

Sygn. akt KIO 2482/18

WYROK

z dnia 20 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 grudnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Dziecięcy z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytecki Szpital Dziecięcy z siedzibą w Krakowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę, montaż, uruchomienie, instruktaż rezonansu magnetycznego wraz z modernizacją pracowni rezonansu magnetycznego na potrzeby tworzonego Centrum Urazowego dla Dzieci*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 września 2018 r. pod numerem 2018/S 169-384338.

W dniu 3 grudnia 2018 r. wykonawca Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Siemens”, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty Siemens, dokonanie czynności odrzucenia oferty Siemens oraz powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że zaproponowany przez Siemens system MAGNETOM Aera nie spełnia wymogu zamieszczonego w pkt I.1.10 Załącznika nr 3 do SIWZ, w Części II - ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH I WARUNKI GWARANCJI. W ocenie Odwołującego Siemens zaoferował system o parametrach nieakceptowanych przez Zamawiającego, bowiem zaoferowana wartość wynosi $50 \times 50 \times 45 \text{ cm}^3$, a nie tak jak tego wymagał Zamawiający (zgodnie z odpowiedziami z dnia 30.10.2018 r.) wartość typowa mierzona metodą Volume-root-mean-square w dużej kuli o średnicy 50 cm. Stwierdził, iż zobowiązanie Siemens wyrażone w ofercie jest niezgodne z zakresem zobowiązania, które zostało opisane w SIWZ. Zaniechanie odrzucenia oferty Siemens stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, bowiem sankcjonuje nierówne traktowanie wykonawców (dopuszcza wybiórcze egzekwowanie postanowień SIWZ).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 18 grudnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie,

wnosząc również o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień Przystępującego z dnia 23 listopada 2018 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 grudnia 2018 r.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest dostawa, montaż, uruchomienie i instruktaż rezonansu magnetycznego wraz z modernizacją pracowni rezonansu magnetycznego na potrzeby tworzonego Centrum Urazowego dla Dzieci. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 3 do SIWZ - Kalkulacja Cenowa - Zestawienie Parametrów Technicznych i Warunki Gwarancji.

Zgodnie z Rozdziałem X pkt 3 SIWZ oferta winna zawierać m.in. *wypełniony i podpisany Formularz Ofertowy – załącznik nr 2 do SIWZ oraz wypełniony i podpisany Formularz – Kalkulacja Cenowa – Zestawienie Parametrów Technicznych i Warunki Gwarancji – załącznik nr 3 do SIWZ*. W pkt I.1.10 w Części II - ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH I

WARUNKI GWARANCJI Załącznika nr 3 do SIWZ Zamawiający określił następujący parametr: *Homogeniczność pola magnetycznego, wartość typowa mierzona metodą Volume-root-mean-square w dużej kuli o średnicy 50 cm* (kolumna druga tabeli), gdzie wskazał parametr oczekiwany: $\leq 3,0 \text{ ppm}$ (kolumna trzecia tabeli), a wykonawca miał podać parametr oferowany (kolumna czwarta tabeli). Nadto, w punktach XVII.1.1. — XVII.1.3. (Parametry skanowania) Zamawiający określił wymagania dotyczące maksymalnego pola widzenia aparatu (FoV): w płaszczyźnie poprzecznej x/y — minimum 50 cm, w osi podłużnej z (statycznie) — minimum 45 cm, w osi podłużnej z (zakres skanowania z przesuwem stołu pacjenta) — minimum 180 cm.

Parametr dotyczący homogeniczności pola magnetycznego był przedmiotem pytań wykonawców w ramach procedury wyjaśnień treści SIWZ, w szczególności w ramach pytania nr 3 oraz nr 47:

Pytanie 3: Zamawiający w punkcie 1.1.10. Załącznika nr 3-1 do SIWZ wymaga, aby Homogeniczność pola magnetycznego, wartość typowa mierzona metodą Volume-root-mean-square w dużej kuli o średnicy 50 cm, była nie większa niż 3,0 ppm. Tak sformułowane wymaganie uniemożliwia złożenie oferty naszej firmie. Czy w celu umożliwienia naszej firmie złożenie oferty, Zamawiający dokona korekty punktu, przykładowo do następującej postaci:

Lp.	Opis parametru	Parametr oczekiwany	Parametr oferowany	Zasady dokonywania oceny
1.10	<i>Homogeniczność pola magnetycznego, wartość typowa mierzona metodą Volume-root-mean-square w dużej kuli o średnic 50 cm.</i>	$\leq 3,3 \text{ ppm};$	<i>podać wartość</i>	<i>Wartość najbardziej korzystna- 1 pkt. Pozostałe - 0 pkt</i>

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zaproponowaną zmianę i modyfikuje treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie: W części II Załącznika nr 3-1 do siwz - KALKULACJA CENOWA.ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH I WARUNKI GWARANCJI w zakresie pozycji I 1.10. w kolumnie „parametr oczekiwany” dotychczasowy zapis zastępuje się zapisem o treści $\leq 3,3 \text{ ppm};$

Pytanie 47: Dotyczy Załącznika nr 3-1 do siwz, część II „ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH I WARUNKI GWARANCJI”, Sekcja I. „Magnes”, punkt 1.10. Prosimy o możliwość zaoferowania aparatu, w którym homogeniczność pola (wartość typowa mierzona metodą Volume-root-mean-square) dla maksymalnego wymiaru zdefiniowana została w

objętości $50 \times 50 \times 45 \text{ cm}^3$ i wynosi ona $3,1 \text{ ppm}$. Akceptacja tego postulatu nie ogranicza funkcji urządzenia, a dopuszcza możliwość złożenia oferty przez naszą firmę w niniejszym postępowaniu.

Odpowiedź: Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 3.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 8 listopada 2018 r. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie niniejszego zamówienia kwotę $6\,046\,241,63 \text{ zł}$ brutto. W wyznaczonym terminie złożono dwie oferty: wykonawcy Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę $5\,679\,556,99 \text{ zł}$ oraz wykonawcy Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach na kwotę $6\,044\,208,01 \text{ zł}$.

Przystępujący w swojej ofercie podał w pkt I.1.10 w kolumnie trzeciej (parametr oczekiwany): $\leq 3,3 \text{ ppm}$; Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytania do SIWZ z 30.10.2018 r., w kolumnie czwartej (parametr oferowany): Tak, $3,1 \text{ [ppm]}$ Dokument MAGNETOM Aera, Tim [204x24] XJ Gradients. str. 3. Następnie, Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Siemens do złożenia wyjaśnień dotyczących spełniania przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań opisanych w poz. I.1.10. Załącznika nr 3 do SIWZ - KALKULACJA CENOWA-ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH I WARUNKÓW GWARANCJI, podnosząc iż w toku badania oferty powziął wątpliwość w zakresie spełniania przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań dotyczących homogeniczności pola magnetycznego. Zamawiający wskazywał, że z treści załącznika do oferty wynika, że w pozycji 1.10 wymagana wartość tj. $\leq 3,3 \text{ ppm}$, została zmierzona metodą volume-root-mean-square dla objętości sferycznej $50 \times 50 \times 45 \text{ cm}^3$ a zatem w jego ocenie pomiar został dokonany z zastosowaniem innej bryły aniżeli wskazana w pozycji I.1.10 Załącznika nr 3 do SIWZ.

Pismem z dnia 23 listopada 2018 r. wykonawca Siemens udzielił wyjaśnień, stwierdzając że *W przypadku punktu 1.1.10. (50 cm) podana wartość wynosi $3,1 \text{ ppm}$ i zgodnie z danymi producenta jest ona mierzona dla objętości sferycznej $50 \times 50 \times 45 \text{ cm}^3$ (X x Y x Z). Jest to jednocześnie największa specyfikowana przez producenta objętość obrazowania w zaoferowanym modelu. Odpowiada ona maksymalnemu statycznemu polu widzenia (FoV) zaoferowanego aparatu, które wynosi właśnie $50 \times 50 \times 45 \text{ cm}^3$ (X x Y x Z). (...) Ponadto w punkcie V.1.3. Zamawiający wymaga podania zakresu badania [= skanowanie] bez konieczności repozycjonowania pacjenta — minimum 180 cm. Udzielono odpowiedzi 205 cm. Zaoferowany aparat umożliwia zatem wykonywanie badania w maksymalnym polu widzenia (FoV) wynoszącym 50 cm w płaszczyźnie poprzecznej X/Y i 205 cm w osi podłużnej Z. Czyli maksymalna objętość obrazowania, z przesuwem stołu pacjenta, wynosi $50 \times 50 \times 205 \text{ cm}^3$. Wartości homogeniczności są podawane przez producenta dla pomiarów bez przesuwu stołu*

pacjenta, ale będą zawsze takie same niezależnie od jego położenia. Maksymalna specyfikowana objętość odpowiada więc objętości maksymalnego statycznego pola widzenia. W tym przypadku 50 x 50 x 45 cm³, dla której homogeniczność wynosi – 3,1 ppm. W sytuacji, kiedy możemy uwzględnić skanowanie z przesuwem stołu pacjenta (nasz przypadek), wynik pomiaru homogeniczności będzie odpowiadał objętości maksymalnego pola widzenia aparatu (FoV) z przesuwem stołu pacjenta. W tym przypadku 50 x 50 x 205 cm³, dla której homogeniczność wynosi również 3,1 ppm (uwzględniając przesuw stołu). Ponieważ kula o średnicy 50 cm mieści się w objętości 50 x 50 x 205 cm³, to homogeniczność 3,1 ppm odnosi się również do niej, co jednoznacznie potwierdza, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego postawione w załączniku nr 3-1 do SIWZ - KALKULACJA CENOWA-ZESTAWIENIE PATRAMETRÓW TECHNICZNYCH I WARUNKÓW GWARANCJI.

Zamawiający uznał ww. wyjaśnienia i w dniu 23 listopada 2018 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami Stron i Przystępującego oraz analizie przywołanych przez nich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Siemens. SIWZ nie precyzowała sposobu realizacji kwestionowanego parametru (homogeniczności pola magnetycznego), nie zawierała zastrzeżenia, że ma on być spełniony bez przesuwu stołu czy z jego przesuwem. Fakt, że producenci sprzętu podają wartości homogeniczności bez przesuwu stołu nie przesądza wcale, że Zamawiający również oczekiwał takiego pomiaru.

Złożone odwołanie dowodzi, że wykonawcy w różny sposób rozumieli postanowienia zawarte w SIWZ. Odwołujący wymóg homogeniczności pola magnetycznego, określony w pkt I.1.10, czytał literalnie, natomiast Przystępujący łącznie z innymi parametrami, co też potwierdzają złożone przez niego wyjaśnienia z dnia 23 listopada 2018 r. Nadto, Odwołujący nie kwestionował określonego przez Przystępującego parametru odnoszącego się do zakresu badania bez konieczności repozycjonowania pacjenta, czyli również parametru związanego z funkcjonowaniem urządzenia. Izba podzieliła argumentację prezentowaną przez Zamawiającego, że parametry określone w specyfikacji, w tym dotyczące maksymalnego pola widzenia aparatu, należało czytać łącznie, biorąc pod uwagę cel udzielanego zamówienia.

Należy podkreślić, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne

i klarowne, w tym co do poszczególnych parametrów sprzętu, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Artykułu 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie można interpretować w sposób rozszerzający, co oznacza, że odrzucenie oferty wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy. Tym samym wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku szczegółowego opisu sposobu oceny takiego parametru. Wymagania zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia nie mogą być przedmiotem domysłów ze strony wykonawców, a zaniedbania, braki czy inne nieścisłości w tym zakresie nie mogą rodzić dla nich tak dotkliwych konsekwencji jak odrzucenie oferty. Przystępujący przygotował ofertę w oparciu o postanowienia SIWZ i nie sposób zarzucić mu w tym zakresie jakiegokolwiek niezgodności.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty wykonawcy Siemens, czym potwierdził, że równo traktuje wykonawców w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: