

**WYROK**  
z dnia 28 maja 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2019 r. przez odwołującego: **Siemens Healthcare sp. z o.o.** (ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki w Krakowie** (ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków)

przy udziale zgłaszającego przystąpienie wykonawcy: **TMS Sp. z o.o.** (ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa) – po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - **Siemens Healthcare sp. z o.o.** (ul. Żupnicza 11 03-821 Warszawa) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego - **Szpital Uniwersytecki w Krakowie** (ul. Kopernika 36 31-501 Kraków) kwotę 835 zł 00 gr (słownie: osiemset trzydzieści pięć złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 750 zł 00 gr oraz tytułem opłat od pełnomocnictw w kwocie 85 zł 00 gr.

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

.....

## Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Szpital Uniwersytecki w Krakowie, którego przedmiotem jest: „Dostawa tomografu komputerowego z opcją wirtualnej symulacji 3D przeznaczonego dla Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego (NSSU) wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu oraz z konieczną adaptacją pomieszczeń”. Nr sprawy NSSU.DFP.271.27.2018.ADB. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 grudnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 248-572705. Wnoszący odwołanie wykonawca Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art.87 ust 1, 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp oraz art. 84 ust 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TMS (ewentualnie również naruszenie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp),
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TMS podlegającej odrzuceniu).

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty TMS jako najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania; (2) a. odrzucenia oferty wykonawcy TMS po anulowaniu niezgodnej z Pzp czynności poprawienia omyłki z powodów opisanych w odwołaniu (ewentualnie wykluczenia TMS z postępowania) oraz b. odrzucenia oferty wykonawcy TMS z powodu niepodania w treści oferty nazwy oferowanego oprogramowania, (3) powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem faktu złożenia w postępowaniu tylko dwóch ofert spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Stwierdził, że oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 6.05.2019r. została uplasowana na drugiej pozycji przy dwóch złożonych w postępowaniu ofertach. W sytuacji zatem odrzucenia kwestionowanej oferty TMS jedyną pozostałą ważną ofertą będzie oferta Odwołującego. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

## 1. Przedmiot zamówienia.

Przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z pkt 3.1 SIWZ dostawę tomografu komputerowego z opcją wirtualnej symulacji 3D przeznaczonego dla Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego (NSSU) wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu oraz z konieczną adaptacją pomieszczeń. W szczególności przedmiot zamówienia obejmuje także System zmotoryzowanych centratorów laserowych (3D).

## 2. Treść oferty wykonawców w Postępowaniu.

W Rozdziale 10 SIWZ Zamawiający postanowił, że:

10.2. Do oferty składanej w formie elektronicznej należy dołączyć następujące dokumenty w formie oryginału podpisanego przez Wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym pod rygorem nieważności:

10.2.1. Wypełniony i podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy formularz oferty, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji.

10.2.2. Wypełniony i podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy opis przedmiotu zamówienia, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do specyfikacji.

Jednocześnie Zamawiający przesądził w SIWZ, że dokumenty określone w punkcie 10.2.1-10.2.2 specyfikacji stanowią ofertę, w związku z tym nie będą podlegały procedurze uzupełnienia, określonej w art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający w treści SIWZ w sposób jednoznaczny odróżnił treść oferty od dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego w rozumieniu § 13 ust 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126).

Zgodnie z SIWZ:

6.5. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów (wezwanie zostanie przekazane wykonawcy poprzez udostępniony przez Zamawiającego kanał elektronicznej komunikacji pod adresem: <http://www.jednoitydokumentzamowienia.pl/> i/lub za pośrednictwem poczty elektronicznej):

6.5.1. Dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego:

6.5.1.1. Materiały firmowe - no. foldery, katalogi, karty charakterystyki, instrukcja lub wyciąg z instrukcji, dokumentacja techniczna, świadectwa rejestracji oświadczenia producenta - potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry.

Zamawiający prosi o zaznaczenie w złożonych materiałach firmowych zapisów potwierdzających spełnienie wymaganych parametrów, z dopisaniem punktu z załącznika nr 1a do specyfikacji, w którym został opisany potwierdzony parametr.

6.5.1.2. Certyfikat lub Deklaracja zgodności CE dla oferowanych urządzeń/wyrobów.

Zatem jak wynika z powyższych ustaleń, informacje jakie zawarte zostały w formularzu Opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1a do SIWZ, identyfikowały przedmiot oferty wykonawcy co do tożsamości (w szczególności w zakresie tak marki i modelu oferowanego sprzętu jak i jego komponentów, ukończenia, akcesoriów oraz oprogramowania). Powyższe zaś oznacza, że dokument zawiera treść oferty sensu stricto jaką złożył wykonawca w postępowaniu, bowiem wskazuje na zaoferowany i wyceniony przedmiot.

Powyższe implikuje skutek w postaci konieczności weryfikacji przez Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert czy zaoferowane przez wykonawcę elementy świadczenia są zgodne z SIWZ, w szczególności, odpowiadają szczegółowemu opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ.

2. Uwzględniając brzmienie art. 84 ust 1 Pzp nie jest dopuszczalne modyfikowanie treści oferty wykonawcy po upływie terminu składania ofert w postępowaniu. Zmiany, względnie wycofanie oferty, są dopuszczalne wyłącznie na etapie poprzedzającym składanie ofert w postępowaniu.

Ponadto, zgodnie z art. 87 ust 1 Pzp poza wyjaśnianiem treści SIWZ na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty ani tym bardziej jej negocjowanie. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest przepis art. 87 ust 2 Pzp jednak jego zastosowanie jest znacząco limitowane, co zostanie przedstawione poniżej w uzasadnieniu odwołania.

Jak podkreśla zarówno orzecznictwo Izby jak i Trybunału Sprawiedliwości UE - zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wskazał na wyrok z 4 maja 2017 r. w sprawie C- 387/14 Esaprojekt; wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 36; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31).

Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy przedmiot oferty miał być zidentyfikowany co do tożsamości niedopuszczalne w szczególności byłoby posługiwanie się, w sytuacji sprzeczności zaoferowanych urządzeń z SIWZ, ogólnymi oświadczeniami zawartymi w formularzach, które stanowią ogólne zapewnienie o zgodności oferty z wymaganiami. (tak przykładowo: wyrok KIO 1045/17).

Przepis art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p. kreuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, przy czym owa niezgodność winna dotyczyć świadczenia, a więc jego przedmiotu lub zakresu. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że ewentualnie zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp wykonawca TMS winien być dodatkowo wykluczony z postępowania z powodu podania w zakresie funkcjonalności zaoferowanego urządzenia w poz. 66 w ofercie informacji nieprawdziwych. Zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp wykluczeniu obligatoryjnie podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mamy do czynienia z danymi, które stanowią jednocześnie treść oferty i potwierdzają parametry wymagane przez Zamawiającego (art 24 ust 1 pkt 17 Pzp) - niespełnienie kwestionowanych wymagań skutkowałoby odrzuceniem oferty z uwagi na graniczny charakter parametrów. Odnośnie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp sankcjonuje się przepisem już przypadek podania informacji wprowadzających w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, co oznacza, że tym bardziej sankcji podlega wykonawca, który podaje takie dane świadomie i celowo. (tak: wyrok KIO 1085/17).

### 3. Treść oferty TMS złożonej w Postępowaniu

Załącznik nr 1a do SIWZ wymagał od wykonawców, poza potwierdzeniem spełnienia wymagań czy też parametrów granicznych/punktowanych oferowanych urządzeń i akcesoriów, także identyfikacji ich producentów oraz samych oferowanych produktów. W odniesieniu do pozycji 66 Załącznika 1a wymaganie Zamawiającego zostało przedstawione w sposób bardzo precyzyjny i jednoznaczny. Zgodnie z SIWZ wymagane do zaoferowania i wyceny w ofercie urządzenie to system zmotoryzowanych centratorów laserowych o określonych w SIWZ cechach: • System zmotoryzowanych centratorów laserowych (3D) z własną komputerową stacją umożliwiającą ustawianie pozycji trzech centratorów pozwalających na określanie punktów referencyjnych; • Podać nazwę producenta i nazwę oferowanego systemu laserów i oprogramowania; • Funkcjonalność: lasery boczne: ruch pionowy, laser sufitowy: ruch poprzeczny i wzdłużny względem osi stołu tomografu - kolor wiązki – zielony.

Wskazał, że w zakresie poz. 66 Załącznika nr 1a żaden z wykonawców, w tym TMS, nie kierował żadnych wniosków do Zamawiającego a zatem treść wymagania z poz. 66 miała w Postępowaniu przez cały jego czas niezmienną postać. Wymaganie SIWZ z poz. 66, co wynika wprost z legendy do Załącznika 1a, ma charakter graniczny. Jak wynika z oferty TMS - Wykonawca zaoferował konkretne urządzenie zidentyfikowane w treści oferty jako: CT SIM+ Laser System 3000 R/G/B Gammex Inc. Zaoferowane przez TMS urządzenie producenta Gammex Inc. to system laserowy CT SIM+ Laser System 3000 R/G/B Gammex Inc, który nie posiada funkcjonalności wymaganej w SIWZ w postaci ruchu wzdłużnego względem osi stołu

tomografu. Zaoferowany przez TMS system CT SIM+ Laser System 3000 R/G/B Gammex inc. składa się z pojedynczego modułu sufitowego o ruchu poprzecznym do osi stołu, co uniemożliwia wykonanie ruchu wiązki lasera wzdłuż osi tomografu (od głowy do nóg pacjenta), co jest wymogiem Zamawiającego zgodnie z SIWZ. Potwierdzenie powyższych informacji znajduje się w dostępnych oficjalnych materiałach informacyjnych producenta. Ponadto jak wynika z treści oferty TMS w zakresie poz. 66 pomimo wymogu Zamawiającego podania producenta i nazwy oferowanego oprogramowania dla zaoferowanego systemu centratorów, oferta takiej informacji nie zawiera. Wskazał, że Odwołujący pismem z dnia 5.03.2019 skierowanym do Zamawiającego przekazał m.in. umotywowane zastrzeżenia w zakresie oferty TMS, w tym w szczególności w zakresie dotyczącym systemu laserowego CT SIM+ Laser System 3000 R/G/B zaoferowanego przez tego wykonawcę. Zamawiający działając w trybie art. 26 ust 1 Pzp wezwał jeszcze w dniu 26.02.br (czyli przed uzyskaniem informacji od Siemens) TMS do złożenia wymaganych dokumentów m.in. dla potwierdzenia, że zaoferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. TMS w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 8.03.br złożył wymagane dokumenty, w tym także materiały firmowe - potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry. Zamawiający po zapoznaniu się z otrzymanymi dokumentami (po zapoznaniu się z pismem Siemens) uznał, że w zakresie dotyczącym poz. 66 złożone dokumenty nie stanowią dowodu potwierdzającego, że zaoferowany system spełnia wymagania Zamawiającego. Jak wynika z treści wezwania w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia materiałów firmowych ulotka systemu laserów firmy Gammex nie potwierdza jednoznacznie, którego typu systemu laserów dotyczy. Ulotka dotyczy produktu o nazwie CT SIM+ podczas gdy ofercie jest system CT SIM+ 3000. W dniu 26.03. br. TMS odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia materiałów firmowych dla poz. 66 poinformował Zamawiającego, że w ofercie w pkt 66, załącznika nr 1a zaistniała oczywista omyłka pisarska, edytorska. Zgodnie z opisem parametru, zawartym w pkt 66, w koszt oferty wliczono oraz zaoferowano model CT5/M+ 5000 G, spełniający wymagania Zamawiającego, zgodnie z odpowiedzią Wykonawcy zawartą w ofercie w pliku z załącznikiem 1a (OPZ). Wykonawca zatem w trybie uzupełniania dokumentów dla potwierdzenia, że zaoferowany system serii 3000 spełnia wymagania Zamawiającego poinformował go, że w zasadzie to samo wezwanie jest nieprawidłowe bowiem zaoferowany system to seria 5000. Jak wskazał TMS w piśmie z dnia 26.03 br. - Wyjaśniamy, że wskutek błędu edytorskiego zostało błędnie wpisane oznaczenie „3000 R/G/B” zamiast właściwego „5000 G”. Poprawna nazwa zaoferowanego systemu laserów (LaserSystem) to CTSIM+ 5000 G. W złożonym ponownie tym samym pliku zawierającym ulotkę producenta TMS oznaczył kolorem rzekomo zaoferowany system laserów. Zwrócić należy uwagę na fakt, że sama ulotka nie zawiera informacji nt. oznaczeń jakichkolwiek produktów a jedynie wymienia 3 i 5 ramienny system

laserów. Złożone jednocześnie oświadczenie P. P. P. Dyrektora ds. Marketingu i ds. Sprzedaży w USA opisuje system 5000, który nie został zaoferowany przez Wykonawcę w Postępowaniu i wskazuje, że ulotka producenta w części dotyczącej systemu 5 ramiennego dotyczy produktu CT SIM+ 5000 G. Zamawiający czynnością z dnia 1.04.2019 r. po zapoznaniu się z powyższymi wyjaśnieniami TMS dokonał poprawienia innej omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez zastąpienie w Załączniku nr 1a w poz. 66 urządzenia zaoferowanego 3000 urządzeniem 5000, na co TMS wyraził w tym samym dniu zgodę. Zamawiający kolejną czynnością z dnia 17.04 anulował czynność poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp w zakresie pozycji 66 Załącznika 1a w ofercie TMS powracając do czynności badania i oceny ofert. W wyniku ponowienia czynności oceny ofert, Zamawiający skierował do TMS w dniu 17.04 br. wezwanie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Pzp odnosząc się do treści złożonej w postępowaniu oferty. Jak wynika z wezwania Zamawiający zwrócił się do TMS, aby ten wyjaśnił, czy zaoferowany w postępowaniu system 3000 (a nie 5000) spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ. Jak wynika z treści wezwania przedmiotem wątpliwości Zamawiającego było czy zaoferowany przez system laserów o nazwie CT SIM+ Laser System 3000 R/G/B spełnia wymagania określone w poz. 66 opisu przedmiotu zamówienia. TMS udzielając wyjaśnień w dniu 23.04.br pominął w istocie treść wezwania. Zamawiający oczekiwał potwierdzenia, że będący przedmiotem oferty wykonawcy system 3000 spełnia wymagania SIWZ (względnie czy ich nie spełnia), podczas gdy wykonawca wyjaśniał, że wymagania SIWZ spełnia niezaoferowany system 5000. Z wyjaśnień wynikać ma potwierdzenie, że zaoferowany system laserów spełnia wymagania graniczne określone w pozycji 66 opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów wymagalnych a w konsekwencji złożona oferta jest zgodna z wymaganiami wskazanymi w SIWZ. TMS w wyjaśnieniach pominął, że faktycznie system 3000, który jest zarówno przedmiotem oferty TMS jak i wezwania Zamawiającego, nie spełnia wymagań SIWZ, nie realizując wszystkich funkcjonalności jakie były wymagane przez Zamawiającego. Zgodnie z SIWZ przedmiotem oferty wykonawców musiał być system spełniający łącznie wszystkie wymagania Zamawiającego i zidentyfikowany w treści oferty, a ze stanowiska TMS wynika jedynie pośrednio, że zaoferowany system takich wymagań nie spełnia w zakresie ruchomości wzdłużnej względem osi stołu tomografu. Co interesujące w żadnym z wyjaśnień TMS nie wskazał wprost, że zaoferowany system 3000 nie spełnia wymagań Zamawiającego i w jakim zakresie a jedynie, że system niezaoferowany tj. 5000 spełnia wymagania Zamawiającego. Dodatkowo TMS wskazał, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ, świadczyć ma zgodność zaoferowanych parametrów systemu zmotoryzowanych centratorów laserowych z parametrami wymagalnymi. Wskazał, że to zaoferowany - konkretny system centratorów miał charakteryzować się wszystkich parametrami i funkcjonalnościami jakie były wymagane w SIWZ, podczas gdy TMS sam dowodzi (w złożonych ulotkach), że zaoferowany system



wszystkich funkcjonalności nie spełnia. Jednocześnie sam wykonawca w wyjaśnieniach rekomendował Zamawiającemu uznanie identyfikacji systemu centratorów w treści swojej oferty jako inną nieistotną omyłkę wskazując na potrzebę jej poprawienia w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp - co już raz miało miejsce w postępowaniu. Dodatkowo TMS wskazał w wyjaśnieniach, że Zamawiający już na podstawie treści złożonej oferty oraz dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiający bezspornie mógł dokonać poprawienia omyłki oznaczenia systemu zmotoryzowanych centratorów laserowych. Wykonawca wskazał, że zarówno złożone w trybie art. 26 ust 1 Pzp jak i uzupełnione w trybie art. 26 ust 3 Pzp dokumenty produktowe nie zawierają żadnej identyfikacji produktów a jedynie opisują dostępne funkcjonalności urządzeń. Z pewnością zatem na podstawie tych dokumentów Zamawiający nie miał możliwości po pierwsze stwierdzenia omyłki a po drugie tym bardziej sposobu jej poprawienia. Wskazał dodatkowo, że to treść oferty jest podstawą oceny zgodności z SIWZ nie zaś podlegające uzupełnieniu dokumenty przedmiotowe. W podsumowaniu pisma TMS stwierdził, że podstawą do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp miał być fakt zmiany tylko trzech znaków w nazwie urządzenia. Powyższe jak wydaje się miałyby ew. być argumentacją nt. możliwości poprawiania omyłki jako oczywistej pisarskiej, co jednak nie nastąpiło. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień, czynnością z dnia 30.04.br ostatecznie poprawił w treści oferty TMS omyłkę w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp na co TMS w tym samym dniu wyraził zgodę. Odwołujący podkreślił, że oferta TMS ani w swojej pierwotnej treści ani w wyniku dokonanych poprawień nie identyfikuje ani nazwy producenta ani też nazwy oprogramowania dla zaoferowanego w poz. 66 systemu. Zamawiający wymagał podania tych informacji w treści oferty a wykonawca nazwy tej nie podał. Powyższe wprost oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Dodatkowo, co wymaga podkreślenia, identyfikacja oprogramowania miała nastąpić już w treści oferty, tym samym, nie jest dopuszczalne, aby nastąpiła w treści dokumentów przedmiotowych składanych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, które podlegają uzupełnieniu w przeciwieństwie do treści oferty. Powyższe w ocenie Odwołującego stanowi samodzielną podstawę odrzucenia oferty TMS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

#### 4. Dopuszczalność poprawienia omyłek w treści oferty w trybie art 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Jak podkreśla UZP w powołanej opinii prawnej „Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej” poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. (tak wyrok: KIO 129/18; KIO 775/18). Wykonawca składając w przedmiotowym postępowaniu ofertę miał obowiązek w odniesieniu do poz. 66 zidentyfikować co do tożsamości przedmiot oferowanego świadczenia.

Wymagana identyfikacja przedmiotu oferty miała służyć Zamawiającemu jako podstawa do weryfikacji zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Powyższe elementy identyfikujące przedmiot świadczenia wykonawcy stanowią komponenty oferty sensu stricto. Wymagania Zamawiającego nie zostały sprowadzone do określenia produktu jako zgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ale takiego jego dookreślenia, aby zarówno możliwe było ustalenie, co konkretnie jest przedmiotem oferty, jak również, aby Zamawiający, mając takie dane, był w stanie zweryfikować, czy produkt zaoferowany spełnia wymagania postawione wobec niego w specyfikacji - nie można zatem uznać, że był pozbawiony znaczenia czy miał czysto informacyjny charakter. Zdaniem Odwołującego, w sprawie nie mamy do czynienia z przypadkiem omyłki oczywistej pisarskiej, co sugerował dwukrotnie wykonawca TMS w korespondencji kierowanej do Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że omyłka nie ma charakteru pisarskiego, a już z pewnością, nie ma znamion oczywistej - gdyby tak było Zamawiający winien zarówno samodzielnie zidentyfikować taką omyłką a po drugie samodzielnie ją poprawić. Jak wskazano to powyżej w sprawie takie okoliczności nie zachodzą. Wskazany w piśmie TMS rzekomy błąd literowy w oznaczeniu oferowanego produktu, który miał dotyczyć tylko trzech znaków w identyfikacji oferowanego modelu systemu w istocie powoduje zaoferowanie zupełnie odmiennego produktu - o innej budowie, realizowanych funkcjonalnościach, kosztach zakupu. Podkreślił, że produkt skonkretyzowany w ofercie jako CT SIM+ Laser System 3000 R/G/B jest produktem istniejącym i dostępnym, analogicznie jak produkt serii 5000. To jednak wolą i decyzją profesjonalisty w obrocie aparaturą medyczną jakim jest TMS było zaoferowanie produktu CT SIM+ Laser System 3000 R/G/B. W sprawie mamy zatem do czynienia z sytuacją, gdy obydwa systemy wskazanego producenta istnieją, ale tylko jeden z nich spełnia wymagania SIWZ - bez wątpienia nie spełnia ich produkt zaoferowany przez wykonawcę. Co istotne także złożony w trybie art. 26 ust 1 Pzp dokument producenta urzędzeń jest zbieżny z ofertą i zaoferowanym urządzeniem, skoro dotyczy także produktu 3-y ramiennego, czyli serii 3000. Dokument jednak potwierdza, że aparat tej serii nie spełnia wymagań SIWZ, w tym zakresie jest spójny z treścią oferty. Jak wynika z opisanego w odwołaniu przebiegu postępowania Zamawiający zwrócił się do TMS o udzielenie wyjaśnienia w zakresie dotyczącym funkcjonalności jakie posiada zaoferowany system 3000 i czy pozwala on na spełnienie wymagań zawartych w SIWZ - uwzględniając chronologię czynności, przesłanką do wezwania do wyjaśnień stały się dopiero czynności Odwołującego w postaci zastrzeżeń do oferty TMS. świadczy o tym fakt skierowania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień treści oferty już po skierowaniu do TMS wezwania w trybie art 26 ust 1 Pzp, które jest kierowane do wykonawcy, który złożył w postępowaniu ofertę najwyższej ocenioną, a za taką można uznać jedynie ofertę niepodlegającą odrzuceniu z powodu niezgodności z SIWZ. Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią oferty, omyłki w ofercie TMS w poz. 66 nie stwierdził. Sama treść oferty TMS w żaden

sposób nie wskazywała na to, że zawiera jakąkolwiek omyłkę. Ponadto, pomimo wyjaśnień wykonawcy na wezwanie Zamawiającego, który wprost potwierdził, że wymagania SIWZ spełnia niezaoferowany system, Zamawiający uznał, że wyjaśnienia dowodzą zgodności treści oferty 2 treścią SIWZ, bowiem wykonawca zaoferował inne urządzenie niż wynika z treści oferty. W ocenie Odwoływającego w sprawie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust.1 Pzp, bowiem w wyniku udzielonych wyjaśnień de facto doszło do zmiany a wręcz do ustalenia po terminie składania ofert treści oferty wykonawcy. Powołując się na doktrynę podał, że „już samo użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wyjaśnienia” wskazuje, że procedura uregulowana w art. 87 ust. 1 p.z.p. nie polega na uzupełnieniu bądź negocjacji treści oferty ani tym bardziej jej zmiany, ale służy do usunięcia wątpliwości wynikających z jej treści i uczynienia jej bardziej zrozumiałą dla zamawiającego: „Żądanie od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty, co wprost wynika z brzmienia ww. artykułu, jest uprawnieniem zamawiającego, czego odwołujący nie kwestionował. Nie można jednak utożsamiać żądania złożenia wyjaśnień z żądaniem złożenia dokumentów. Odwołując się do znaczenia słów «wyjaśnienie» (tj. uwagi wyjaśniające rzecz niezrozumiałą; usprawiedliwienie, umotywowanie czegoś) oraz «wyjaśnić» (tj. uczynić coś zrozumiałym; podać powody, motywy) w języku polskim nie może budzić wątpliwości, że przepis art. 87 ust 1 ustawy Pzp stanowi narzędzie zamawiającego do doprowadzenia niezrozumiałej treści oferty wykonawcy w konkretnym zakresie zrozumiałą, poprzez złożenie przez wykonawcę «uwag», które nie sposób rozumieć inaczej niż jako oświadczenie własne wzywanego do wyjaśnień wykonawcy”. (tak wyrok KIO 2544/17).

Zamawiający w tej sprawie zastosował w sposób nieuprawniony regulacją art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Treść oferty TMS nie wskazuje na omyłkowość w zakresie identyfikacji zarówno producenta jak i modelu zaoferowanego urządzenia. Wskazane w ofercie urządzenie nie zostało zidentyfikowane omyłkowo (produkt istnieje) i nie świadczy o tym żaden fakt ani informacja zawarta bezpośrednio w samej ofercie. Jak ustalił to dopiero Odwołujący, o czym informację przekazał Zamawiającemu, co stało się podstawą procedury wyjaśniającej ofertę, w ofercie TMS wykonawca zaoferował urządzenie, które nie spełnia wymagań SIWZ, a dopiero w wyniku procedury wyjaśniającej jej treść, a w konsekwencji po poprawieniu omyłki w trybie art. 87 ust2 pkt 3 Pzp, w skutku doszło do zmiany zaoferowanego urządzenia na zupełnie inne tego samego producenta.(tak wyrok: KIO 1477/18). Podkreślił, że system zmotoryzowanych centratorów laserowych stanowi istotną wartościowo pozycję w cenie oferty a decyzja w zakresie zaoferowania systemu rodziny 3000 bądź 5000 ma wpływ na wynik postępowania. Jak wynika z dostępnych informacji rynkowych wartość systemu centratorów w relacji do zaoferowanego tomografu stanowi około 10%, zatem nie można uznać, że sprawa dotyczy marginalnego, czy też nic nie znaczącego elementu oferty.

Dodatkowo w ocenie Odwoływającego wymagana właściwość systemu centratorów, której nie spełnia treść oferty TMS i zaoferowany produkt, ma istotne znaczenie dla użytkownika w

szczegółności: - brak **automatycznego** pozycjonowania lasera w osi wzdłużnej względem osi stołu tomografu, - konieczność manualnego wysuwania blatu stołu do odpowiedniej pozycji, aby laser mógł wskazać punkt referencyjny na pacjencie, - obniżenie dokładności pozycjonowania punktów referencyjnych laserów z racji niższej dokładności przesuwu stołu w porównaniu do precyzji przesuwu lasera sufitowego w osi wzdłużnej stołu tomografu.

Zamawiający określając powyższy parametr ruchomości, którego nie spełnia zaoferowany system 3000 na poziomie granicznym uznał, że urządzenie, które nie będzie posiadało dla centratorów takiej funkcjonalności nie spełni w ogóle oczekiwań Zamawiającego i nie chce zakupić takiego urządzenia. Parametr ten nie stanowił kryterium oceny ofert, w przypadku którego można byłoby mówić o decyzji o przyjęciu także urządzenia nieposiadającego takiej właściwości, kosztem obniżonej ceny. Z powyższych ustaleń wynika, że niezgodność treści oferty TMS z SIWZ w zakresie poz. 66 ma charakter istotny zarówno ze względu na realizowane przez system centratorów funkcje jak i jego wartość w relacji do wartości aparatu na poziomie około 10%. Ponadto treść oferty wykonawcy TMS nie zawiera jakichkolwiek wskazówek, że zaoferowany system ma zgodne z SIWZ cechy, zwłaszcza, że podane w ofercie urządzenia są aktualnie dostępne w sprzedaży na rynku a z oferty nie wynika, aby urządzenia zaoferowane miały odmienną budowę czy funkcje niż standardowo dostępne w ofercie producenta. W konsekwencji, zmiany dokonane w treści oferty TMS w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp zostały, w ocenie Odwołującego, dokonane z naruszeniem wskazanego przepisu.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że treść oferty TMS w zakresie poz. 66 wskazując w części opisowej, że zaoferowany system spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego potwierdził nieprawdziwe informacje, bowiem jak wynika z przedstawionych dokumentów, zaoferowany system 3000, pomimo potwierdzenia tego w ofercie przez TMS wszystkich wymaganych funkcjonalności nie posiada, co w konsekwencji winno stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp. Samodzielną podstawą odrzucenia oferty TMS jest niewskazanie w treści oferty w poz. 66 nazwy producenta i oprogramowania dla poz. 66 Załącznika nr 1a.

Podsumowując, stwierdził, że w przypadku kwestionowanej oferty mamy do czynienia z ewidentnymi niezgodnościami w zakresie przedmiotu zaoferowanego świadczenia w stosunku do wymagań wyrażonych przez Zamawiającego w treści SIWZ, przy uwzględnieniu charakteru i znaczenia kwestionowanej niezgodności, nie pozwala ona na zmianę treści oferty a czynność odrzucenia oferty jest obligatoryjna. Dodatkowo podkreślił, że już sam wykonawca wybrany przyznał, że zaoferowany system jest niezgodny z treścią SIWZ i w sposób nieuprawniony zmienił treść oferty po upływie terminu składania ofert (zmiana przedmiotu oferty), co jest czynnością bezskuteczną i naruszającą w sposób oczywisty zasady udzielania zamówień

publicznych. Zamawiający z kolei dokonując wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej zaakceptował taką modyfikacją wbrew przepisom ustawy Pzp i z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych o których mowa w art. 7 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 24 maja 2019 r.) wskazał na następujące okoliczności:

W przedmiotowym postępowaniu złożone zostały dwie oferty. Oferta Przystępującego TMS Sp. z o.o. uzyskała najwyższą ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po przeprowadzeniu procedury badania i oceny oferty, w tym w szczególności skrupulatnym zweryfikowaniu dostarczonych przez Wykonawcę dokumentów i wyjaśnień, Zamawiający w dniu 06.05.2019 r. powiadomił o wyborze oferty TMS jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołanie jest bezzasadne i powinno podlegać oddaleniu. W przedmiotowym postępowaniu procedura badania i oceny ofert została przeprowadzona przez Zamawiającego w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami PZP, z zachowaniem należytej staranności oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wybór oferty TMS jako najkorzystniejszej był logiczną konsekwencją poprawnie wykonanych przez Zamawiającego czynności, który działał w tym zakresie w najlepszej wierze, mając na względzie dbałość o interes publiczny oraz główny cel postępowania jakim jest uzyskanie zamówienia.

W ramach prowadzonej w trybie „odwróconym” procedury badania i oceny ofert, Zamawiający w dniu 26.02.2019 r. wezwał Wykonawcę do złożenia na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp aktualnych na dzień złożenia dokumentów wymienionych w pkt. 6.5 specyfikacji. Termin na dostarczenie dokumentów wyznaczony został na dzień 11.03.2019 r. Nietrafnym i całkowicie bezpodstawnym jest w tym zakresie argument Odwołującego, że przesłanką do wezwania TMS do wyjaśnień stały się dopiero czynności Odwołującego w postaci zastrzeżeń do oferty TMS wniesionych w dniu 05.03.2019 r. Zamawiający nie miał bowiem możliwości wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty przed wezwaniem go o dostarczenie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Działanie takie nie znajdowałoby bowiem uzasadnienia logicznego oraz oparcia w przepisach prawa. Uzasadnioną przesłanką do stwierdzenia niespójności w zakresie treści oferty stały się dopiero złożone przez Wykonawcę TMS w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego materiały firmowe na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ), stanowiącym załącznik nr 1a do specyfikacji. Dotyczący zaoferowanego przez TMS Systemu zmotoryzowanych centratorów laserowych (31)) — poz. 66 OPZ, materiał firmowy będący ulotką producenta systemu laserów firmy Gammex, zawiera bowiem informacje na temat produktu o nazwie CT SIM+ i specyfikuje produkty w różnej konfiguracji. Wykonawca w ofercie wpisał produkt o nazwie CT SIM+ Laser

System 3000 RIG/B. W związku powyższym, Zamawiający wezwał TMS do uzupełnienia materiałów firmowych potwierdzających, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzających oferowane parametry w poz. 66 opisu przedmiotu zamówienia (zał. nr 1a do specyfikacji) w zakresie spełnienia wymogów przez oferowany system laserów oraz w zakresie wymaganych funkcjonalności laserów w katalogu producenta, z uwzględnieniem typu/modelu oferowanego zestawu laserów. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 26.03.2019 r. przesłał dane techniczne oraz oświadczenie producenta oferowanego systemu laserów — firmy Gammex, potwierdzające, że oferowany sprzęt — system laserowy model CT Sim+TM 5000 G jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia i posiada wskazane w OPZ parametry. Wykonawca TMS wyjaśnił, że producent diagnostycznych systemów laserowych, firma Gammex wydaje jedną ulotkę informacyjną dla całej grupy oferowanych urządzeń. Jednocześnie, Wykonawca poinformował, że w ofercie w poz. 66 opisu przedmiotu zamówienia (zał. nr 1a do specyfikacji) zaistniała oczywista omyłka pisarska, edytorska polegająca na błędnym wpisaniu oznaczenia „3000 R/G/B” zamiast właściwego „5000 G”. Wykonawca wskazał, że zgodnie z opisem parametru, zawartym w pkt 66 OPZ, w koszt oferty wliczono oraz zaoferowano model CT SIM+TM 5000G spełniający wymagania Zamawiającego, zgodnie z odpowiedzią Wykonawcy zawartą w ofercie. Jakkolwiek Zamawiający uznał za wiarygodne i spełniające wymogi określone przepisami Pzp dostarczone przez Wykonawcę dokumenty i złożone w ich zakresie wyjaśnienia to jednak, z uwagi na konieczność skrupulatnego zbadania oferty, w szczególności w zakresie wyrażonych w jej treści intencji Wykonawcy, ponownie wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie poz. 66 OPZ Zamawiający, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się o informację: „Czy zaoferowany przez Wykonawcę TMS system laserów o nazwie CT SIM+ Laser System 3000 R/G/B spełnia wymagania określone w poz. 66 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1a do specyfikacji) tj. „System zmotoryzowanych centratorów laserowych (3D) z własną komputerową stacją umożliwiającą ustawianie pozycji trzech centratorów pozwalających na określanie punktów referencyjnych. Podać nazwę producenta i nazwę oferowanego systemu laserów i oprogramowania. Funkcjonalność: - lasery boczne: ruch pionowy, - laser sufitowy: ruch poprzeczny i wzdłużny względem osi stołu tomografu, - kolor wiązki — zielony”.

W odpowiedzi na powyższe, TMS poinformował, że zaoferowany system laserów spełnia wymagania graniczne określone w poz. 66 OPZ w zakresie parametrów wymagalnych granicznych. Ponadto, zgodnie z wcześniejszymi wyjaśnieniami potwierdził, że w jego ofercie, w poz. 66, zaoferowano system zmotoryzowanych centratorów laserowych CT SIM+TM 5000G producenta firmy Gammex Inc. Wykonawca potwierdził także, że w koszt oferty w kalkulowano ten właśnie model systemu laserów CT SIM+.

Zamawiający w oparciu o treść oferty TMS oraz złożone na wezwanie materiały firmowe i oświadczenia producenta sprzętu, a także udzielone wyjaśnienia stwierdził, że zaoferowano

system laserowy w pełni zgodny z wymogami opisu przedmiotu zamówienia, co znajduje potwierdzenie w treści ofert, gdzie podano wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry. TMS podtrzymał swoje stanowisko, że popełnił omyłkę pisarską polegającą na wpisaniu symbolu „3000 R/G/B” zamiast „5000 G”, który to symbol charakteryzuje wymagany przez Zamawiającego w specyfikacji system laserowy. Wszystkie deklarowane w ofercie parametry techniczne, spełniające wymogi opisu przedmiotu zamówienia, mają dotyczyć wyłącznie systemu z oznaczeniem „5000 G”, i tylko w tym zakresie Wykonawca wnioskuje o poprawienie omyłki. Tym samym, w opinii Zamawiającego zaszyły przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na fakt, że Wykonawca popełnił omyłkę polegającą na wpisaniu symbolu „3000 R/G/B” zamiast „5000 G”, który to symbol charakteryzuje wymagany przez Zamawiającego w specyfikacji system laserowy. W związku z powyższym, w oparciu o złożone przez Wykonawcę w zakresie sprzętu zaoferowanego w poz. 66 OPZ materiały firmowe, oświadczenie producenta sprzętu firmy Gammex oraz wyjaśnienia TMS, Zamawiający stwierdził, że poprawna nazwa zaoferowanego systemu laserów (Laser System) to CT SIM+ TM 5000 G. W opinii Zamawiającego wszystkie deklarowane w ofercie TMS parametry techniczne, spełniające wymogi opisu przedmiotu zamówienia, obejmują system laserowy z oznaczeniem „5000 G”. Jednocześnie treść oświadczenia TMS zawarta w ofercie w zakresie pkt 66 OPZ wskazuje, że jego wolą jest zaoferowanie, zgodnie z opisem parametru, systemu zmotoryzowanych centratorów laserowych (3D) z własną komputerową stacją umożliwiającą ustawianie pozycji trzech centratorów pozwalających na określanie punktów referencyjnych. Posiadających funkcjonalność: lasery boczne: ruch pionowy, - laser sufitowy: ruch poprzeczny i wzdłużny względem osi stołu tomografu - kolor wiązki — zielony. Wskazane oświadczenie stanowi dla Zamawiającego podstawę dla dokonywania wykładni treści oferty w zakresie opisywanego sprzętu i podejmowania jakichkolwiek czynności mających na celu uspołnienie zawartych w niej informacji. Wskazanie przez Wykonawcę nazwy/modelu oferowanego sprzętu Zamawiający uznał za działanie wtórne w stosunku do oświadczenia, czy sprzęt ten spełnia określone przez Zamawiającego w specyfikacji wymogi. Zamawiający podnosi w tym zakresie, że wskazanie przez wykonawcę modelu sprzętu rozumie jako czynność pochodną w stosunku do czynności polegającej na wskazaniu jego właściwości i funkcjonalności, na tej samej zasadzie jak pochodnym jest wynik przeprowadzonego działania matematycznego. Z uwagi na powyższe - Zamawiający uznał złożone przez TMS wyjaśnienia za poprawne i wyczerpujące oraz spójne z dostarczoną na ich uwierzytelnienie dokumentacją - w dniu 30.04.2019 r. dokonał poprawy, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, omyłki Wykonawcy w zakresie poz. 66 OPZ. W opinii Zamawiającego zaszyły bowiem przesłanki dla uznania, iż czynność poprawy zaistniałej w ofercie niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Wykonawca TMS w dniu 30.04.2019 r. wyraził zgodę na poprawienie powyższej omyłki. Zamawiający wskazał, że jego

działanie znajduje oparcie zarówno w obowiązujących w tym zakresie przepisach Pzp jak i poparte jest dominującym w orzecznictwie Krajowe Izby Odwoławczej - poglądem, zgodnie z którym Zamawiający, w pierwszej kolejności musi badać faktyczny zamiar złożenia oferty o danej treści. (tak: uchwała KIO sygn. akt: KIO/KD 73/13; wyrok KIO 1299/15; wyrok Sądu Okręgowego w Suwałkach z dnia 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09), które dopuszczają wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stwierdził, że jakkolwiek wyjaśnienia takie nie mogą tworzyć treści oferty, tym niemniej dopuszczalne jest posłużenie się trybem wynikającym z powołanego przepisu dla ustalenia, czy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma charakter omyłki. Takie wyjaśnienia nie kształtują treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę ponad wymagania Zamawiającego, a stanowią jedynie wykładnię takiego oświadczenia dokonana na podstawie przepisów art. 65 1 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 Pzp. W orzecznictwie KIO podkreśla się również, iż art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi narzędzia do — naprawiania błędnie ” złożonych ofert, lecz stanowi podstawę poprawy omyłek, której to poprawy może dokonać Zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez Wykonawcę w kontekście SIWZ nie będzie istotne. Nie negując ogólnej zasady, iż poprawa omyłek winna odbywać się bez pomocy wykonawcy, samodzielnie przez Zamawiającego, na podstawie danych, którymi dysponuje w ofercie, to w ocenie składu orzekającego Izby, dopuszczalne jest w pewnych okolicznościach wzywianie do wyjaśnień - jako poprzedzenie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte. Może się bowiem zdarzyć, że Zamawiający nie dostrzega tego, co oferta już zawiera, nie umie w sposób prawidłowy odczytać intencji wykonawcy. (tak: wyrok z dnia 9.12.2014 r., sygn.. akt: KIO 2457/14). W opinii Zamawiającego nazwa oferowanego modelu sprzętu nie jest jej elementem istotnym o ile wiedzę, iż sprzęt ten spełnia określone w specyfikacji warunki, a tym samym oferta Wykonawcy jest zgodna z jej treścią, Zamawiający może wywieść z treści tej oferty sensu largo i zawartych w niej oświadczeń Wykonawcy i dostarczonych przez niego dokumentów. Wskazał, że wniosek Odwołującego o odrzucenie oferty TMS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i stwierdzenie, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może znaleźć przedmiotowej sprawie zastosowania i winien zostać oddalony. Działanie takie, w świetle mającego miejsce stanu faktycznego stanowiłoby znaczące naruszenie w zakresie wskazanych przepisów Pzp i stanowiłoby niewątpliwie przejaw nierównego traktowania wykonawcy. Odrzucenie przez Zamawiającego oferty, w szczególności oferty najkorzystniejszej, jest bowiem ostatecznym środkiem prawnym, jaki może on zastosować i powinno być uzasadnione w sposób nie budzący wątpliwości okolicznościami faktycznymi. Przesłanki odrzucenia oferty zostały enumeratywnie wymienione w ustawie Pzp i jakkolwiek nadinterpretacja w tym zakresie jest zabroniona. Ustawodawca dał bowiem Zamawiającemu szereg możliwości w zakresie



wyjaśnienia oraz poprawy treści oferty uzależniając zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp od wykorzystania tych środków, a w szczególności rozważenia czy zastosowania nie może znaleźć art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stanowisko takie znajduje oparcie w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym odrzucenie oferty Odwołującego bez zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień co do jej treści oraz bez poprawienia przez Zamawiającego omyłek w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 p.z.p., stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. Izba w wyrokach wielokrotnie wskazywała na obowiązek podjęcia przez zamawiającego działań zmierzających do wyjaśnienia treści oferty i poprawienia omyłek. Zamawiający jest zobowiązany do podjęcia w postępowaniu wszelkich dostępnych mu procedur i wykonania czynności umożliwiających wykonawcy wyjaśnienie wątpliwości co do treści złożonej oferty, w szczególności takich, które mogą mieć wpływ na ocenę oferty w postępowaniu. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ewentualnego ustalenia, że dana oferta nie odpowiada treści SIWZ (tak wyrok KIO 64/14).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca TMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc także o oddalenie odwołania.

**W zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów Izba ustaliła:**

Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa tomografu komputerowego z opcją wirtualnej symulacji 3D przeznaczonego dla Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego (NSSU) wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem personelu oraz z konieczną adaptacją pomieszczeń”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i według tego Formularza wykonawcy mieli zaprezentować oferowane urządzenie. Zgodnie z opisem w części Formularza 1a: Parametry techniczne i eksploatacyjne: Zamawiający w kolumnie drugiej „parametr” w zakresie spornej pozycji 66 opisał wymaganie w następujący sposób:

*„System zmotoryzowanych centratorów laserowych (3D) z własną komputerową stacją umożliwiające ustawianie pozycji trzech centratorów pozwalających na określanie punktów referencyjnych; Podać nazwę producenta i nazwę oferowanego systemu laserów i oprogramowania; Funkcjonalność:*

*- lasery boczne: ruch pionowy,*

*- laser sufitowy: ruch poprzeczny i wzdłużny względem osi stołu tomografu - kolor wiązki – zielony”.*

Ocena ofert, w tym tej która uzyskała najwyższą punktację, następowała z zastosowaniem prowadzonej w trybie „odwróconym” procedury badania i oceny ofert.

W terminie wyznaczonym na składanie ofert (14 luty 2019 r.) ofertę złożył wykonawca Siemens Healthcare sp. z o.o. z ceną: 2 693 176,56 zł oraz wskazał w zakresie 2 kryterium na Warunki gwarancji i serwisu: 24 miesiące. Drugi z wykonawców TMS sp. z o.o. w ofercie wskazał: cena - 2 856 375,00 zł oraz w drugim kryterium: 60 miesięcy. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji i według wymagań formularza 1a wymagane było podanie odrębnie ceny za dostawę urządzenia (sprzętu i jego dostawy)

Ocena ofert następowała z zastosowaniem trzech kryteriów. Punktacja przedstawia się następująco:

	kryterium cena	kryterium parametry techniczne i eksploatacyjne	kryterium warunki gwarancji i serwisu	Łączna ilość punktów
TMS sp. z o.o. (...)	56,57	27,69	10,00	94,26
Siemens Healthcare Sp. z o.o. (...)	60,00	30,00	4,00	94,00

Wykonawca TMS w ofercie w załączniku 1a w pozycji 66 w kolumnie 4 „parametr oferowany” potwierdzając wymaganie podał: „*TAK, zgodnie z opisem parametru. System zmotoryzowanych centratorów laserowych (3D) z własną komputerową stacją umożliwiające ustawianie pozycji trzech centratorów pozwalających na określanie punktów referencyjnych; Podać nazwę producenta i nazwę oferowanego systemu laserów i oprogramowania; Funkcjonalność:*

- *lasery boczne: ruch pionowy,*

- *laser sufitowy: ruch poprzeczny i wzdłużny względem osi stołu tomografu - kolor wiązki – zielony. CT SIM +Laser System 3000 R/G/B Gammex Inc.”*

Odwołujący w odwołaniu stwierdził, że oferta TMS nie spełnia wymaganej istotnej z punktu widzenia użytkownika właściwości systemu centratorów, w szczególności wskazał na brak **automatycznego pozycjonowania lasera w osi wzdłużnej względem osi stołu tomografu**. Wskazał ponadto na (...) **konieczność manualnego wysuwania blatu stołu do odpowiedniej pozycji, aby laser mógł wskazać punkt referencyjny na pacjencie oraz na obniżenie dokładności pozycjonowania punktów referencyjnych laserów z racji niższej dokładności przesuwu stołu w porównaniu do precyzji przesuwu lasera sufitowego w osi wzdłużnej stołu tomografu”**.

Pierwsze z wezwań (z dnia 26.02.2019 r.) skierowane zostało do wykonawcy TMS na podstawie art. 26 ust.1 ustawy Pzp. Wykonawca miał przedłożyć dokumenty wymienione w punkcie 6.5. specyfikacji m.in.:

*„6.5.1.1. Materiały firmowe — np. foldery, katalogi, karty charakterystyki, instrukcja lub wyciąg z instrukcji, dokumentacja techniczna, Świadectwa rejestracji, oświadczenia producenta — potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzające wszystkie oferowane parametry.*

*Zamawiający prosi o zaznaczenie w złożonych materiałach firmowych zapisów potwierdzających spełnienie wymaganych parametrów, z dopisaniem punktu z załącznika nr 1a do specyfikacji, w którym został opisany potwierdzony parametr.*

*6.5.1.2. Certyfikat lub Deklaracja zgodności CE dla oferowanych urządzeń/wyrobów”.*

Drugie z wezwań z dnia 20 marca 2019 r. wystosowane do TMS na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp nawiązywało do dokumentów przedłożonych w odpowiedzi na pierwsze wskazane wezwanie. Zamawiający wezwał TMS: (...) *do uzupełnienia materiałów firmowych o których mowa w punkcie 6.5,1.1. specyfikacji, potwierdzających że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia oraz potwierdzających oferowane parametry w poz. 66 w zakresie spełnienia wymogów przez oferowany system laserów oraz w zakresie wymaganych funkcjonalności laserów w katalogu producenta z uwzględnieniem typu/modelu oferowanego zestawu laserów.*

*Brak jest bowiem jednoznacznego potwierdzenia spełnienia warunków w poz. 66 dotyczących zaoferowanego systemu laserów. Materiał firmowy będący ulotką systemu laserów firmy Gammex nie potwierdza jednoznacznie, którego typu systemu laserów dotyczy. Ulotka dotyczy produktu o CT SIM+, a w ofercie jest system CT SIM+ 3000”.*

TMS w odpowiedzi na to wezwanie w piśmie z dnia 26 marca 2019 r. podał m.in.: (...) *w załączeniu przesyłamy dane techniczne oraz oświadczenie Producenta oferowanego systemu laserów (3D) (zał. nr. 1 dane techniczne, zał. nr 2 do oświadczenie Producenta Gammex dot. CT Sim+TM 5000 G.*

*Z uwagi na fakt, iż producent wydaje jedną ulotkę dla rodziny wyrobów - Ruchomych Systemów Diagnostycznych Mobilnych Laserów CT Sim+TM, w tym także spełniającego wymogi niniejszego postępowania i oferowanego modelu CT Sim+TM 5000 G, Wykonawca przedkłada niniejszym oświadczenie producenta potwierdzające, że oferowany sprzęt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia i posiada żądane parametry.*

Poinformował ponadto, (...) *w pkt 66 załącznika nr 1a zaistniała oczywista omyłka pisarska, edytorska. Zgodnie z opisem parametru, zawartym w pkt 66, w koszt oferty wliczono*

oraz zaoferowano model CT SIM+TM 5000 G, spełniający wymagania Zamawiającego, zgodnie z odpowiedzią Wykonawcy zawartą w ofercie w pliku z załącznikiem 1a (I\_OPZ):

„ TAK, zgodnie z opisem parametru. System zmotoryzowanych centratorów laserowych (3D) z własną komputerową stacją umożliwiające ustawianie pozycji trzech centratorów pozwalających na określanie punktów referencyjnych. Funkcjonalność: - lasery boczne: ruch pionowy, laser sufitowy: ruch poprzeczny i wzdłużny względem osi stołu tomografu- kolor wiązki- zielony”.

Podał jednocześnie, że wskutek błędu edytorskiego zostało błędnie wpisane oznaczenie „3000 R/G/B "zamiast właściwego „5000 G". Poprawna nazwa zaoferowanego systemu laserów (Laser System) to CT SIM+ TM 5000 G”. Wniósł o poprawienie ww. oczywistej omyłki pisarskiej w następujący sposób:

Jest		Powinno być:	
66.	<p>TAK, zgodnie z opisem parametru.</p> <p>System zmotoryzowanych centratorów laserowych (3D) z własną komputerową stacją umożliwiające ustawianie pozycji trzech centratorów pozwalających na określanie punktów referencyjnych.</p> <p>Funkcjonalność:</p> <p>- lasery boczne: ruch pionowy laser sufitowy: ruch poprzeczny i wzdłużny względem osi stołu tomografu - kolor wiązki - zielony</p> <p><b>CT SIM+ Laser system 3000 R/G/B Gammex Inc.</b></p>	Tak	<p>TAK, zgodnie z opisem parametru.</p> <p>System zmotoryzowanych centratorów laserowych (3D) z własną komputerową stacją umożliwiające ustawianie pozycji trzech centratorów pozwalających na określanie punktów referencyjnych.</p> <p>Funkcjonalność:</p> <p>- lasery boczne: ruch pionowy laser sufitowy: ruch poprzeczny i wzdłużny względem osi stołu tomografu - kolor wiązki - zielony</p> <p><b>CT SIM+™ 5000 G Gammex Inc.</b></p>

W materiale informacyjnym o produkcie załączonym przez wykonawcę TMS wskazano m.in:

„Wszystkie funkcje systemu CT Sim+ mogą być sterowane przez główny kontroler w sterowni lub przez przenośny bezprzewodowy panel RapidSim odczytuje współrzędne z systemu planowania leczenia (TPS) lub z innych pakietów symulacji CT w celu łatwej i dokładnej identyfikacji lokalizacji znaczników pacjenta

### **3-ramienny system**

Dowolną współrzędną można uzyskać za pomocą lasera CT Sim+ i regulacji wzdłuż osi Y stołu CT

### **5-cio ramienny system**

Dowolną współrzędną można uzyskać bez konieczności ręcznej zmiany wzdłuż osi Y stołu Kompleksowe rozwiązanie systemowe — nie wymaga dodatkowych zakupów”.

**Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim w opisie wymaganego parametru nie wskazano na liczbę ramion systemu, a także na funkcję **automatycznego pozycjonowania lasera w osi wzdłużnej względem osi stołu tomografu**. Wymagania opisane jednoznacznie dotyczą: „Systemu zmotoryzowanych centratorów laserowych (3D) z własną komputerową stacją umożliwiające ustawianie pozycji trzech centratorów pozwalających na określanie punktów referencyjnych”. Co do funkcjonalności wymagane są: lasery boczne: ruch pionowy i laser sufitowy: ruch poprzeczny i wzdłużny względem osi stołu tomografu. Także określono kolor wiązki – zielony. Izba zwraca także uwagę, że zgodnie z opisem wymagane było wskazanie producenta i nazwy oferowanego systemu laserów i oprogramowania. TMS co do tego wymagania wskazał na system CT Sim + oraz jego producenta *CT SIM + Gammex Inc.* Ponadto posłużył się oznaczeniem dla modelu z użyciem wyrazów: „*Laser System 3000 R/G/B*”. I ta część pozycji 66 w związku z przedłożonymi materiałami informacyjnymi była przedmiotem wyjaśnień na podstawie art. 87 ust.1 Pzp w związku z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Niewątpliwie wskazanie na trzy możliwe kolory wiązki w opisie (R/G/B), w sytuacji wymaganej jednej z nich (zielonej) podlegało wyjaśnienia. Także wymagało doprecyzowania informacja, co do nazwy systemu. Zamawiający zwrócił bowiem uwagę, że „*Ulotka dotyczy produktu o CT SIM+, a w ofercie jest system CT SIM+ 3000*”.

Udzielając wyjaśnień we wskazanym zakresie, wykonawca TMS zwrócił jednocześnie uwagę na omyłkę edytorską (pisarską), co do modelu urządzenia, którego podanie na tym etapie nie było wymagane. Konsekwencją tych wyjaśnień było wskazanie na urządzenie +5000 o lepszej funkcjonalności [automatyczne pozycjonowanie lasera (...)]. Wykonawca także potwierdził, że w koszt oferty wliczono oraz zaoferowano model CT SIM+TM 5000 G. Izba zwraca uwagę, że stosownie do postanowień specyfikacji (pkt 12.1.) i Formularza wymagane było podanie nie tylko ceny łącznej (brutto oferty) za przedmiot zamówienia, ale także wyszczególnienie: (...) *Cena brutto oferty składa się z następującej sumy. A+B +C+D:*

- A: cena brutto sprzętu wraz z dostawą,*
- B: cena brutto adaptacji pomieszczeń,*
- C: cena brutto instalacji i uruchomienia sprzętu,*
- D: cena brutto szkoleń”.*

Odwołujący przedstawiając na rozprawie uzyskane wyceny (oferty producenta skierowane do Siemens) i wywodząc powodującą różnicę w cenie zmianę modelu nie wykazywał, jaki wpływ może mieć ta okoliczność na łączną cenę w pozycji A. (sprzęt + jego dostawa). W przypadku tej sprawy Izba uznała, że wyjaśnienie intencji wykonawcy TMS (wobec braku dowodów przeciwnych) pozwalały w konsekwencji Zamawiającemu na poprawienie opisu w pozycji 66 w sposób wskazany w piśmie z dnia 30 kwietnia 2019 r., także co do modelu.

Odnosnie oprogramowania - w kontekście opisu w zdaniu 2 pozycji 66 („*Podać nazwę producenta i nazwę oferowanego systemu laserów i oprogramowania*”) - Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego TMS, którzy wskazali na Interfejs RapidSim. Powołując się na opisy w ulotce informacyjnej podali: „*System CT Sim+ TM z interfejsem RapidSim zaprojektowany z myślą o wszechstronności i nowoczesnym przebiegu pracy jest następną generacją mobilnych laserów i wielokrotnego znakowania izocentrum. RapidSim zawiera kompletny pakiet połączeń (Complete Connectivity Suite), który usprawnia przebieg pracy i jest standardowo dołączany do każdego systemu. Możliwość wyboru spośród niebieskiego, zielonego lub czerwonego koloru lasera bez dodatkowych kosztów! Główne zalety: Zawiera kompletny pakiet połączeń (Complete Connectivity Suite)*”. Także w wycenach składanych jako dowód przez Odwołującego oprogramowanie w każdym z wariantów było uwzględnione. Tym samym Zamawiający w stanie faktycznym sprawy miał podstawy bez dalszych wyjaśnień uznać, że dysponuje wymaganymi co do oprogramowania informacjami, szczególnie, że korzystał z pomocy eksperta przy ocenie ofert (jak wskazał obecnego także na rozprawie w charakterze pełnomocnika).

Wobec powyższych ustaleń podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art.87 ust 1, 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp oraz art. 84 ust 1 Pzp (ewentualnie również naruszenie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp) wobec oferty wykonawcy TMS, a w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy nie podlegają uwzględnieniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy 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).

.....