

WYROK
z dnia 6 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 września** 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera, ul. św. Józefa 53-59, 87-100 Toruń,**

przy udziale wykonawcy **Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera, ul. św. Józefa 53-59, 87-100 Toruń** kwotę **539 zł 72 gr** (słownie: pięćset trzydzieści dziewięć złotych siedemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Rydygiera w Toruniu, ul. Św. Józefa 53-59, 87-100 Toruń wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawę lampy RTG do TK [Tomografu Komputerowego – przyp. Izby] Somatom Definition AS + o n/s 95490 produkcji firmy Siemens wraz z instalacją, uruchomieniem oraz wykonaniem testów akceptacyjnych w Pracowni Tomografii Komputerowej«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w BZP 26.06.2018 r. pod nrem 595025-N-2018 .

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 21.08.2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (zwana dalej „wykonawca A” lub „przystępujący”).

Wykonawca Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 27.08.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności i zaniechań dokonanych przez zamawiającego:

- 1) wadliwej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) uznania za ofertę najkorzystniejszą złożoną przez wykonawcę A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 2) art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp przez nieuzasadnione dokonanie zmiany w ofercie (parametrze ocenianym) wykonawcy A, powodującej istotną zmianę w treści oferty, a tym samym wpływającej na wynik postępowania;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty niezgodnie z przyjętymi kryteriami ocen.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 3) dokonanie ponownej oceny ofert w sposób zgodny z przepisami Pzp i w ich konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy A;
- 4) dokonanie, w konsekwencji powyższych, ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, spełniającej wszystkie wymagania SIWZ.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący po zapoznaniu się z treścią oferty wykonawcy A oraz po analizie dokumentacji postępowania stwierdza, że zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej naruszył przepisy PZP uznając ofertę złożoną przez wykonawcę A za zgodną z SIWZ oraz dokonując bezpodstawnie zmiany w ofercie wykonawcy A, w parametrze ocenianym, powodującej istotną zmianę w treści oferty a tym samym wpływającej na wynik postępowania.

Zarzut nr 1 – niezgodność oferty z treścią SIWZ

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zaoferowali lampę RTG fabrycznie nową do wskazanego TK, wyprodukowaną zgodnie ze specyfikacją i normami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta sprzętu (punkt III.2 SIWZ).

„Ze względu na bezpieczeństwo użytkownika wyrobu medycznego, wykonawca zobowiązany będzie w ramach dostawy dostarczyć do siedziby zamawiającego na koszt wykonawcy i dokonać montażu fabrycznie nowej oryginalnej lampy RTG do wyżej określonego TK lub równoważnej tj. fabrycznie nowej lampy RTG do wyżej określonego TK wyprodukowanej zgodnie ze specyfikacją i normami produkcyjnymi ustalonymi przez producenta danego sprzętu, która jest o takiej samej jakości co części stosowane do montażu tego sprzętu”.

Odwołujący wskazał, że zaoferowana przez wykonawcę A lampa STRATON MX P46 jest lampą niekompatybilną z systemem, który został wskazany w postępowaniu przez zamawiającego, tj. tomograf komputerowy [dalej TK] SOMATOM Definition AS+, nr seryjny 95490 i tym samym nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w pkt III.2 OPZ SIWZ.

Wykonawca A w przesłanych 10.08.2018 r. do zamawiającego wyjaśnieniach wskazuje, że lampa STRATON MX P zaoferowana przez Siemens i lampa STRATON MX P46 zaoferowana przez wykonawcę A są to komponenty różniące się między sobą (cyt. *„nie są tym samym wyrobem medycznym”*) z czego wynika, że producent różnicuje te wyroby medyczne i do wykonawcy należał zatem obowiązek sprawdzenia, który wyrób medyczny jest kompatybilny z urządzeniem, w którym należy dokonać wymiany lampy.

We wrześniu 2017 r. wykonawca A – w wyniku postępowania nr WSzZ: TZ- 280-71-17 – podpisał z zamawiającym umowę dotyczącą usług serwisowych tomografu komputerowego SOMATOM Definition AS+ o nrze seryjnym 95490, a co za tym idzie ma bezpośredni dostęp do wskazanego TK i musi posiadać wiedzę na temat modelu zainstalowanej lampy, tj. lampy typu STRATON MX P, zwłaszcza, że to właśnie wykonawca A wskazał na konieczność wymiany lampy RTG.

Zaoferowanie przez wykonawcę A w rozpoznawanym postępowaniu lampy innego typu tym bardziej budzi wątpliwości odwołującego do intencji takiego działania, co może narazić zamawiającego, przez zastosowanie innej lampy niż przewidział producent, do sytuacji, w której określone prawem wymagania zasadnicze dla danego wyrobu medycznego nie zostaną spełnione, co może nieść ryzyko w sferze bezpieczeństwa, jakości czy niezawodności wyrobu medycznego oraz wpłynąć na ważność znaku CE wydanego dla tego wyrobu TK.

Zgodnie z normami i instrukcjami producenta do TK typu SOMATOM Definition AS+ o numerze seryjnym 95490 wymagane jest stosowanie lampy typu STRATON MX P.

Na potwierdzenie opisanego zarzutu odwołujący załączył oświadczenie producenta Siemens Healthcare GmbH.

W związku z tym odwołujący wniósł o odrzucenie oferty wykonawcy A z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią wymagań SIWZ.

Zarzut nr 2 – dokonanie zmiany w treści oferty wykonawcy A niezgodnie z przepisami Pzp

Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp niesłusznie dokonał poprawy treści oferty wykonawcy A w pkt 2 w załączniku nr 2/1 do SIWZ.

Zamawiający pismem z 13.08.2018 r. adresowanym do wykonawcy A poinformował o dokonaniu zmiany w treści oferty w zakresie parametru technicznego oferowanej lampy RTG STRATON MX P 46 uznając to jako „inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty:

„Jest: zakres napięcia anodowego – 70-140 KV

Poprawiono na: zakres napięcia anodowego – 70-145 KV”.

Zgodnie z przyjętymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert „Zakres napięcia anodowego” [dalej ZNA – przyp. Izba] jest ocenianym parametrem technicznym lampy, a wartość jego oceny znacząco wpływa na ogólną ocenę uzyskiwaną przez ofertę.

Zamawiający wymagał w pkt 2 zakresu co najmniej 80-140 kV. Zakres napięcia anodowego lampy, abstrahując od samego faktu jej kompatybilności z TK Somatom Definiton AS+ o czym mowa w zarzucie z pkt 1, zaoferowany przez wykonawcę A i podany

w tabeli (70-140 kV) jest więc zgodny z SIWZ i spełnia wymagania zamawiającego, trudno zatem wobec tych faktów uznać dokonanie poprawki w oparciu o przepis mówiący o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ za prawidłowy.

Błędem jest więc fakt zastosowania przez zamawiającego procedury wyjaśniającej w skutek czego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp został zmieniony przez zamawiającego zakres napięcia anodowego lampy w ofercie wykonawcy A na taki sam jak w ofercie odwołującego, gdzie przedmiotem oferty są dwie różne lampy (wykonawca A: STRATON MX P46, odwołujący: STRATON MX P), tym bardziej, że zamawiający w piśmie z 13.08.2018 r. do wykonawcy A wskazuje, że zgodnie z wyr. KIO 1088/17 z 13 czerwca 2017 r. »Rozumienie innej omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzania oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała istotnego charakteru«. Jednocześnie zamawiający w trzecim akapicie wspomnianego pisma wyraźnie wskazuje, że dokonanie poprawy lub zmiany zakresu w pkt 2 w Ofercie wykonawcy A może mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że zastosowanie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jednego z kryterium oceny ofert „jakość techniczna lampy” i przyznanie aż 38% rangi dowodzi, że zamawiający przewidywał możliwość zaoferowania lamp charakteryzujących się różnymi parametrami i odpowiednio przyznawał punkty za ich wartości. Natomiast przyjęta przez zamawiającego w trakcie oceny ofert logika postępowania polegająca na poprawie parametrów tak, aby były one jednakowe, gdyż oferowane produkty mają być dedykowane do tego samego TK, przeczy zasadzie uznania jakości technicznej lampy za jakiegokolwiek kryterium oceny ofert. W tej sytuacji kryterium to staje się iluzoryczne i ma na celu jedynie sztuczne wypełnienie brakującej do 100% wartości. Tym samym nastąpiła w trakcie oceny faktyczna zmiana kryteriów oceny ofert z 60% przyznawanych za zaoferowaną cenę na finalnie 98%.

W przesłanych wyjaśnieniach wykonawcy A, przedstawiony link do broszurki marketingowej odnosi się jedynie do TK Definition AS (a jest to inny model urządzenia niż Definition AS+) i nie zawiera danych technicznych na temat typu i parametrów technicznych zastosowanej w nim lampy RTG, gdyż materiał ten jest poglądowy i nie jest specyfikacją techniczną TK ani lampy STRATON (tym bardziej, że zastosowane w materiale nazwy lampy nie odnoszą się jej konkretnego modelu – lampy różnią się między sobą). Odwołujący wskazał, że źródło, na które powołuje się wykonawca A jest niewłaściwe, gdyż dane techniczne zawarte są w specyfikacjach technicznych zarówno samego urządzenia TK Somatom Definition AS+ jak również lampy STRATON MX P.

Informacje ze specyfikacji technicznych dla TK SOMATOM Definition AS+ i lampy STRATON MX P zostały przedstawione zamawiającemu przez odwołującego w trakcie postępowania wyjaśniającego.

Na błędne zastosowanie procedury poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazuje dodatkowo fakt, że wykonawca A w piśmie z 10.08.2018 r. wyjaśniając treść złożonej oferty podkreśla, że podanie w ofercie innych wartości niż zostały zaprezentowane byłoby bezzasadne i tym samym potwierdza, że złożona oferta zawiera prawidłowe dane i nie ma żadnego oświadczenia odnośnie oczywistej omyłki. Dziwi zatem fakt poprawienia treści oferty przez zamawiającego, gdyż oznacza to, że zamawiający dokonał zmiany wbrew oświadczeniu wykonawcy A i że nie była to oczywista omyłka wykonawcy A, ale w pełni świadome oświadczenie woli.

Reasumując odwołujący podkreślił, że ze względu na fakt, że zaoferowane lampy są różnego typu – błędem było przyjęcie, że zaoferowane produkty są takie same i wobec tych faktów nie istniały przesłanki, aby zamawiający mógł ingerować w treść złożonej oferty wykonawcy A na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zwłaszcza w kontekście istotności zmiany mającej ostatecznie wpływ na wynik postępowania. Działania zamawiającego w tym zakresie były nieuprawnione i naruszające przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 27.08.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 28.08.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

31.08.2018 r. wykonawca ALTHEA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Miłkowie, ul. Bielska 49, 43-190 Miłków złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 4.09.2018 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Ponadto zamawiający stwierdził:

Zarzut 1. Zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego

1. Treść oferty odpowiada treści SIWZ.
2. Zamawiający poprawił treść oferty przystępującego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.
3. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.
4. Odwołujący nie wykazał niekompatybilności lampy STRATON MX P46 w stosunku do TK i lampy STRATON MX P:
 - a) zamawiający wymagał kompatybilności w rozdz. III pkt 1 i 2 SIWZ,
 - b) przystępujący zaoferował inną lampę (STRATON MX P46) niż odwołujący (MX P),

- c) w piśmie z 10.08.2018 r. przystępujący wykazał kompatybilność swojej lampy,
- d) dokumentacja będąca w posiadaniu zamawiającego dopuszcza obie lampy.

Zarzut 2. Zakres napięcia anodowego (dalej ZNA)

1. Obaj wykonawcy zaoferowali lampy o podobnych nazwach i identycznych parametrach oprócz parametru ZNA, dlatego zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp.
2. Odwołujący potwierdził ZNA 70-145 kV (9.08.2018 r.).
3. Przystępujący udowodnił, że nominalnie obie lampy mają ten sam ZNA, ale realnie TK zamawiającego może działać tylko w zakresie maks. 70-140 kV. Dlatego przystępujący w ofercie wpisał takie dane realne, a nie znamionowe, nominalne.
4. Zamawiający wziął pod uwagę nominalny zakres i wpisał jako poprawę oczywistej omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) w ofercie przystępującego zakres nominalny 70-145 kV zamiast 70-140 kV.
5. Przystępujący wyraził zgodę na taką poprawę i nie było możliwości odrzucenia oferty przystępującego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.
6. Zamawiający podkreślił, że istotną zmianę treści oferty należy rozpatrywać z uwzględnieniem konkretnej sytuacji w danym postępowaniu zamówieniowym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) dowód oznaczony jako O1 – 3 pisma w języku angielskim z tłumaczeniem tłumacza przysięgłego:
 - a) oświadczenie w przedmiocie uprawnień potwierdzające, że M. M. jest uprawniony do wydania urzędowego oświadczenia technicznego w imieniu wytwórcy Siemens Healthcare GmbH;
 - b) oświadczenie wytwórcy z 23.08.2018 r., że w TK istnieje konieczność zainstalowania jedynie lampy STRATON MX P;
 - c) wyciąg z niemieckiego Rejestru Handlowego skąd wynikają uprawnienia do reprezentowania wytwórcy
– na wykazanie, że w TK istnieje konieczność zainstalowania jedynie lampy STRATON MX P, która została zaoferowana przez odwołującego;
- 2) dowód oznaczony jako O2 – fotografia tabliczki znamionowej lampy STRATON MX P, gdzie została podkreślona wartość Zakresu Napięcia Anodowego 145 kV na wykazanie, że zaoferowana przez odwołującego lampa jest właściwa i posiada takie właściwości;

B) zamawiającego:

- 3) dowód oznaczony jako Z0 – dwie pierwsze stronicie załącznika do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie w celu wykazania, że lampa oferowana przez przystępującego jest zamontowana przez odwołującego w przedmiotowym TK, który był dostarczony przez odwołującego;
- 4) dowód oznaczony jako Z1 – specyfikacja techniczna, którą w poprzednim unieważnionym postępowaniu złożył obecny odwołujący, gdzie w oferowanym takim samym przedmiocie zamówienia obecny odwołujący wskazał ZNA 70-140 kV;

C) przystępującego:

- 5) dowód oznaczony jako P1 – pismo procesowe przystępującego z załącznikami:
 - a) wezwanie do wyjaśnienia oferty z 8.08.2018 r.,
 - b) wyjaśnienia z 10.08.2018 r. z załącznikiem,
- c) informacja o poprawieniu innej omyłki w zakresie ZNA z 140 na 145 kV,
- d) informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 6) dowód oznaczony jako P2 – list referencyjny, z którego wynika, że odwołujący dostarczył do takiego samego TK jak u Zamawiającego lampę STRATON MX P46.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający w rozdz. III pkt 1 i 2 str. 9 SIWZ wskazał jakiego oczekuje przedmiotu zamówienia i dopuścił lampy kompatybilnej do swojego TK.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej przystępującego, a oferta ta powinna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Zdaniem odwołującego zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. W zakresie merytorycznym zarzut pierwszy dotyczy niekompatybilności lampy oferowanej przez przystępującego STRATON MX P46

Izba stwierdza, że zarzut jest niezasadny. To sam odwołujący przedstawił dowód O2 – fotografia tylnej strony lampy oferowanej przez odwołującego STRATON MX P. Odwołujący okazując dowód O2 wskazał na tabliczkę znamionową lampy oferowanej przez odwołującego, gdzie została podkreślona wartość Zakresu Napięcia Anodowego (ZNA) 145 kV na wykazanie, że zaoficerowana przez odwołującego lampa jest właściwa i posiada cechy, jakie wykazał w ofercie odwołujący. Jest to argument bezsporny.

Jednak przystępujący wskazał, że na dowodzie O2, czyli na zdjęciu widać tabliczkę znamionową ze wskazywaną przez odwołującego cechą 145 kV, ale widać tam również dwie etykiety inne opisujące ten produkt. Na pierwszej znajduje się numer katalogowy części »10141785«, który określa lampę STRATON MX P oferowaną przez odwołującego, a na drugiej etykiecie znajduje się numer katalogowy części »10892460«, który opisuje lampę STRATON MX P46 oferowaną przez przystępującego. Wynika z tego, że lampy oferowane przez odwołującego i przystępującego stanowią jeden produkt określony dwoma etykietami i dwoma nazwami.

W związku z tym, że obie lampy różnią się tylko nazwami dowód O1 wskazywałby również na możliwość zastosowania lampy o dwóch nazwach stosowanych przez wytwórcę. i dowód O1 nie byłby sprzeczny z ustaleniami Izby. Jednak dowód ten nie może być przyjęty ze względu na treść zastrzeżenia występującego w kolumnie 5 na stronie pierwszej tłumaczenia z Rejestru Handlowego B Sądu Rejonowego w Monachium, gdzie jest wskazane, cyt. »Prokura łączna z członkiem zarządu lub innym prokurentem: [...] S., H. [...]», a pod oświadczeniem potwierdzającym uprawnienia do wydania oświadczenia technicznego przez M. M. jest złożony tylko podpis H. S. oraz osoby, która nie występuje w rejestrze handlowym – E. R. . Czyli dowód nie może być wzięty pod uwagę przez Izbę.

Ponadto zamawiający wykazał – przedstawiając w odpowiedzi na odwołanie swoją dokumentację uzupełnioną na rozprawie dowodem Z0, że w oryginalnej dokumentacji

przedmiotowego TK znajduje się lampa o nazwie STRATON MX P46 (lampa oferowana przez przystępującego), a na początku wiersza znajduje się numer 10141785 (lampa oferowana przez odwołującego). Stąd Izba musi stwierdzić, że obie lampy oferowane przez obu wykonawców spełniają wymagania zamawiającego.

Są to więc lampy właściwe, a właściwość ich zostaje potwierdzona numerem (lampa oferowana przez odwołującego) lub nazwą (lampa oferowana przez przystępującego), a więc obie lampy oferowane przez obu wykonawców są co najmniej kompatybilne z TK użytym przez zamawiającego.

Ponadto z okazanej przez zamawiającego dokumentacji powykonawczej dostawy TK przez obecnego odwołującego, gdzie nazwa tego TK nie zawierała wszystkich elementów dostarczonego produktu wynika, że również obecny odwołujący jak i powiązany z nim kapitałowo wytwórca Siemens nie przywiązują nadmiernej wagi do nomenklatury nazw. Również z tym nienadmiernie skrupulatnym podejściem do nazw podmiotów Siemens mógłby korespondować dowód P2. Jednak przystępujący – starając się wykazać, że sam odwołujący dostarczał do TK o podobnej nazwie użytkowanym przez szpital w Szczecinie lampę typu STRATON MX P46 – nie wykazał, że dostawa lampy do Szczecina dotyczyła identycznego TK jaki użytkuje zamawiający, gdyż nazwy obu TK są tylko podobne.

Z tych względów Izba musi stwierdzić, nie można podważyć stanowiska zamawiającego, że urządzenie zaoferowane przez przystępującego spełnia wymagania zamawiającego opisane w SIWZ i dlatego Izba musi uznać zarzut pierwszy za bezzasadny.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez nieuzasadnione dokonanie zmiany w ofercie (parametrze ocenianym) wykonawcy A, powodującej istotną zmianę w treści oferty, a tym samym wpływającej na wynik postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«. W przepisie ustawodawca nie zawarł ograniczeń dotyczących obszarów treściowych oferty, których by nie można było objąć poprawkami. Zakres poprawek jest ograniczony tylko istotnością zmian w treści oferty.

Jednak Izba nie może stwierdzić, że zamawiający przekroczył tę istotność zmian, gdy zamawiający zmienił błędnie wpisaną liczbę 140 kV, na właściwą 145 kV, która charakteryzuje lampę zaoferowaną przez przystępującego. Szczególnie, że jak wynika z analizy zarzutu pierwszego obaj wykonawcy zaoferowali takie same przedmioty zamówienia. Jednak przystępujący w pierwotnej ofercie błędnie przyjął realną wartość zakresu napięcia anodowego (ZNA) na 70-140 kV, gdyż użytkowany przez zamawiającego

TK nie działał w zakresie wyższym niż 140 kV, co nie budzi zastrzeżeń uczestników postępowania. Natomiast odwołujący – oferujący taki sam produkt – wziął pod uwagę nominalną wartość zakresu napięcia anodowego, który wynosi 70-145 kV, chociaż wartość nominalna nie jest wykorzystywana w górnych zakresach w przedmiotowym TK.

Brak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprecyzowania czy zamawiający wymaga wpisania do oferty wartości realnej czy nominalnej tego urządzenia mógł być również spowodowany tym, że w poprzednim unieważnionym postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia, obecny odwołujący wpisał w swojej ofercie (specyfikacji technicznej) wartości 70-140 kV (dowód Z1). Z tego względu, że obaj wykonawcy zachowali się w poprzednim, unieważnionym postępowaniu w sposób podobny – zamawiający nie wykrył w swojej specyfikacji tego niedopatrzenia i nie doprecyzował odpowiednich postanowień.

W związku z tym dokonanie zmiany przez zamawiającego w ofercie przystępującego nie może budzić zastrzeżeń. Szczególnie że zamawiający dokonał poprawy oferty przystępującego po szczegółowym zbadaniu sprawy, m.in. przez zażądanie wyjaśnień do oferty od przystępującego, co zostało zobrazowane przez dowód P1, który składał się z kopii dokumentacji procedury wyjaśnień oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. Art. 87 ust. 1 Pzp brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

W związku z tym Izba musi stwierdzić, że zarzut nieuzasadnionego dokonania zmian w ofercie przystępującego nie może zostać uwzględniony.

W ocenie Izby, zarzut trzeciego naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty niezgodnie z przyjętymi kryteriami ocen – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający posiadając dwie oferty (odwołującego i przystępującego), różniące się tylko ceną po dokonanej poprawie, o której wyżej, zgodnie ze wszystkimi kryteriami wybrał najkorzystniejszą ofertę, którą przedstawił przystępujący. Cena oferty przystępującego była o ok. 11.000 zł niższa niż cena oferty odwołującego, a dane w pozostałych kryteriach takie same gdyż obaj wykonawcy oferowali analogiczny produkt. Izba stwierdza, że zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Z tego względu Izba nie może uwzględnić również zarzutu trzeciego, a w konsekwencji braku uwzględnienia pozostałych dwóch zarzutów – Izba nie uwzględni całego odwołania.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty Związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby w kwocie 539,72 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b 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. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: