:

Tak;

Poz. 39 Funkcja/parametr: Cewka wielokanałowa typu matrycowego przeznaczona do badań obu całych kończyn dolnych, z przesuwem stołu pacjenta, sterowanym automatycznie z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przełączania cewek, dopasowana anatomicznie pod kątem takich badań (tzn. inna niż cewki do badania tułowia), posiadająca w badanym obszarze min. 34 elementy obrazujące i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, SPEEDER lub równoważne zgodnie z nomenklaturą producenta.

Warunek graniczny: Tak, podać nazwę cewki i ilość elementów obrazujących oraz zakres pokrycia w osi z Najmniejszy zakres pokrycia – 0 pkt. Największy zakres pokrycia – 4 pkt. Pozostałe proporcjonalnie

(przez wartość minimalną Zamawiający rozumie wartość = najmniejszy zakres pokrycia spośród badanych ofert za co zostanie przyznane 0 pkt, a przez wartość maksymalną najwyższą wartość spośród badanych ofert złożonych w tej pozycji, z kolei punkty w „Pozostałe – proporcjonalnie” Zamawiający przyzna przez podzielenie zaoferowanej badanej wartości w tej pozycji przez wartość maksymalną x maksymalna liczba punktów w tej pozycji) punkty zostaną przyznane do dwóch miejsc po przecinku.

Parametr oferowany: TAK, zgodnie z opisem parametru cewka Peripheral Vascular/Lower Extremity Array, 36 elementów obrazujących, pokrycie osi z wynosi 104 cm.

Oferta Alteris w zakresie poz. 33 (której wyłącznie dotyczy zarzut)

Poz. 33 Funkcja/parametr: Cewka wielokanałowa typu matrycowego (lub zestaw cewek) przeznaczona do badań całego tułowia w zakresie min. 60 cm w osi z (klatka piersiowa, jama brzuszna i miednica), z przesuwem stołu pacjenta, sterowanym automatycznie z protokołu badania, bez repozycjonowania pacjenta i przekładania lub przełączania cewek, posiadająca

w badanym obszarze min. 32 elementy obrazujące i pozwalająca na akwizycje równoległe typu ASSET, iPAT, SENSE, lub równoważne zgodnie z nomenklaturą producenta.

Warunek graniczny: Tak, podać nazwę cewki lub zestawu cewek i zakres pokrycia w osi z [cm].

Parametr oferowany: TAK, zgodnie z opisem parametru Zestaw cewek: Anterior Array, (PVA) Vascular oraz Posterior Array, zakres pokrycia w osi z: 108 cm.

Po dwukrotnie badanej i ocenianej ofercie Przystępującego, Zamawiający wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą (9 lipca 2019 r.).

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska oraz złożyły dowody:

1. Odwołujący:

- 1) wydruk z katalogu SIGNA™Artist - Zestaw cewek RF (3 str.),
- 2) wydruk MAGNETOM Sola – Body 18,
- 3) oświadczenie Siemens Healthcare GmbH z 30 lipca 2019 r. potwierdzające cechy i funkcjonalności skanera rezonansu magnetycznego MAGNETOM Sola jako prawdziwe (w jęz. angielskim z tłumaczeniem na jęz. polski),

2. Przystępujący:

- 1) pismo procesowe z dnia 31 lipca 2019 r. zawierające obok wniosku o odrzucenie odwołania, a na wypadek nie uwzględnienia odrzucenia odwołania, wniosek o jego oddalenie. W piśmie przedstawił m.in. opis cewek dedykowanych do badania tułowia, tj. typu:

- cewki Anterior Array oraz (PVA) Peripheral Vascular w przypadku urządzeń produkcji GE Medical Systems (do badania górnej części tułowia oraz dolnej części tułowia z funkcją badania kończyn dolnych);
- Body (18, czy 30) w przypadku urządzeń produkcji Siemens Healthcare,
- cewki ds-Torso w przypadku urządzeń produkcji Philips,

wskazując, że mają kilka wspólnych cech, w tym m.in.:

- a) są nakładane na ciało pacjenta,
- b) współpracują z cewką zintegrowaną w stole (w przypadku urządzeń produkcji GE Medical Systems cewka ta nazywa się Posterior Array, u innych producentów – odpowiednio; na fotografii przedstawiono i zaznaczono cewkę Posterior Array),
- c) cewki te służą głównie do badania tułowia (klatka piersiowa, jama brzuszna, miednica, serce, itp.), przy czym
- d) mogą służyć też do wykonywania innych badań, w tym np. kończyn górnych czy kończyn dolnych, w przypadku, gdy użytkownik nie ma innej cewki, bardziej dopasowanej do danej anatomii.

W piśmie przedstawił zdjęcie pochodzące z oryginalnych materiałów technicznych

zaoferowanego przez siebie urządzenia Signa Artist. Zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, jakoby spośród cewek zaoferowanych przez Przystępującego tylko cewka Anterior Array służyła do badania tułowia, zaś cewka (PVA) Peripheral Vascular nie służyła do badania tułowia, lecz wyłącznie do badania kończyn dolnych. Wskazał, że służy zarówno do badania kończyn dolnych (w tym badań naczyniowych), jak i do badania tułowia (dolnej części).

W dalszej obszernej części pisma przedstawił uzasadnienie zaprzeczające twierdzeniom Odwołującego zamieszczonym w odwołaniu;

- 2) dowód oznaczony 2A, 2B (w jęz. angielskim z tłumaczeniem na jęz. polski) - na str. 58 został przedstawiony obraz badania nerek (tułów i kończyny), ten sam obraz został przedstawiony w dowodzie nr 3;
- 3) trzy obrazy: obrazowanie - 30 maja 2019 r., na pierwszym obrazie widoczne są - aparat z zastosowaniem cewek AA, obraz 2 - cewka PVA, przypadek (obraz) 4 przedstawia badanie nerek z całym obrazem cewki;
- 4) oświadczenie producenta z dnia 31 lipca 2019 r. (w jęz. angielski z tłumaczeniem na jęz. polski); potwierdzające, że cewki PVA Peripheral Vascular, stanowiące element urządzenia Signa Artist, służą do badania tułowia oraz kończyn dolnych. Zatem, cewki typu PVA Peripheral Vascular są przeznaczone do badania tułowia, w szczególności w zakresie miednicy czy nerek oraz do badania obu całych kończyn dolnych; (...);
- 6) obrazy z opisami - cewki nakładane na pacjenta: Head&Neck Unit (H&N U), Anterior Array (AA), PV Peripheral Vascular Array (PVA); Posterior Array (PA) na stole, System MR.

Izba zważyła

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący nie podważał stanowiska Przystępującego, że cewką PVA można wykonać badanie dolnej części tułowia.

Istotę zarzutu odwołania, podtrzymywaną na rozprawie stanowiło to, że Przystępujący nie zaferował do badania dolnej części tułowia również cewki AA. Zdaniem Odwołującego taki obowiązek wynikał z odpowiedzi TAK z dnia 15 kwietnia 2019 r. na pytanie nr 229 dotyczące poz. 33 Załącznika nr 1A, po której wg Odwołującego nastąpiła modyfikacja tej pozycji.

Z dokumentów w sprawie wynika, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie miała miejsca modyfikacja pierwotnych wymagań w zakresie poz. 33.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Wskazać należy, że Zamawiający, prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest na podstawie art. 36 ust. 1-3 ustawy Pzp do opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, w terminach określonych w ustawie, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający jest zobowiązany niezwłocznie udzielić wyjaśnień, także w terminach określonych w ustawie (art. 38 ust. 1 ustawy Pzp).

W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z wykonaniem dalszych czynności związanych ze zmianą specyfikacji, określonych w ustawie (art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy Pzp).

Zatem, w ustawie dopuszczono wyjaśnianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej zmianę.

Słownik języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego wskazuje, że wyjaśnianie to przedstawienie, omówienie istoty problemu bądź zagadnienia, wytłumaczenie, uczynienie zrozumiałym.

W odniesieniu do pojęcia wyjaśnienia treści SIWZ, można przyjąć, że jest to potwierdzenie, zaprzeczenie stanu faktycznego wskazanego w pytaniu (pytania zamknięte) lub wytłumaczenie, interpretacja opisu zamieszczonego w SIWZ (pytania otwarte).

Zmiana, to zastąpienie czegoś czymś innym, definiowana jest jako każda istotna modyfikacja jakiejś części organizacji (R.W. Woodman), może dotyczyć każdego aspektu. A więc, są to wszelkie przekształcenia wprowadzane w celu zwiększenia efektywności funkcjonowania danej organizacji.

Zamawiający udzielając odpowiedzi TAK na pytanie Odwołującego, nie zmieniając SIWZ pomimo, że w każdym przypadku, gdy wyjaśnienia wpływały na treść opisu pozycji, dokonywał zamiany opisu (modyfikacji) - dopuścił zaoferowanie wskazanych w pytaniu cewek, obok opisanych w poz. 33, których opis Funkcji/parametru i warunku granicznego odnosił się do opisanej w tej pozycji cewki przeznaczonej do badań całego tułowia w zakresie min. 60 cm w osi z. W świetle powyższego, możliwe było zaoferowanie cewek wskazanych przez Odwołującego oraz spełniających wymagania opisane w poz. 33. Takie stanowisko wynika z treści SIWZ w kontekście udzielonej odpowiedzi i dokonanych zmian w innych zakresach Załącznika 1A, tak je rozumiał Przystępujący, którego wyjaśnienia, że Zamawiający odpowiedział TAK, by umożliwić Odwołującemu zaoferowanie swoich produktów, zasługują na uwagę. I takie były intencje Zamawiającego, jak wskazują okoliczności sprawy - dwukrotna pozytywna ocena spełniania parametru w poz. 33 przez Przystępującego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty z SIWZ, wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej

złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.

Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podstawy odrzucenia oferty nie stanowią niejasności, nieścisłości w treści SIWZ czy odmienna interpretacja postanowień specyfikacji.

Odrzucenie oferty może więc nastąpić w przypadku jednoznacznie stwierdzonej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czego nie dowiedziono w postępowaniu dowodowym.

Odnosnie do poz. 39 Załącznika nr 1A (nie stanowiącego przedmiotu zaskarżenia ale podnoszonego w odwołaniu i na rozprawie), z którego treści Odwołujący wywiódł argumentację do podważania spełniania parametru z poz. 33, powołując się m.in. na wyrok Izby z dnia 4 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1148/19 w zakresie interpretacji opisu: „cewka (...) dopasowana anatomicznie pod kątem takich badań (tzn. inna niż cewki do badania tułowia)” [do badania kończyn dolnych] - Odwołujący rozumiał ten opis jako cewka inna konstrukcyjnie, Przystępujący jako odrębny (drugi) egzemplarz takiej samej cewki, natomiast Zamawiający dwukrotnie ocenił pozytywnie spełnianie parametru. Wyrok Izby w tym zakresie dotyczył cewki do badania kończyn dolnych. Z opisu na str. 20 i 21 wynika, że określenie „inne niż ww. cewki” interpretowano mając na uwadze opis, że „inne niż ww. cewki”, to cewki wymienione od pkt 30 do pkt 39 oraz, że *zamawiającemu nie udało się wyrazić odmiennej intencji, i potwierdzenie przystępującego na rozprawie, że tak tego nie rozumiał.*

Co do omawianej w tym postępowaniu interpretacji, Zamawiający jednoznacznie wyraził stanowisko oceniając pozytywnie ofertę, mimo że następnie uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie ze wskazaniem Przystępującego – ze względów finansowych. Zaś Przystępujący aktywnie uczestnicząc w postępowaniu odwoławczym przedstawił z przekonaniem swoją interpretację.

Reasumując, na podstawie materiału dowodowego należało uznać, że Przystępujący zaoferował cewkę do badań dolnej części tułowia stosownie do opisu poz. 33 Załącznik 1A, zatem Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: