

Sygn. akt: KIO 1809/19

WYROK

z dnia 1 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 r. przez wykonawcę **MIRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Mińska 25 B lok. U1, 03-808 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Specjalistyczny im. Świętej Rodziny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej**, ul. Madalińskiego 25, 02-544 Warszawa

przy udziale wykonawcy **INTIMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Warszawie, ul. Egejska 19/39, 02-764 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: MIRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Specjalistyczny im. Świętej Rodziny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „p.z.p”, w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę aparatury i sprzętu medycznego dla Szpitala Specjalistycznego im. Świętej Rodziny, nr referencyjny 14/2019. Zamówienie zostało podzielone na części. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 24 lipca 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr ogłoszenia: 577986-N-2019. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Zamawiający powiadomił wykonawcę MIRO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o odrzuceniu jego oferty w dniu 9 września 2019 r., zaś pismem z dnia 13 września 2019 r. powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Intimex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie. W dniu 16 września 2019 r. wykonawca MIRO Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący” lub „MIRO”) złożył odwołanie na czynności odrzucenia jego oferty oraz wyboru najkorzystniejszej w części trzeciej zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

„1) art. 86 ust. 1 pkt 2) poprzez jego zastosowanie w sytuacji gdy nie znajdował on zastosowania, co doprowadziło do bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego ustawy p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy p.z.p. poprzez:

- a) dokonanie wyboru oferty, która nie spełniała warunków określonych w SIWZ,
- b) brak dokonania wyboru oferty Odwołującego, która jako jedyna spełniała wymogi wynikające z SIWZ.

2) art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy p.z.p. poprzez:

- a) dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą
- b) brak dokonania wyboru oferty Odwołującego, która jest dla Zamawiającego ofertą najkorzystniejszą z punktu widzenia kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na:

- a) odrzuceniu oferty wykonawcy MIRO,

b) wyborze najkorzystniejszej oferty.

- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) obciążenie Zabawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od niego na rzecz Odwoływającego zwrotu opłaty od odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwoływający wskazał m.in., iż w postępowaniu wykonawcy złożyli szereg pytań odnośnie parametrów wymaganych przez Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, na które Zamawiający odpowiedział pismem z dnia 1 sierpnia 2019 roku. Pismem z dnia 8 sierpnia 2019 roku Zamawiający wezwał Odwoływającego do wyjaśnień w zakresie złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, na które Odwoływający odpowiedział pismem z dnia 13 sierpnia 2019 roku. Oferty zostały otwarte w dniu 6 sierpnia 2019 roku. Pismem z dnia 6 września 2019 roku, doręczonym w dniu 9 września 2019 roku Zamawiający poinformował Odwoływającego o odrzuceniu jego oferty, natomiast pismem z dnia 13 września 2019 roku, doręczonym tego dnia, poinformował o wyborze oferty Intimex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej, pomimo, iż termin na wniesienie odwołania przez Odwoływającego zgodnie z treścią art. 182 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp jeszcze nie upłynął.

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 1 sierpnia 2019 roku, wprowadził szereg zmian w SIWZ, w znacznym zakresie rozluźniając wymogu techniczne sprzętu jaki chciał nabyć w ramach części 3 postępowania. W tym kontekście w ocenie Odwoływającego niezasadne są twierdzenia Zamawiającego zawarte w treści pisma z dnia 6 września 2019 roku w przedmiocie odrzucenia jego oferty w zakresie punktów 37, 70 i 75 formularza właściwości technicznych, albowiem nie ma w tej okoliczności jakiegokolwiek znaczenia czy treść znajdująca się w kolumnie 4 „Podać wartość lub zakres wartości oferowanych lub potwierdzenie wartości lub opis” brzmiałaby „Tak”, czy też „Tak, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego”. Mając na uwadze fakt, iż zawartość informacyjna wyjaśnień SIWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SIWZ, jest wiążąca w postępowaniu, wpisanie we właściwej tabeli odpowiedzi „Tak” jest równoznaczne z wpisaniem odpowiedzi „Tak, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego”, gdyż stosowna odpowiedź Zamawiającego modyfikuje SIWZ. W tam przedmiocie nie może być mowy o konieczności poprawienia oczywistej omyłki, jak sugeruje to Zamawiający w piśmie z dnia 6 września 2019 roku. Treść odpowiedzi Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 1 sierpnia 2019 roku, w zakresie istotnym z punktu widzenia odwołania nie tyle wyjaśnia SIWZ, co stwarza nową możliwość dla oferentów w przedmiocie deklaracji spełniania parametrów technicznych sprzętu. Wyjaśnić można treść czegoś, co

istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która powinna powodować zmianę jej postanowień. Skoro tak, to wpisanie we właściwej tabeli odpowiedzi „Tak” jest równoznaczne z wpisaniem odpowiedzi „Tak, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego” i odwrotnie, gdyż SIWZ (warunki, parametry techniczne) zostały zmienione, tj. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach potwierdził parametry wymagane przez Zamawiającego - zgodnie ze specyfikacją obowiązującą od dnia 1 sierpnia 2019 roku, tj. po jej zmianie (uszczegółowieniu) odpowiedziami na pytania.

Skoro Zamawiający w piśmie z dnia 1 sierpnia 2019 roku dopuścił aparat bez funkcji wymienionych w punktach 38, 44 i 89, to zasadniczo rzecz biorąc, bez znaczenia jest to jakie sformułowanie by wpisano przy punktach 70 i 75 formularza właściwości technicznych, albowiem Zamawiający tego parametru nie wymagał, tj. oferowany aparat mógł go mieć, ale też nie musiał go mieć i nie było to kryterium oceny ofert określonym w SIWZ. Jest to zatem okoliczność zupełnie nieistotna i w tym kontekście wbrew temu co twierdzi Zamawiający w swoim piśmie z dnia 6 września 2019 roku, nie musiał wprowadzać do formularza właściwości technicznych nowych zapisów traktując ich jako oczywistych omyłek pisarskich - nie musiał wybierać jakichkolwiek zapisów albowiem były one praktycznie rzecz biorąc synonimiczne, co za tym idzie nie musiał traktować ich jako oczywistych omyłek, bowiem tym nie były, czyli w żadnym razie nie mogłoby być mowy o jakimkolwiek wytworzeniu nowej treści oferty, co sugeruje Zamawiający.

W zakresie zaś funkcji określonej w punkcie 41, tj. Multi Slice Imaging (MSI), aparat zaoferowany przez Odwołującego bezsprzecznie ją posiada, tym samym spełnia wymagania opisane w tym punkcie, a mianowicie „obrazowanie tomograficzne — jednoczesne obrazowanie min. 7 równoległych warstw z możliwością ustawienia ich położenia i odległości między nimi w czasie rzeczywistym i na zapamiętanych obrazach 3D”. W specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia znajduje się opis tej funkcji o następującej treści: „Multi Slice Imaging (MSI) - obrazowanie wielowarstwowe (tzw. tomograficzne) - max. 19 warstw (opcja)”. Obrazowanie MSI działa zarówno w czasie rzeczywistym jak i na obrazach z archiwum. Producent aparatu firma Hitachi nie umieściła jednak tak precyzyjnego opisu w tejże specyfikacji. Niestety wymagania SIWZ w postępowaniach są często tak szczegółowo sformułowane, iż trudno jest wymagać od producenta aby tak precyzyjnie i szczegółowo przedstawiał parametry sprzętu w specyfikacji technicznej, która co do zasady ma charakter dość ogólny i w podstawowy sposób opisuje cechy i funkcjonalności urządzenia. Opis funkcji MSI znajduje się w sekcji „RT3D (4D) - obrazowanie 3D w czasie rzeczywistym (tzw. 4D) - (opcja)”, która przedstawia opis funkcji dotyczących obrazowania 3D i 4D. Nie można założyć, iż wszystkie opisane funkcje dotyczą wyłącznie obrazowania w czasie rzeczywistym, a najpewniej tak przyjął Zamawiający w swoim piśmie w przedmiocie odrzucenia oferty gdzie

uznał, że w specyfikacji technicznej urządzenia znajduje się potwierdzenie posiadania funkcji opisanej w pkt.41 (obrazowanie MSI) i dotyczy wyłącznie czasu rzeczywistego, podczas gdy funkcja MSI działa zarówno w czasie rzeczywistym, po zamrożeniu obrazu, jak i na obrazach z archiwum, podobnie jak wiele innych funkcji opisanych w tej sekcji. Przykładowo funkcja „Obrót w 3 płaszczyznach (X, Y, Z) - 360 stopni w każdym kierunku” działa w czasie rzeczywistym, po zamrożeniu i na obrazach z archiwum, ale podobnie jak w przypadku funkcji MSI producent nie zamieścił tej informacji w specyfikacji technicznej urządzenia. Dlatego też należy przyjąć, iż oferowany aparat Hitachi Aloka Arietta 850SE posiada funkcję opisaną w pkt. 41 i tym samym spełnia wymagania SIWZ. Odwołujący wskazał, iż do pisma z dnia 13 sierpnia 2019 roku - złożonego na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2019 roku została dołączona specyfikacja oferowanego aparatu, gdzie znajduje się informacja, iż funkcja MSI działa także na obrazach z archiwum: „Multi Slice Imaging (MSI) - obrazowanie wielowarstwowe (tzw. tomograficzne) - max. 19 warstw (także z archiwum)”.

Pismem z dnia 30 września 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający stwierdził m.in., iż nieprawidłowy jest zarzut naruszenia przepisu art. 86 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ taki przepis nie istnieje, zatem nie mogło dojść do jego naruszenia poprzez jego zastosowanie. Nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, tj. ofert, które nie zostały odrzucone w postępowaniu.

Zamawiający potwierdził, że w postępowaniu złożono kilka ofert, w tym ofertę Odwołującego, jak również, że wykonawcy złożyli szereg pytań odnośnie SIWZ i parametrów urządzeń wymaganych przez Zamawiającego, na które Zamawiający odpowiedział pismem z dnia 1 sierpnia 2019 r. Wobec wątpliwości, co do niektórych elementów oferty Odwołującego, Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień, kierując do niego pismo z dnia 8 sierpnia 2019 r. W szczególności, wątpliwości Zamawiającego dotyczyły „właściwości techniczno-użytkowych urządzeń objętych 3 częścią zamówienia: Aparat USG sztuk 1 ”, a dokładnie odpowiedzi ‘TAK’, udzielonych przez Odwołującego w punktach 37, 38, 44, 70, 75 i 89 Oferty. Odpowiedź TAK, jak wynika nie tylko z potocznego rozumienia, ale i z wykładni językowej, logicznej i funkcjonalnej, zawsze oznacza potwierdzenie czegoś, zapewnienie pozytywne o czymś - w tym przypadku o konkretnych właściwościach Aparatu USG. W tym przypadku, chodziło o parametry/funkcje oferowanego Aparatu USG:

Punkt 37 -Metoda obrazowania 3D/4D stwarzająca anatomiczny realizm oraz pomagająca zwiększyć głębię widzianego obrazu, umożliwiającą wizualizację struktur do złudzenia przypominającą obraz fetoskopowy. Oprogramowanie do realistycznej obróbki danych

trójwymiarowych. Umożliwiającej swobodną manipulację min. 3 niezależnych źródeł światła. Dotyczy to ich charakteru, położenia, jasności i koloru.

Punkt 38 - Obrazowanie 3D z wykorzystaniem funkcji akwizycji w układzie skrzyżowanych ultradźwięków.

Punkt 44 - Możliwość zmiany kąta insonacji w płaszczyźnie poprzecznej (poprzez mechaniczne odchylenie matrycy piezoelektrycznej) bez konieczności zmiany położenia sondy wolumetrycznej podczas badania pacjenta. Wykonawca potwierdza że aparat posiada taką funkcję.

Punkty 70 i 75 - 70 . Tryb doppler ciągły CWD, 75. Tryb doppler ciągły CWD

Punkt 89 - Aparat wyposażony w moduł umożliwiający zdalne serwisowanie aparatu przez sieć internetową przy pomocy inżynierów serwisowych. Moduł umożliwiający zdalną diagnostykę aparatu, przeładowanie oprogramowania, możliwość zdalnej korekty parametrów obrazowania.

Zamawiający podkreślił, że uzyskał informacje, iż zaoferowany przez Odwołującego aparat Hitachi Aloka Arietta 850 SE - nie posiada ww. funkcji. W związku z tym, że Odwołujący zapewniał w ofercie - poprzez wpisanie słowa TAK w odpowiednich rubrykach o posiadaniu tych funkcji przez oferowany Aparat, Zamawiający - uznał za zasadne wyjaśnienie tych okoliczności, rozwianie wątpliwości, co do parametrów ww. Aparatu i zwrócił się pisemnie, w dniu 8 sierpnia 2019 r. o wyjaśnienia do Odwołującego, w tym - o dołączenie do wyjaśnień Wykonawcy katalogu technicznego aparatu Hitachi Aloka Arietta 850 SE. W odpowiedzi, w piśmie z dnia 13 sierpnia 2019 r. w ww. punktach, dotyczących konkretnych parametrów Aparatu USG - pozostawiono odpowiedź „TAK. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego” (pkt 37, 70, 75) - a w punktach 38., 44., 89. do słowa „TAK” dopisano słowa: „zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego”.

W ocenie Zamawiającego, powyższe wyjaśnienia nadal podtrzymują zapewnienia Odwołującego odnośnie posiadania przez Aparat Hitachi Aloka Arietta 850 SE - wskazanych funkcji. Podczas, gdy w rzeczywistości Aparat ten funkcji tych nie posiada. Odwołujący obecnie, na potrzeby odwołania twierdzi, że jego odpowiedzi w formie: „TAK, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego” są właściwe, skoro Zamawiający złagodził kryteria - w swojej odpowiedzi z dn. 01.08.2019 r. na pytania oferentów i zmodyfikował SIWZ. Należy podnieść, że modyfikacja SIWZ stanowi jedynie o tym, jakich parametrów/funkcji urządzeń wymaga Zamawiający. Zatem nawet w przypadku, gdy jakiś parametr nie jest już przez niego wymagany, to nie oznacza, że w ofertach, wykonawcy mogą wpisywać TAK, jako potwierdzenie, że dane urządzenie daną funkcję/parametr posiada, jeśli jej w rzeczywistości nie posiada. Pozostaje to bowiem wówczas w oczywistej sprzeczności z rzeczywistością i

proceedzi do tego, że Zamawiający mógłby dokonać wyboru i zakupu urządzenia nieposiadającego funkcji/parametrów wskazywanych przez oferenta w ofercie. Nie sposób też przyjąć, że słowo TAK wpisywane przez Odwołującego w ww. punktach oferty, należało uznać za oczywistą omyłkę, jak sugeruje Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 13.08.2019 r. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez wnikliwej analizy różnych dokumentów i prowadzenia dalszych wyjaśnień z Wykonawcą. Zamawiający nie mógł potraktować słowa 'TAK', za oczywistą omyłkę i uznać, że Odwołujący w rzeczywistości wpisał (chciał wpisać) słowo „NIE”.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołujący, z którego wynika, że nie jest dla niego istotne, czy aparat USG posiada dane funkcje, czy też nie - skoro dopuścił zaoferowanie aparatu bez tych funkcji. Zamawiający nie zgadza się z tym twierdzeniem, ponieważ chce uzyskać wiedzę na etapie składania ofert (i ma prawo ją uzyskać), jakie parametry posiada oferowany aparat. Zamawiający nie może dowiadywać się o funkcjach aparatu USG dopiero przy jego dostawie i montażu. Przyszli użytkownicy aparatu, muszą być świadomi, jakie konkretne funkcje będzie posiadał oferowany sprzęt, chociażby po to, aby móc wymagać od wykonawcy dokładnego przeszkolenia z obsługi aparatu, obejmującego praktyczne wykorzystanie wszystkich jego funkcji. Jest to szczególnie ważne, gdyż aparat ten ma być wykorzystywany w programie badań prenatalnych.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez Odwołującego.

Po zapoznaniu się m.in. z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż poniósł szkodę, ponieważ jego oferta została bezzasadnie odrzucona, czego konsekwencją był brak wzięcia jej pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Pomiędzy poniesieniem szkody (możliwością poniesienia szkody) a naruszeniem przez Zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych istnieje związek przyczynowy, bowiem w świetle okoliczności przytoczonych w odwołaniu to jego oferta winna być brana pod uwagę przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i finalnie winna zostać wybrana przez Zawiewającego w ramach przedmiotowego postępowania.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz

możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia i korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w jego wyniku.

Pismem z dnia 23 września 2019 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił wykonawca Intimex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie. Wykonawca ten (dalej również: „Przystępujący”) wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i stał się uczestnikiem postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

W piśmie z dnia 6 września 2019 r. zawierającym informację o odrzuceniu oferty MIRO Zamawiający podał, iż nastąpiło to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz wskazał w uzasadnieniu: „W dostarczonych do Zamawiającego wyjaśnieniach z dnia 13.08.2019 r. dotyczących formularza „właściwości techniczno-użytkowych urządzeń objętych 3 częścią zamówienia: Aparat USG sztuki" nie ma jednoznacznych wyjaśnień, które by mogły posłużyć Zamawiającemu do zastosowania art. 87 ust. 2. p. 1) oczywiste omyłki pisarskie i poprawić w ofercie zapisy przedstawione przez Wykonawcę jako omyłki pisarskie.

Poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej nie może prowadzić do zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Taka zmiana miałaby miejsce w punktach: 38. 44. 89 formularza właściwości techniczno-użytkowych. Wykonawca w kolumnie „4 - Podać wartość lub zakres wartości oferowanych lub potwierdzenie wartości lub opis” wpisał słowo „Tak”, które zgodnie z definicją określoną w rozdziale VI SIWZ potwierdza posiadanie przez aparat wymaganych funkcji. W wyjaśnieniach Wykonawca do słowa „Tak" dopisał słowa: „zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego”. Zamawiający w piśmie z dnia 1.08.2019 r. dotyczącego odpowiedzi na pytania Wykonawców dopuścił aparat bez funkcji wymienionych w punktach 44. 89. Wpisane przez Wykonawcę słowa: „zgodnie z odp. Zamawiającego" sugerują, że aparat nie posiada tych funkcji.

W formularzu właściwości technicznych w punktach: 37. 70 i 75. w kolumnie „4 - Podać wartość lub zakres wartości oferowanych lub potwierdzenie wartości lub opis” Wykonawca wpisał słowa: „Tak, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego”. Wprowadzony zapis, zgodnie z objaśnieniami powyżej podaje sprzeczne informacje. W pkt. 70. Wykonawca w wyjaśnieniach oraz w specyfikacji technicznej oferowanego aparatu potwierdza posiadanie przez głowicę convex trybu dopplera ciągłego, natomiast w pkt. 75. wyjaśnia, że aparat został dopuszczony bez funkcji dopplera ciągłego na głowicy objętościowej Brak tej funkcji potwierdza specyfikacja techniczna aparatu. Zamawiający zwraca uwagę, że ten sam zapis: „Tak, zgodnie z

odpowiedzią Zamawiającego” został wpisany do kolumny „4” w przypadku, gdy aparat nie posiada wymaganej funkcji, jak również w przypadku gdy aparat posiada wymaganą funkcję.

Ponadto brak jest potwierdzenia w specyfikacji technicznej oferowanego aparatu funkcji określonej w punkcie 41. - Obrazowanie tomograficzne - na zapamiętanych obrazach 3D, potwierdzone jest tylko obrazowanie w czasie rzeczywistym, natomiast przy funkcjach z punktów 28., 33. i 43. istnieje zapis „opcja”.

W związku z powyższym Zamawiający nie może wprowadzić do formularza właściwości techniczno-użytkowych nowych zapisów traktując ich jako oczywistych omyłek pisarskich, gdyż po pierwsze Zamawiający nie wie, które zapisy wybrać, a po drugie prowadziłoby to do wytworzenia nowej treści oferty i byłoby niezgodne z art. 87 ust. 1. ustawy z dnia 29.01.2004 r. (z późn. zmian.) Prawo zamówień publicznych

Zamawiający zwraca uwagę, że oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez wnikliwej analizy różnych dokumentów i prowadzenia dalszych wyjaśnień z Wykonawcą.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, wskazania wymaga, iż w ocenie Izby w petitum odwołania pojawiła się oczywista omyłka w zakresie wskazania naruszonego przepisu tj. art. 86 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z treści odwołania wynika bowiem, że chodzi o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z tym odwołanie podlega rozpoznaniu z uwzględnieniem właściwego przepisu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.* Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega albo 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; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu tego zobowiązania w ofercie.

W razie istnienia wątpliwości, w celu potwierdzenia zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wynika to z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień 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.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Zamawiającego, z którego wynika, że nie ma podstaw, aby miał stwierdzić, iż w ofercie Odwołującego występują, podlegające przez niego poprawie, omyłki pisarskie wskazane w jego piśmie z dnia 13 sierpnia 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 8 sierpnia 2019 r.

Zauważenia wymaga, iż w wymaganiach stawianych wykonawcom dotyczącym treści oferty zawartym w rozdziale VI SIWZ Zamawiający podał: *„Jeżeli w formularzu właściwości techniczno - użytkowych w rubryce kolumny: „Opis minimalnych wymaganych parametrów” lub w rubryce „Wartość lub zakres wartości wymaganych” jest podana wartość lub zakres wartości parametru, to oznacza to, że Zamawiający wymaga zaoferowania urządzenia, którego parametr ma tę wartość lub zakres. Oferty przedstawiające urządzenia niespełniające tego warunku zostaną odrzucone. Faktyczną wartość lub zakres wartości parametru oferowanego urządzenia należy wpisać w rubryce kolumny „Podać wartość lub zakres wartości oferowanych lub opis”. Jeżeli w formularzu właściwości techniczno - użytkowych w rubryce kolumny „Podać wartość lub zakres wartości wymaganych lub opis” znajduje się słowo „Tak”, to oznacza to, że Zamawiający wymaga zaoferowania urządzenia wyposażonego w tę cechę techniczną lub użytkową. Zamawiający wymaga zamieszczenia, poza potwierdzeniem istnienia tej cechy tzn. wpisania słowa „Tak”, również podania wartości lub zakresu lub krótkiego opisu, na czym ona polega lub w jaki sposób jest realizowana. Oferty niespełniające tych warunków zostaną odrzucone.”*

W części formularza oferty odnoszącej się do właściwości techniczno-użytkowych urządzeń objętych częścią 3 zamówienia aparat USG sztuk, załączonej do odwołania, w kolumnie drugiej zawarty był opis wymaganych parametrów, w kolumnie czwartej, gdzie był wymóg podania wartości lub zakresu wartości oferowanych lub opis, Odwołujący w odniesieniu do niektórych wymaganych parametrów wskazał „TAK”, a przy niektórych: „TAK, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego”, wprowadzając w niektórych pozycjach również określone wielkości. Oznacza to, że składając ofertę i różnicując swoje oświadczenie w tym zakresie tam gdzie oświadczył „TAK” potwierdził spełnienie wymogu w brzmieniu określonym w SIWZ, zaś w punktach, w których oświadczył: „ Tak, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego” potwierdził spełnienie wymogu w taki sposób, jaki Zamawiający dopuścił w odpowiedzi na pytania wykonawców. W swoim piśmie z dnia 1 sierpnia 2019 r. Zamawiający odpowiadając na konkretne pytania, czy dopuści do udziału w postępowaniu urządzenie np. o wskazanych w pytaniu parametrach, Zamawiający odpowiadając podawał, że dopuszcza albo, że nie dopuszcza. Treść odpowiedzi na pytania wskazuje zatem, iż Zamawiający nie zrezygnował z wymogów określonych w SIWZ, lecz dopuścił także urządzenie, które odpowiada opisom w

zadanych pytaniach, które zaakceptował. W związku z tym treść oświadczenia Odwołującego w kolumnie 4. oferty, albo odnosi się do wymogów pierwotnie określonych w SIWZ i nadal istniejących w postępowaniu, a potwierdzeniem ich spełniania jest wyraz „Tak”, albo do wymogów - jak twierdzi - złagodzonych, których potwierdzeniem jest oświadczenie „TAK, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego”, które to oświadczenie występuje w odniesieniu do szeregu pozycji, także tych niekwestionowanych przez Zamawiającego.

Wbrew zatem temu, co wynika z twierdzenia Odwołującego, że jest bez znaczenia, który sposób oświadczenia zastosuje, obydwa oświadczenia są równoznaczne, bowiem w każdym chodzi o potwierdzenie zgodności z SIWZ, należy stwierdzić, iż w okolicznościach analizowanej sprawy ma to istotne znaczenie. W inny sposób bowiem identyfikuje przedmiot oferty. Skoro bowiem w niektórych pozycjach w swojej ofercie wykonawca MIRO oświadczył, że spełnia wymóg w pierwotnie określonym zakresie, a następnie, w wyjaśnieniach oświadcza, że wystąpiła omyłka pisarska bowiem zamiast „Tak” powinno być: „Tak, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 1.08.2019 r.”, to oznacza, że Odwołujący przyznaje w wyjaśnieniach, że w ofercie znajduje się jego oświadczenie, które jest niezgodne z rzeczywistością, bowiem pomimo oświadczenia o spełnieniu wymogu określonego w SIWZ, w rzeczywistości go nie spełnia, a zatem stosownie do ww. rozdziału VI SIWZ oferta podlega odrzuceniu. Okoliczność, że oferowane urządzenie spełnia złagodzony wymóg, dopuszczony przez Zamawiającego, pozostaje bez znaczenia, skoro oświadczenie tej treści nie zostało złożone w ofercie, w związku z czym nie podlega badaniu przez Zamawiającego.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, który stosuje analogię do SIWZ i z którego stwierżeń na rozprawie wynika, że skoro SIWZ należy czytać wraz z wyjaśnieniami, które traktuje się jak jej zmianę, to tak samo ofertę należy czytać wraz z takimi wyjaśnieniami. Odwołujący zdaje się przy tym nie zauważać, iż ewentualne zmiany SIWZ mogą być wprowadzone jedynie przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, podobnie jak zmiany oferty, natomiast zarówno oferta jak i SIWZ po dacie upływu terminu na złożenie ofert nie mogą być zmieniane.

W związku z tym wprowadzenie w wyjaśnieniach zmiany treści oferty, jak również twierdzenie w odwołaniu, że nie chodzi w nich o omyłkę (i to sugerowaną przez Zamawiającego, podczas gdy sam tak Odwołujący określił swoje oświadczenie w wyjaśnieniach z dnia 13 sierpnia 2019 r.), należy uznać za bezskuteczną i w związku z tym pozostającą bez wpływu na ocenę zgodności oferty z SIWZ.

Odnosząc się do punktów, wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty należy wskazać:

Ad. pkt 38, 44, 89

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 6 września 2019 r. informującego o odrzuceniu oferty Odwołującego, w odpowiedzi na pytania Wykonawców dopuścił aparat bez funkcji wymienionych w punktach 38, 44. 89.

Odwołujący w ofercie w tych pozycjach zamieścił oświadczenie „TAK”, co oznacza, że zaoferowane urządzenie jest wyposażone w cechy techniczne lub użytkowe wskazane w tych punktach, natomiast w wyjaśnieniach oświadczył, że nastąpiła omyłka pisarska i zamiast „TAK, powinno być: „Tak, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2019 r.”

Skoro Zamawiający złagodził wymagania co do określonych parametrów urządzenia i dopuścił do postępowania także urządzenie o innych parametrach, niż wskazane w ww. formularzu ofertowym, to oświadczenie Wykonawcy zawarte w jego wyjaśnieniach oferty „zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego” wskazuje na zmianę oświadczenia zawartego w ofercie, co w świetle art. 87 ust. 1 jest niedopuszczalne.

Oferta jako oświadczenie woli w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego, w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być zmieniana po upływie terminu składania ofert. Wyjątki w tym zakresie, których nie można interpretować rozszerzająco, uregulowane są w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Żaden z trzech punktów tego przepisu nie znajduje zastosowania w okolicznościach analizowanej sprawy.

Zmiana oświadczenia zawartego w ofercie dokonana przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 13 sierpnia 2019 r. nie jest bowiem omyłką, lecz świadomym oświadczeniem, złożonym wobec wątpliwości Zamawiającego odnośnie spełnienia wymogów, co których Odwołujący złożył w ofercie oświadczenie, że je spełnia. Tym bardziej zatem zmiana tego oświadczenia, które wskazuje na przyznanie, że nie jednak spełnia tych wymogów, lecz spełnia inne, nie jest oczywistą omyłką pisarską, o której mowa w pkt 1 tego przepisu, ani oczywistą omyłką rachunkową, o której mowa w pkt 2 tego przepisu, jak również nie jest inną omyłką, o której mowa w ww. pkt 3 tego przepisu, który stanowi, iż *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.*

Ad. pkt 37, 70 i 75

Odwołujący w odniesieniu do pkt 37 w formularzu właściwości technicznych w kolumnie 4. wpisał: *„Tak, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego Ja bym zapytał o co chodzi z obrazem fetoskopowym-fetoskopia to biopsja tkanek płodu. No i mamy dwa światła”*. W wyjaśnieniach oferty w tym punkcie Odwołujący oświadczył: *„Nastąpiła omyłka pisarska – zamiast: TAK, winno być: TAK, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2019 r. „*

W formularzu właściwości technicznych w tych punktach pkt 70 i 75 w kolumnie „4 wpisał: „*Tak, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego*”. W wyjaśnieniach, odnosząc się łącznie do pkt 70 i 75 podał, iż potwierdza spełnianie pkt 70 i wskazał, że aparat jest wyposażony w Tryb Doppler Ciągły na oferowanej głowicy Convex typu C252 oraz dodał: „*Nastąpiła omyłka pisarska – zamiast: TAK, winno być: TAK, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2019 r.*”. Na rozprawie Odwołujący podał, że to zdanie odnosi się do pkt 75, którego to wymogu aparat nie spełnia, ale nie powinno to skutkować odrzuceniem oferty lecz brakiem przyznania 10 pkt, przy jednoczesnym przyznaniu 10 pkt za spełnienie wymogu określonego w pkt 70. Na rozprawie Odwołujący wskazał również na dokumentację producenta wykazując spełnianie wymogu określonego w SIWZ w pkt 70.

W odniesieniu do pkt 70 występuje zatem różnica, pomiędzy tym co wykonawca MIRO oświadcza w ofercie, a tym co oświadcza w wyjaśnieniach, przy czym w tym przypadku ze zmiany oświadczenia wynika, że wobec treści oferty Odwołującemu nie przysługują punkty w kryterium oceny ofert za spełnienie wymogów z pkt 70 i 75, natomiast gdyby uwzględnienie takiej zmiany oświadczenia zawartego w ofercie było skuteczne, jego skutkiem byłaby możliwość przyznania punktów w kryterium oceny ofert w odniesieniu do pkt 70.

Ad. pkt 41

Odwołujący w ofercie w tej pozycji zamieścił oświadczenie „TAK”, co oznacza, że zaoferowane urządzenie jest wyposażone w cechy techniczne lub użytkowe wskazane w tym miejscu. W wyjaśnieniach, odpowiadając na zadane pytanie oświadczył: „*Obrazowanie tomograficzne – jednoczesne obrazowanie min. 7 równoległych warstw z możliwością ustawienia ich położenia i odległości między nimi – i na zapamiętanych obrazach 3D- potwierdzenie w załączonych materiałach*”

Według Zamawiającego brak jest potwierdzenia w specyfikacji technicznej oferowanego aparatu funkcji określonej w punkcie 41. - Obrazowanie tomograficzne - na zapamiętanych obrazach 3D, potwierdzone jest tylko obrazowanie w czasie rzeczywistym. Tymczasem, jak wskazał na rozprawie Odwołujący na str. 8 dokumentacji znajduje się potwierdzenie spełnienia tego wymogu. Zamawiający nie zaprzeczył tym twierdzeniom. Przystępujący natomiast wywodził brak spełnienia wymogu ze sposobu zredagowania pytania wykonawcy i braku zgody ze strony Zamawiającego, nie wykazując, iż pomimo zadanego pytania wymóg zawarty w pkt 41 nie jest spełniony. Przystępujący ogólnie stwierdził jedynie, że żaden z dowodów nie potwierdza spełnienia tego wymogu tj. ww. dokumentacja techniczna oraz złożone na rozprawie oświadczenie, które można jedynie uznać za oświadczenie wiedzy składającego to oświadczenie. Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący nie przedstawili argumentacji ani dowodów dlaczego informacja zawarta w tej dokumentacji: „*Multi Slice Imaging (MSI) –*

obrazowanie wielowarstwowe (tzw. tomograficzne)-max. 19 warstw (także z archiwum)” nie potwierdza spełnienia wymogu określonego w pkt 41. Zauważenia również wymaga, iż złożone przez Odwołującego oświadczenie z dnia 16 września 2019 r., podpisane przez p. P.Z. - General Manager Region East pozostaje w zgodzie z ww. informacją zawartą w dokumentacji technicznej producenta.

W ocenie izby brak zasadności zarzutu dotyczącego niezgodności pkt 41 oferty z SIWZ, został wykazany przez Odwołującego, podobnie jak pkt 28., 33. i 43. Nie wpływa to jednak na wynik postępowania, skoro w innych punktach zarzuty odwołania się nie potwierdziły.

Odwołujący w kolumnie czwartej ww. formularza wstawił wyraz: „TAK”. Również w wyjaśnieniach z dnia 13 sierpnia 2019 r. wskazał, że wymogi określone w tych punktach są spełnione. Zamawiający stwierdził, iż w specyfikacji technicznej odnośnie punktów 28., 33. i 43. przy tych funkcjach istnieje zapis „opcja”. Wobec braku rozwinięcia uzasadnienia przez Zamawiającego w tym zakresie można założyć, iż z tym wiąże się jego zarzut o braku zgodności oferty w ww. punktach z SIWZ. Jednakże termin opcja oznacza jedną z możliwości do wyboru. Zatem wystąpienie w dokumentacji takiego zwrotu, samo w sobie, przy braku innych dowodów, nie przesądza, że oświadczenie złożone w ofercie i potwierdzone w wyjaśnieniach jest sprzeczne z SIWZ .

W sytuacji gdy nie potwierdził się zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, a w odwołaniu nie stawia on zarzutów co do oferty uznanej za najkorzystniejszą, za niepotwierdzony należy także uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W sprawie nie zostało wykazane, że doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: