

Sygn. akt KIO 1001/15

WYROK
z dnia 1 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **14 maja 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego, Al. Jana Pawła II 120 A, 07-410 Ostrołęka**

przy udziale wykonawcy **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

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

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego, Al. Jana Pawła II 120 A, 07-410 Ostrołęka** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego, Al. Jana Pawła II 120 A, 07-410 Ostrołęka wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Poprawa jakości świadczonych usług medycznych i zwiększenie możliwości diagnostycznych w Mazowieckim Szpitalu Specjalistycznym im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce poprzez zakup aparatu RTG do koronarografii wraz z montażem i adaptacją pomieszczeń«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **07.05.2015 r.** pod nrem **2015/S 047-080903**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **04.05.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**.

Wykonawca Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **14.05.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie na czynności polegające na:

- 1) bezpodstawnym odrzuceniu oferty **odwołującego**;
- 2) dokonaniu oceny ofert z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców;
- 3) wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w szczególności zasady równego traktowania wykonawców;
- 4) zaniechaniu wezwania **odwołującego** do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- 2) art. 87 ust. 1 i 2 Pzp;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwolujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy TMS Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 3) wezwanie **odwołującego** do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem skutków czynności wnioskowanych powyżej;
- 5) w konsekwencji powyższego, uznania oferty **odwołującego** jako najkorzystniejszej.

Argumentacja **odwołującego**

Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że **zamawiający** w wyniku oceny ofert odrzucił ofertę **odwołującego** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i jednocześnie wybrał do realizacji zamówienia ofertę złożoną przez Wykonawcę TMS Sp. z o.o. uznając ją tym samym za najkorzystniejszą, czyli według oceny **zamawiającego** spełniającą warunki SIWZ i wykazującą najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert.

Odwolujący po zapoznaniu się z protokołem postępowania, z treścią ofert złożonych przez pozostałych wykonawców oraz z wyjaśnieniami wykonawców złożonymi na wezwanie **zamawiającego** w trakcie badania ofert stwierdza, że **zamawiający** dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej naruszając przepisy ustawy, w szczególności w sposób bezpodstawny odrzucił ofertę **odwołującego**, która z punktu widzenia kryteriów oceny ofert wykazywała najkorzystniejszy bilans punktowy i była ofertą najkorzystniejszą cenowo.

Odrzucenie oferty z uwagi na brak wskazania modelu lub typu oraz Producenta następujących pozycji:

1. pkt II.6 Załącznika nr 1 – System do ultrasonografii wewnątrznaczyniowej IVUS oraz pomiaru gradientu przezświetleniowego FFR

Odwolujący wskazuje, że **zamawiający** odrzucił ofertę z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. **Odwolujący** nie zgadza się z takim twierdzeniem i uważa, że z treści złożonej oferty **odwołującego** wprost wynika, jaki jest producent i model oferowanego w pkt II.6 systemu. Informacje te zawarte są w innej części oferty niż tabela, a mianowicie na stronach 111-113 oraz 268-272.

Z przedstawionych dokumentów, deklaracji zgodności jak również danych technicznych wynika, że producentem systemu jest Volcano Corporation, a oferowany model to system „Core Zintegrowany system precyzyjnego naprowadzania”. **Zamawiający** powinien analizować oferty złożone w postępowaniu w całości, a nie podejmować decyzję o ich niezgodności jedynie na podstawie fragmentu. **Odwolujący** potwierdza, że przez

przeoczenie nie wskazał w tabeli stanowiącej część oferty nazwy modelu i producenta zaoferowanego systemu, ale taka niezgodność w sytuacji, gdy w innym załączniku do oferty ta wymagana informacja została zamieszczona, nie może skutkować odrzuceniem oferty, a jedynie jest podstawą do skorzystania z obowiązku poprawienia oczywistych omyłek, jaki wynika z **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

Z całości oferty jednoznacznie wynika bowiem, jakiego rodzaju system został zaoferowany, a oferta zawiera nazwę modelu i producenta. Innymi słowy, dokonując podstawowej analizy treści oferty jako całości, **zamawiający** z łatwością doszedłby do wniosku, jaki system został zaoferowany przez **odwołującego** oraz czy ten system jest zgodny z wymaganiami zawartymi w SIWZ. W przypadku wątpliwości, które w przypadku postępowań o zamówienia o złożonej naturze mogą się zawsze pojawić, **zamawiający** powinien skorzystać z dyspozycji **art. 87 ust. 2 Pzp**, czyli skorygować inne niż rachunkowe omyłki w ofercie polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący podkreślił, że **zamawiający** badając oferty **innych wykonawców** złożone w postępowaniu korzystał z dyspozycji **art. 87 ust. 2 Pzp**, a zatem brak zastosowania tego środka do oferty **odwołującego** potwierdza naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w trakcie badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosi zatem o przywrócenie zasady równego traktowania **wykonawców**, uwzględnienie zarzutu, skorzystanie z dyspozycji **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** i uznanie oferty **odwołującego** za ważną w tym punkcie.

pkt II.9 Załącznika nr 1 – Strzykawka automatyczna zintegrowana z koronarografem

Zamawiający odrzucił ofertę z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. **Odwołujący** nie zgadza się z takim twierdzeniem i uważa, że z treści złożonej oferty wprost wynika, jaki jest producent i model oferowanej w pkt II.9 strzykawki automatycznej. Informacje te zawarte są w innej części oferty niż tabela, a mianowicie na stronach **273-284**.

Z przedstawionych dokumentów, danych technicznych systemu podawania kontrastu wynika, że producentem systemu jest ACIST Medical Systems, a zaoferowany przez **odwołującego** model to system „ACIST CVi”. Przy dokonywaniu oceny oferty **odwołującego** **zamawiający** miał zatem pełną wiedzę, jaki wstrzykiwacz został zaoferowany, a mimo to odrzucił ofertę powołując się na brak podania modelu w załączniku nr 1 (tabela). Nie była to niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a jedynie omyłka, która mogła być poprawiona.

Zamawiający powinien analizować oferty złożone w postępowaniu w całości, a nie podejmować decyzję o ich niezgodności jedynie na podstawie fragmentu. **Odwołujący** potwierdza, że przez pomyłkę nie wskazał w tabeli nazwy modelu i producenta, ale taka

niezgodność w sytuacji, gdy wymagana informacja została jednoznacznie podana w innym załączniku do oferty stanowiącą jej część, nie może skutkować odrzuceniem oferty, a jedynie jest podstawą do skorzystania przez **zamawiającego** z obowiązku poprawienia oczywistych omyłek, który wynika z **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

Z całości oferty jednoznacznie wynika bowiem, jakiego rodzaju strzykawka została zaoferowana, a oferta zawiera nazwę modelu i producenta. Innymi słowy, dokonując podstawowej analizy treści oferty jako całości. **Zamawiający** z łatwością doszedłby do wniosku, jaką strzykawkę zaoferował **Odwolujący** oraz czy jest ona zgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ. W przypadku wątpliwości, które w przypadku postępowań o zamówienia o złożonej naturze mogą się zawsze pojawić, **zamawiający** powinien skorzystać z dyspozycji **art. 87 ust. 2 Pzp**, czyli skorygować inne niż rachunkowe omyłki w ofercie polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odwolujący w tym miejscu pragnie podkreślić, że **zamawiający** badając oferty innych wykonawców złożone w postępowaniu korzystał z dyspozycji **art. 87 ust. 2 Pzp**, a zatem brak zastosowania tego środka do oferty **odwołującego** potwierdza naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w trakcie badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący wnosi zatem o przywrócenie zasady równego traktowania **wykonawców**, uwzględnienie zarzutu, skorzystanie z dyspozycji **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** i uznanie oferty **odwołującego** za ważną w tym punkcie. |

3. pkt II.10 – Załącznika nr 1- Interkom do dwukierunkowej komunikacji

Odwolujący wskazuje, że **zamawiający** odrzucił ofertę z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. **Odwolujący** nie zgadza się z takim twierdzeniem i wskazuje, że z treści oferty złożonej przez **odwołującego** wynika jednoznacznie, że interkom jest na wyposażeniu aparatu głównego, koronarografu Artis zee, którego producentem jest Siemens AG. Powyższe stwierdzenie jednoznacznie wynika z dokumentów składających się na ofertę **odwołującego**, a mianowicie w pierwszej kolejności z potwierdzenia w tabeli (załącznik 1), że **odwołujący** zaoferował interkom oraz z instrukcji obsługi aparatu RTG do wykonywania badań koronarografii Artis zee, w której na **str. 335-336** wskazany jest interkom jako wyposażenie.

Wprawdzie w instrukcji obsługi zaoferowanego przez **odwołującego** aparatu RTG zamieszczone są dwa rysunki odnoszące się do dwóch wersji interkomu, ale każda z tych wersji całkowicie spełnia odnośne wymagania SIWZ. Omyłkowe niewskazanie przez **odwołującego**, który z dwóch interkomów standardowo oferowanych przez Siemens wraz z aparatem RTG zostanie zaoferowany **zamawiającemu**, nie stanowi w żadnym wypadku tego rodzaju wadliwości oferty, która prowadziłaby do jej odrzucenia jako niezgodnej z SIWZ.

Bez względu na to, który z interkomów wskazanych w instrukcji obsługi aparatu RTG zostałby zaoferowany przez **odwołującego**, oferta **odwołującego** byłaby również w tym zakresie zgodna z SIWZ. Innymi słowy, oba interkomy zaoferowane przez **odwołującego** spełniają kryteria techniczne określone w SIWZ, więc absolutnie nieuzasadnione jest twierdzenie o niezgodności oferty złożonej przez **zamawiającego** z SIWZ. Co najwyżej można mówić w tym miejscu o wadliwości oferty w zakresie omyłki popełnionej przy sporządzeniu oferty, niepowodującej jej nieważności.

Odwołujący wnosi zatem o przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców, uwzględnienie zarzutu, skorzystanie z dyspozycji **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** i uznanie oferty **odwołującego** za ważną w tym punkcie.

4. pkt II.12 Załącznika nr 1 – UPS na zasilaniu głównym zapewniający pracę koronarografu

Odwołujący wskazuje, że **zamawiający** odrzucił ofertę z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. **Odwołujący** nie zgadza się z takim twierdzeniem i uważa, że z treści złożonej oferty wprost wynika, jaki jest producent i model oferowanego przez **odwołującego** i wskazanego w **pkt II.12 Załącznika nr 1 do oferty** urządzenia UPS na zasilaniu głównym zapewniającego pracę koronarografu.

Informacje te zawarte są w innej części oferty, a mianowicie na **str. 167 oraz 285-286**. Z przedstawionych dokumentów, deklaracji zgodności (str. 167) oraz danych technicznych wynika, że producentem zaoferowanego przez **odwołującego** urządzenia UPS jest firma Eaton, a zaoferowany typ to Eaton 9355.

Załączone do oferty dokumenty w języku polskim, opisane przez **zamawiającego** w pkt IV oraz V.5 SIWZ, wskazywały na jeden typ urządzenia UPS i dlatego **odwołujący** nie może zgodzić się z **zamawiającym**, że taki stan faktyczny uniemożliwił skorzystanie z dyspozycji **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

W związku z powyższym uzasadnieniem **odwołujący** wnosi zatem o przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców, uwzględnienie zarzutu, skorzystanie z dyspozycji **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** i uznanie oferty **odwołującego** za ważną w tym punkcie.

5. pkt III Załącznika nr 1 – Indywidualne środki ochrony radiologicznej

Odwołujący wskazuje, że **zamawiający** odrzucił ofertę z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. **Odwołujący** nie zgadza się z takim twierdzeniem i uważa, że z treści złożonej oferty wynika, jaki jest producent i modele oferowanych indywidualnych środków ochrony radiologicznej.

Informacje odnośnie producenta zaoferowanych przez **odwołującego** środków ochrony indywidualnej wynikają z załączonych certyfikatów (**strony 168-186 oferty**), których treść jednoznacznie wskazuje, że producentem zaoferowanych fartuchów, osłon oraz okularów ochronnych jest firma INFAB Corporation, natomiast poszczególne modele przedstawione są w innej części oferty, a mianowicie na **stronach 291-303**, gdzie załączone zostały prospekty oferowanych środków ochrony radiologicznej.

Zamawiający był więc w stanie uzyskać wiedzę odnośnie producenta i modeli zaoferowanych pozycji z oferty **odwołującego**, jednakże odrzucił ją opierając się tylko na jednej części oferty (tabela), bez zbadania oferty jako całości, do czego jest prawnie zobowiązany.

Odwołujący przyznaje, że omyłkowo nie wskazał w tabeli nazwy modelu i producenta, ale tego rodzaju wadliwość oferty w sytuacji, gdy w innym załączniku do oferty została zawarta odnośna informacja, nie może skutkować odrzuceniem oferty, a jedynie jest podstawą do skorzystania z obowiązku poprawienia oczywistych omyłek, który wynika z **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

Odwołujący w tym miejscu pragnie podkreślić, że **zamawiający** badając oferty innych **wykonawców** korzystał z dyspozycji **art. 87 ust. 2 Pzp**, a zatem brak zastosowania tego środka przez **zamawiającego** w stosunku do oferty **odwołującego**, potwierdza naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w trakcie badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na potwierdzenie naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez **zamawiającego**, **odwołujący** wskazuje ponadto, że **Wykonawca TMS** w **pkt III tabeli** w ogóle nie podał, jakie typy i modele środków ochrony radiologicznej oferuje, przytaczając jedynie nazwę producenta. Oferta **wykonawcy TMS** została uznana przez **zamawiającego** za spełniającą warunki SIWZ i nie podlegająca odrzuceniu. Takie działanie wskazuje bezpośrednio na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Podobnie, za ważne w tym punkcie uznał **zamawiający** oferty złożone przez innych wykonawców: GE Medical System Polska Sp. z o.o. oraz Alteris S.A pomimo, że zawierały sprzeczne, niepełne informacje i wskazywały na produkty nie spełniające wymogów **zamawiającego**.

Wykonawcy w punkcie III. Indywidualne środki ochrony radiologicznej podali informacje:

„oferowany model/typ: PR 05 mm Pb/, SR 1,1 mm Pb/, OM 0,75 Pb/, JA 0,25 mm Pb/ DG 25.mm Pb/ Tarczyca osłona stójka ze śliniakiem 0,5 mm Pb/ Okulary ochronne Pulse Eyewear”.

Odwołujący wskazuje, że **zamawiający** w tym punkcie wymagał zaoferowania:

Fartuch ochronny jednoczęściowy

Osłona na tarczycę

Okulary ochronne

Tymczasem wykonawcy GE Medical System Polska Sp. z o.o oraz Alteris S.A podali jako oferowany model powyższych środków ochrony radiologicznej następujące typy:

SR 1,1 mm PB – czyli ruchomą szybę rentgenoochronną (zgodnie z informacją producenta jak również załączonymi do oferty dokumentami);

PR 0,5 mm Pb – czyli prowadnicę do stołu operacyjnego z ochroną RTG (zgodnie z informacją producenta jak również załączonymi do oferty dokumentami);

DG 0,25 mm PB – garsonkę składającą się z dwóch części, kamizelki i spódnicy (zgodnie z Informacją producenta jak również załączonymi do oferty dokumentami).

Zamawiający wymagał fartuchów jednoczęściowych.

Powyższe modele środków ochrony radiologicznej nie odpowiadają zatem wymaganiom **zamawiającego** określonym w tym punkcie SIWZ. Dodatkowo, w zakresie osłony na tarczycę, **Wykonawcy** nie podali ani modelu ani typu, powtórzyli jedynie nazwę wymaganych akcesoriów (w katalogu producenta BETA osłona na tarczycę ma przypisany typ, np. ochrona tarczycy typ AT).

Odwołujący podniósł również fakt, że zaoferowane przez **wykonawców TMS, GE Medical System oraz Alteris** Indywidualne środki ochrony radiologicznej firmy BETA w zakresie poz. nr 1 czyli fartuchów jednoczęściowych lekkich z tworzywa bezołowiowego nie spełniają wymagań opisanych przez **zamawiającego**.

Fartuchy z tworzywa Xenolite produkowane przez firmę BETA. zgodnie z informacją uzyskaną od producenta, nie spełniają wymogów w zakresie antybakteryjności (a był to wymóg **zamawiającego** zgodnie z opisem w pkt III.1). Oznacza to, że oferty tych wykonawców nie spełniają wymogów SIWZ i powinny być odrzucone na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Pomimo wyżej wykazanej niezgodności ofert **wykonawców TMS, GE Medical System oraz Alteris** z SIWZ **zamawiający** ich nie odrzucił. Działania **zamawiającego** potwierdzają zatem raz jeszcze naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w trakcie oceny ofert przeprowadzonej w postępowaniu

W zakresie oferty złożonej przez **wykonawcę Philips Polska odwołujący** pragnie zwrócić uwagę, że wypisane przez **Wykonawcę** nazwy oferowanych modeli w tabeli stanowiącej część oferty, np. w opisie okularów ochronnych, zawierały ponad 20 różnych pozycji – modeli (wymagane było 8 sztuk). Trudno uznać więc, że tak przedstawiona oferta, pomimo że z formalnego punktu widzenia zawierała wskazanie modeli środków ochrony

indywidualnej w tabeli (Załącznik nr 1), jest jednoznaczna pod względem konkretyzacji, jakie konkretne modele zaoferował **Wykonawca**.

Zamawiający w Załączniku nr 1 do oferty (tabela) w punktach III.1, 2, 3 przewidział w SIWZ, że konkretne, szczegółowe wymagania odnośnie środków ochrony indywidualnej będą uzgodnione z **zamawiającym** przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana. Oznacza to, że podanie katalogu modeli i producenta środków ochrony indywidualnej spełniających wymagania SIWZ w załączniku do oferty innym niż tabela powoduje, że oferta nie może zostać uznana za niezgodną z SIWZ. Szczegóły zastosowania konkretnych modeli będą bowiem przedmiotem odrębnych ustaleń, co **zamawiający** przewidział w SIWZ.

W związku z powyższym uzasadnieniem **odwołujący** wnosi o przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców, uwzględnienie zarzutu **odwołującego**, skorzystanie z dyspozycji **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** i, w konsekwencji uznanie oferty **odwołującego** za ważną w tym punkcie a także o odrzucenie ofert **wykonawców TMS, GE Medical System oraz Alteris** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnych z SIWZ

II. Odrzucenie oferty z uwagi na brak podania ilości dni w pkt I.13

W punkcie I.13 Załącznika nr 1 **zamawiający** opisał warunek/parametr techniczny i funkcjonalny w następujący sposób:

„Minimalny czas naprawy przedłużający okres gwarancji ≤ 3 dni”

W kolumnie „wymagania graniczne” tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do oferty **zamawiający** wpisał: „TAK, podać”, co oznacza, że warunkiem granicznym jest spełnienie opisu parametru.

Zamawiający odrzucił ofertę **odwołującego** z uwagi na brak podania konkretnej liczby dni w zakresie od 1 do 3. **Odwołujący** pragnie podkreślić, że warunek przedstawiony w punkcie I.13 był warunkiem granicznym, nie podlegającym ocenie. Oznacza to, że podanie przez **wykonawcę** terminu krótszego, np. 1 dzień, skutkuje taką samą zgodnością oferty z SIWZ, jak podanie terminu maksymalnego 3 dni. Za krótszy termin nie przysługiwały wykonawcy dodatkowe punkty.

Odwołujący w swojej ofercie potwierdził spełnianie tego warunku granicznego wpisując słowo „TAK”, czyli potwierdził, że minimalny czas naprawy przedłużający okres gwarancji wynosi ≤ 3 dni. **odwołujący** nie zgadza się z decyzją **zamawiającego** i pragnie podkreślić, że przy braku oceny tego parametru potwierdzenie spełniania jest równoznaczne z akceptacją wymogów i nie może skutkować odrzuceniem oferty. Brak podania liczby dni nie zmienia w żaden sposób treści oferty, nadal warunek graniczny jest spełniony.

Dodatkowo **odwołujący** wskazuje, że w ofercie złożonej przez **innego wykonawcę**, a mianowicie **wykonawcę TMS**, w tym punkcie tabeli została wpisana wartość „TAK, zgodnie

z opisem parametru < 3 dni”, logicznie rzecz ujmując, ma taką samą wartość dla **zamawiającego**, co potwierdzenie spełnienia warunku granicznego przez **odwołującego** samym słowem „TAK”. Zarówno **wykonawca TMS** jak i **odwołujący** potwierdzili spełnienie warunku granicznego i oferty w tym punkcie są jednakowe co do treści, inna jest jedynie forma, w jakiej potwierdzono spełnienie warunku.

Działania **zamawiającego** skutkujące odrzuceniem oferty **odwołującego** przy jednoczesnym uznaniu oferty **wykonawcy TMS** za ważną jest w przedstawionych powyżej okolicznościach naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi zatem przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców, uwzględnienie zarzutu i uznanie oferty **odwołującego** za ważną w tym punkcie.

Biorąc pod uwagę powyższe uzasadnienie **odwołujący** wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem podniesionych w treści odwołania zarzutów i żądań.

Odwołujący wskazuje na niezgodne z prawem czynności **zamawiającego** podjęte w trakcie procesu oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, w szczególności na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu, w ofercie **odwołującego** stwierdzone niezgodności mają charakter jednoznacznie omyłki (przeoczenie uzupełnienia pola producent/model). Przepis **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** obliguje **zamawiającego** do poprawienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeśli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez **zamawiającego** niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W ofercie **odwołującego**, jak wykazano powyżej, zaszły obydwie okoliczności i poprawienie przez **zamawiającego** tych omyłek nie zmieni treści oferty, a jedynie doprowadzi do równego traktowania wszystkich wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu. Jedynie w stosunku do niektórych wykonawców **zamawiający** zastosował mechanizm poprawiania oczywistych omyłek, zarówno rachunkowych jak i pisarskich i nie uznał ich ofert za nieważne. Takie postępowanie należało zastosować – zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców – także w stosunku do **odwołującego**.

W związku z powyższym uzasadnieniem, skorzystanie ze środka ochrony prawnej przez **odwołującego** jest w pełni uzasadnione i konieczne, a **odwołujący** podtrzymuje swoje żądania wyrażone w odwołaniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 14.05.2015 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **15.05.2015 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

18.05.2015 r. wykonawca **GG** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego odwołującego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **27.05.2015 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). **Zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego (dowód nr 1) wydruk z maila otrzymanego przez odwołującego od BHU Beta (producent fartuchów ochronnych), na którego podstawie odwołujący wywodzi, że fartuchy tego producenta nie posiadają cechy antybakteryjności, a zgodnie z wymaganiami specyfikacji powinny być antybakteryjne – **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

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

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.

W ocenie Izby, zarzuty pierwszy naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez bezpodstawne odrzucenie oferty **odwołującego** oraz zarzut czwarty naruszenia **art. 87 ust. 1 i 2 Pzp** – przez zaniechanie wezwania **odwołującego** do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał w rozdz. IV ust. 2 pkt 1 specyfikacji oraz w zał. nr 1 do specyfikacji podania w ofercie przez wykonawcę modelu lub typu i producenta oferowanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wskazał w ofercie tych konkretnych danych dla:

- 1) II.6 systemu do ultrasonografii wewnętrznej IVUS oraz gradientu przezzwężeniowego FFR;
- 2) II.9 strzykawka automatyczna zintegrowana z koronografem;
- 3) II.10 interkom dla dwukierunkowej komunikacji;
- 4) II.12 UPS na zasilaniu głównym zapewniający pracę koronografu;
- 5) III indywidualne środki ochrony radiologicznej.

Przedstawione przez **odwołującego** w ofercie dane mogą wskazywać na kilka modeli, z których zamawiający miałby wybierać konkretny przedmiot zamówienia, a to nie jest zgodne z wymaganiami **zamawiającego** postawionymi w specyfikacji, a szczególnie mogłoby być potraktowane jako zaoferowanie rozwiązań wariantowych. Jednak zamawiający nie przewidział składania ofert wariantowych i nie wprowadził takich postanowień do specyfikacji. Zamawiający wyraził to w cz. I ust. drugi 3 specyfikacji (str. 2) »Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych«. Przepis art. 36 ust. 2 pkt 4 wyraźnie na to wskazuje »W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również [...] opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie«, a więc zamawiający po upływie terminu składania ofert nie mógł postanowić o dopuszczeniu do składania ofert wariantowych i dopuścić oferty **odwołującego** do etapu oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z załącznikiem 1 do specyfikacji wykonawcy mieli podać w rubryce II.6 (str. 9) oferowany typ, model i producenta oferowanego systemu do ultrasonografii wewnętrznej IVUS oraz gradientu przezzwężeniowego FFR. Na str. 198 oferty **odwołujący** nie wprowadził tych danych. Dane te również nie pojawiły się w innych miejscach oferty, a z odwołania można odczytać, że cyt. »Informacje te są zawarte w innej części oferty niż tabela, a mianowicie na stronach 111-113 oraz 268-272. Z przedstawionych dokumentów, deklaracji zgodności jak również danych technicznych wynika, iż producentem systemu jest Volcano Corporation, a oferowany model to system „Core Zintegrowany system precyzyjnego naprowadzania”«.

Z danych zawartych na tych stronach oferty wynika, że odwołujący zaoferował system bez sprecyzowania którego z trzech typów opcjonalnych i którego z 7 zestawów modelowych oferta dotyczy.

Podobnie deklaracje w ofercie dotyczące rubryki II.9 strzykawki automatycznej zintegrowanej z koronografem nie zostały przedstawione wprost w przeznaczonych do tego rubryce II.9 ani dostatecznie doprecyzowane na str. 273-284 oferty. Z dokumentów oferty zawartych na stronach 273-284 wynika, że oferowany przedmiot jest produkowany w 4 krajach, a odwołujący nie doprecyzował, który konkretnie przedmiot zostanie zaoferowany.

Także oferowanie w rubryce II.10 interkomu dla dwukierunkowej komunikacji nie jest jednoznacznie doprecyzowane. Stwierdził to nawet sam odwołujący w odwołaniu, pisząc na str. 335 i 336 oferty, cyt. »Wprawdzie w instrukcji obsługi zaoferowanego przez odwołującego aparatu RTG zamieszczone są dwa rysunki odnoszące się do dwóch wersji interkomu, ale każda z tych wersji całkowicie spełnia odnośne wymagania SIWZ«.

Również odwołujący nie doprecyzował danych dotyczących rubryki II.12 (str. 207 i 286 oferty) UPS na zasilaniu głównym zapewniający pracę koronografu. Z przedstawionych na str. 207 i 286 oraz 167, 285 i 286 a wskazanych w odwołaniu danych nie można jednoznacznie wywnioskować jakiego konkretnego urządzenia oferta dotyczy.

Ponadto odwołujący nie doprecyzował na str. 207 oferty danych wymaganych w rubryce III dotyczących indywidualnych środków ochrony radiologicznej. Odwołujący także nie dokonał tego na str. 291-303 oferty, gdzie przedstawił kilka wariantów tych środków.

Izba stwierdza, że dokonywanie wyboru odpowiedniego przedmiotu zamówienia jest zadaniem wykonawcy, które wykonuje przez zaoferowanie jednoznacznego przedmiotu w ofercie. Natomiast zadaniem zamawiającego jest przedstawienie swoich potrzeb w specyfikacji, co musi mieć miejsce przed upływem terminu składania ofert. Dlatego **zamawiający**, na podstawie rozpoznawanych postanowień specyfikacji nie może dokonywać wyborów odpowiednich opcji przedmiotu zamówienia przedstawionych przez **odwołującego** w ofercie.

Również izba wzięła pod uwagę możliwość poprawienia przez **zamawiającego** w ofercie omyłek na podstawie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**, który to przepis 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«. Jednak przesłanki do poprawienia odpowiednich miejsc w ofercie muszą wynikać z samej oferty, a nie jak o to wnosi odwołujący aby zamawiający poprawił w ofercie inne omyłki po uprzednim zażądaniu od odwołującego wyjaśnień na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp**, który to przepis 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». Aby dokonać poprawek w ofercie odwołującego zamawiający musiałby wypytać odwołującego o jednoznaczne wskazanie odpowiednich miejsc w ofercie, które ma wziąć pod uwagę podczas badania ofert, a które miejsca powinien pominąć. Takie kontakty zamawiającego z wykonawcą (odwołującym) zdaniem Izby naruszałyby przepis **art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp**. Jednak zamawiający nie miał kontaktów z odwołującym w przedstawionym wyżej zakresie, dlatego nie można stwierdzić naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp**. Również nie można stwierdzić naruszenia tego przepisu ze względu na brak zażądania przez zamawiającego do odwołującego wyjaśnień, gdyż takie żądanie może być wystosowane tylko gdy treść oferty budzi wątpliwości, a nie – jak w rozpoznawanym przypadku – gdy wykonawca (odwołujący) przedstawił w ofercie wiele możliwości, z których niektóre bądź nawet wszystkie spełniają wymagania zamawiającego.

Zamawiający, na podstawie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** ma obowiązek poprawić w ofercie inne omyłki, ale poprawa ta nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty. W rozpoznawanym przypadku poprawa doprowadziłaby do skonfigurowania oferty bez gwarancji, że byłaby to konfiguracja optymalna, a szczególnie bez zagwarantowania niezawodności przedmiotu zamówienia, jaka to niezawodność powinna, a w zasadzie musi cechować wyroby mające mieć zastosowanie w takich dziedzinach jak badanie koronograficzne.

Zamawiający również zakwestionował brak podania w ofercie minimalnego czasu naprawy przedłużającego okres gwarancji. Zamawiający wymagał podania liczby dni, a odwołujący w swojej ofercie wpisał w rubryce 13 str. 190 oferty tylko wyraz »TAK«, a nie dopełnił obowiązku podania liczby dni. Także te dane nie mogą być uzupełnione w ramach zastosowania **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**, gdyż nie ma podstaw do wpisania tam jakiegokolwiek liczby. Także odwołujący nie wskazał podstaw do wpisania w rubryce 13 jakiegokolwiek wartości. Samo wskazanie wartości »≤3« już dałoby zamawiającemu podstawę do stwierdzenia, że oferta w tym zakresie spełnia wymogi specyfikacji, natomiast brak wskazania jakiegokolwiek liczby nie może prowadzić do zastosowania się do przepisu **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** i wpisania liczby z wymaganego przez zamawiającego zakresu.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że zarzuty pierwszy naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** oraz czwarty naruszenia **art. 87 ust. 1 i 2 Pzp** nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** – przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców oraz zarzut trzeci naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** – przez wybranie oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w szczególności zasady równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący przedstawił dowód nr 1 – wydruk maili z ogólnej korespondencji między odwołującym a producentem BETA, której wyrób został zaoferowany przez przystępującego jako spełniający wymagania zamawiającego w zakresie rubryki III dotyczącej indywidualnych środków ochrony radiologicznej. Odwołujący zamierzał wykazać z użyciem tego maila, że produkt wytwórcy BETA nie jest antybakteryjny. Jednak przystępujący przedstawił z pismem procesowym z 26 maja 2015 r. kopię pisma tego samego producenta, gdzie szczegółowo wytwórca BETA stwierdził, że warunki m.in. antybakteryjności wymagane przez zamawiającego cyt. »zostały uznane za specjalne zamówienie firmy TMS za możliwe do zrealizowania zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ z zastrzeżeniem, że materiał zewnętrzny okrywający tworzywo chroniące przed promieniowaniami dla fartuchów ochronnych jednoczęściowych i osłon na tarczycę, nie będzie ognioodporny«. Biorąc pod uwagę szczegółowość deklaracji przedstawicieli producenta BETA i zawarcie dokładnych informacji ze znajomości konkretnej specyfikacji w rozpoznawanym postępowaniu Izba uznała, że oferta **przystępującego** właściwie spełnia wymagania **zamawiającego**.

Tym niemniej **zamawiający** w trakcie wykonania umowy będzie musiał dbać o właściwe zapewnienie przez wykonawcę spełniania wymogów specyfikacji przez zaoferowany przedmiot zamówienia, zgodnie ze szczególnie § 1 ust. 2 i 3 oraz § 2 ust. 4, 7 i 9 wzoru umowy, gdzie zostało szczegółowo uregulowane co jest przedmiotem umowy [§ 1 ust. 2], jaki stopień staranności w wykonaniu umowy ma być zachowany przez wykonawcę [§ 1 ust. 3], kto odpowiada za jakość przedmiotu zamówienia [§ 2 ust. 4] i możliwość kontroli wykonania przedmiotu umowy [§ 2 ust. 7 i 9].

Również odwołujący nie zdołał wykazać, że w ofercie **przystępującego** brak jest podania typów i modeli środków ochrony radiologicznej, jednak Izba stwierdza, że przystępujący nie wziął pod uwagę treści stron 114-116 oferty przystępującego, gdzie zostało szczegółowo podane jakie typy środków ochrony radiologicznej **przystępujący** zaoferował.

Wobec braku podstaw do odrzucenia oferty przystępującego i konieczności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta przystępującego.

Izba stwierdza, że zarzut drugi naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** i zarzut trzeci naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** – nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

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

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony.

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 wynagrodzenia pełnomocnika **zamawiającego** w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: