

Sygn. akt: KIO 158/15

WYROK
z dnia 9 lutego 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2015 roku przez wykonawcę Meditech Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach przy ulicy Wirowskiej 6, 62-052 Komorniki

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Szpital Wielospecjalistyczny im. dr Ludwika Błażka w Inowrocławiu przy ulicy Poznańskiej 97, 88-100 Inowrocław

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia FUJIFILM Europe GmbH Oddział w Polsce z siedzibą w Alejach Jerozolimskich 178, 02-486 Warszawa oraz SHIM-MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Meditech Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach przy ulicy Wirowskiej 6, 62-052 Komorniki i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Meditech Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach przy ulicy Wirowskiej 6, 62-052 Komorniki 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 2010 r. 113, poz. 759 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 Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 158/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Szpital Wielospecjalistyczny im. dr Ludwika Błażka w Inowrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie dostawy dwóch sztuk cyfrowych aparatów rentgenowskich wraz z urządzeniami pomocniczymi oraz wykonaniem adaptacji pomieszczeń w zakładzie diagnostyki obrazowej szpitala wielospecjalistycznego im. dr Ludwika Błażka w Inowrocławiu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014 /S 181-318969.

16 stycznia 2015 roku Zamawiający ogłosił wynik postępowania, odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) oraz poinformował, że do realizacji zamówienia wybrał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie FUJIFILM Europe GmbH Oddział w Polsce z siedzibą w Alejach Jerozolimskich 178, 02-486 Warszawa oraz SHIM-MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

26 stycznia 2015 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 oraz dochowując terminu zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- zasad udzielania zamówienia publicznego przez obrazę przepisów art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy odrzucenie oferty Odwołującego, ponieważ jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) podczas, gdy treść oferty Odwołującego zgodna jest z SIWZ,

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób, który zapewnia zachowanie uczciwej i wybór wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy.
- art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez brak poprawienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej ewentualnie brak poprawienia inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania przez nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania, wyjaśniając, że oferta Odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odrzucenie oferty było konsekwencją naruszenia prawa przez Zamawiającego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że w dniu 20.09.2014r., Zamawiający na swojej stronie ogłosił ogłoszenie wraz załącznikami i SIWZ, które zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 181-318969 o postępowaniu o zamówieniu publicznych pod nazwą: „Przetarg nieograniczony nr D-33/2014 na dostawę dwóch cyfrowych aparatów Rtg wraz z wykonaniem adaptacji pomieszczeń Zakładu Diagnostyki Obrazowej. Postępowanie, o którym mowa powyżej zostało oszacowane przez Zamawiającego na kwotę wyższą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych. Pierwszy termin składania ofert został wyznaczony na dzień 29.10.2014r., gdzie w SIWZ na stronie 10 Zamawiający informuje, że wyjaśnienia zostaną udzielone pod warunkiem, że pytania wpłyną do końca dnia, który upływa z datą 08.10.2014r. W dniu 22.10.2014r. na stronie internetowej Zamawiającego pojawiła się informacja o zmianie terminu składania ofert na dzień 31.10.2014r. Ale z racji dużej ilości pytań od potencjalnych wykonawców po raz kolejny

Zamawiający przesunął termin składania ofert na dzień 07.11.2014r., umieszczając taką informację dwa dni później, czyli 24.10.2014r. W sumie ilość pytań, jaka została złożona przez potencjalnych wykonawców to 204, a co za tym idzie, informacje zawarte w opisie przedmiotu zamówienia wymagały bardziej szczegółowego opisu oraz wyjaśnienia niezrozumiałych treści SIWZ.

W dniu 07.11.2014r. zostały złożone trzy oferty, podmiotów które zdecydowały się wziąć udział w postępowaniu. Po informacji dotyczącej kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie całości zamówienia przewodniczący komisji rozpoczął otwieranie kopert z ofertą, która została złożona jako pierwsza, podając zgodnie ustawą dane wykonawcy oraz kwotę za którą chce wykonać całość zamówienia. Tak samo uczyniono z kolejną kopertą oferenta nr 2 oraz 3.

W dniu 25.11.2014r. Odwołujący otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie pisma złożonego przez konsorcjum firm: FUJIFILM Europę GMBH Sp. z o. o. oddział w Polsce Al. Jerozolimskie 178, 02-486 Warszawa i SHIM-MED POLSKA Sp. z o. o. ul. Naruszewicza 21 A, 02-627 Warszawa z wyznaczonym przez Zamawiającego nieprzekraczalnym terminem w dniu 28.11.2014 r. do godziny 12:00. Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej swojego działania. Wezwał jedynie do złożenia wyjaśnień dotyczących pisma wyżej wskazanego oferenta. Ustawa nie zna takiej możliwości, aby jeden wykonawca w trakcie trwania postępowania odpowiadał na pytania zadane przez innego wykonawcę, a także odnosił się do zarzutów innego wykonawcy wskazujących na konieczność odrzucenia określonej oferty lub wniosku o dokonanie wyboru oferty konkurencyjnej. Ponieważ Zamawiający oczekiwał ustosunkowania się do każdego punktu z pisma, to należy rozumieć, iż Odwołujący miał także odnieść się do wytycznych wskazanego wyżej Konsorcjum co do odrzucenia oferty Odwołującego. Tego także ustawa nie przewiduje. Stanowi to jednak przejaw stosowania przez Zamawiającego praktyk, które jednoznacznie naruszają zasadę równego traktowania stron w postępowaniu - art. 7 ustawy. Idąc naprzeciw Zamawiającemu i udzielając szczegółowych informacji na piśmie obalając wszystkie wątpliwości w pytaniach zadanych przez konkurencję Odwołujący dokonał jeszcze bardziej szczegółowego opisu aby rozwiązać wszystkie wątpliwości.

Pismem z dnia 16.01.2015r. Zamawiając poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu Oferty Odwołującego.

Pierwszy zarzut stawiany Odwołujący dotyczy kwestii jednego producenta każdego z aparatów RTG. Zamawiający jednak nie podał w wyżej wskazanej informacji, wobec którego z aparatów formułuje wyżej określony zarzut. Można jedynie domyślać się, że zarzuty stawiane przez Zamawiającego są nieudolną kopią zarzutów stawianych przez Konsorcjum w piśmie z dnia 18.11.2014r. Zamawiający nie wymagał w załączniku nr 2 A, aby „generator, lampa rentgenowska, stół kostny, kolumna podłogowa” były wyprodukowane przez tego samego producenta. Wymagał natomiast w załączniku nr 2A, aby „generator, lampa rentgenowska, stół kostny, zawieszenie sufitowe” pochodziły od jednego producenta. Zatem zarzut wyartykułowany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 16.01.2015r. odnośnie treści SIWZ w zakresie Załącznika nr 2A jest nieprawdziwy. Zamawiający wymaga w SIWZ aby *„Istotne elementy oferowanego aparatu RTG, (...)wyprodukowane przez tego samego producenta.”* Sugestią Konsorcjum jest, że Odwołujący złożył informację niezgodną ze stanem faktycznym, ponieważ lampa RTG nie jest Varian/Control X a Varian Medical Systems. Dodatkowo pojawia się informacja, że Varian Medical Systems jest firmą niezależną i niepowiązaną z firmą Control X Medical LTD. Odwołujący nie zna stanowiska Zamawiającego, ale na jego wyraźne wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało wysłane pismo o następującej treści: *skoro w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający nie zdefiniował pojęcia producent, oraz fakt, że ustawa Pzp również nie zawiera tej definicji Odwołujący oparł się na powszechnie obowiązujących przepisach w szczególności Kodeks Cywilny, do którego bezpośrednio odsyła ustawa Pzp w art. 14. Wynika z tych przepisów, że należy wyraźnie odróżnić producenta od wytwórcy materiału, surowca lub części składowej. Celem działalności producenta jest wytwarzanie określonych produktów, do których wytworzenia może używać surowców, materiałów lub części składowych. Nie może zatem utracić przymiotu producenta podmiot, który wytwarza określone dobra z materiałów i części składowych dostarczonych przez inne podmioty. Za takim samym rozumieniem producenta opowiadały się kilkakrotnie orzekające Zespoły Arbitrów (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 lipca 20016r., sygn. Akt UZP/ZO/O- 2140/06, Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 maja 2006 r., sygn. Akt UZP/ZO/O-l396/06).* Szukając odpowiedzi aby w pełni wyczerpać znajomość tematu Odwołujący powołał się na zapis art. 449¹ § 1 Kodeksu cywilnego, w którym jest wymienione słowo producent. Bezpośrednio określenie słowa producent jest określone w ustawie z dnia 12 grudnia 2003r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów w art. 3 pkt 2, w której ustawodawca określa to w następujący i

zarazem bardzo wyczerpujący sposób: „Użyte w ustawie określenia oznaczają: pkt 2) producent: lit a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt; lit. b) przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela - importera produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym; lit. c) przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem. Z tych przepisów jasno wynika, że producent nie koniecznie musi być jest utożsamiany z wytwórcą, ponieważ już sam fakt uczestnictwa w procesie dostarczania lub udostępniania produktu wykazuje znamiona producenta. A co za tym idzie mając na uwadze powyższe, Odwołujący spełnił wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał w SIWZ innej definicji producenta niż funkcjonującej w powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Zamawiający nie dokonał też tego na żadnym innym etapie postępowania łącznie z pismem informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego. Nie jest wg Odwołującego możliwe inne rozumienie tego wymogu, gdyż byłoby one sprzeczne z prawem i naruszałoby zasady uczciwej konkurencji. Na potwierdzenie tego wymagania Zamawiający oczekiwał złożenia dokumentu. Odwołujący taki dokument złożył - w stosunku do obu aparatów są to deklaracje zgodności obejmujące wszystkie elementy wobec których Zamawiający sformułował wymóg „tego samego producenta”. Należy jednak podkreślić, iż w niniejszym postępowaniu nie mogę być badane kwestie związane z załączeniem bądź odpowiednich dokumentów, których wymagał Zamawiający, gdyż z treści informacji z dnia 16.01.2015r. jednoznacznie wynika, że jednym z powodów odrzucenia oferty Odwołującego jest brak spełniania wymogu a nie wątpliwości dotyczące jego udokumentowania. Gdyby bowiem Zamawiający oczekiwał wyjaśnień w zakresie wykazania, że oferowany przedmiot zamówienia pochodzi od jednego producenta, to z pewnością wezwałyby Odwołującego o złożenia konkretnych informacji w tym zakresie. Zamawiający dokonał badania oferty Odwołującego i oczywista dla niego była zarówno

definicja producenta jak również fakt, że przedmiot postępowania oferowany przez Odwołującego jej nie spełnia. Odwołujący wskazuje, że dokumentami poświadczającymi spełnienie wymogu są następujące strony oferty Odwołującego: w zakresie aparatu Control X strona 54 - 55, oraz w zakresie aparatu Arcoma strona 64 - 65. W piśmie z dnia 28.11.2014 r. Odwołujący wskazał, że aparaty posiadają certyfikaty w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że obydwa aparaty posiadają również deklaracje zgodności. W piśmie z dnia 28.11.2014r. Odwołujący wskazał istotne dla rozstrzygnięcia tej kwestii okoliczności.

Dodatkowo próbując niejasne zarzuty Zamawiającego związane z „producentem” wyjaśnić załączył do odwołania następujące dokumenty: Oświadczenie producenta Control X, Oświadczenie producenta Arcoma.

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodność oferty z treścią SIWZ - pkt. V ppkt 3 i 4.załącznika nr 2. Wskazać należy, że Zamawiający dokonał zmiany SIWZ pismem z dnia 30.10.2014r.

Pierwotny opis parametru technicznego brzmiał tak:

3	Minimalna odległość blatu od podłogi	≤ 55 cm ≤ 75 cm Zmiana z dnia 30.10.2014	55 cm
4	Zakres elektrycznej regulacji w pionie	≥ 30 cm Zmiana z dnia 30.10.2014	-----

Odwołujący w piśmie wyjaśniającym z dnia 28.11.2014r. przedstawił raz jeszcze pełen opis oraz opis producenta i rysunek techniczny, udowadniając, że bardzo precyzyjnie potwierdza wymagania opisu technicznego. Poniżej Odwołujący cytuje odpowiedź jaka została udzielona Zamawiającemu, który prosił o złożenie wyjaśnień:

„Wykonawca zaoferował stół pacjenta z minimalną odległością blatu od podłogi 55 cm wraz z elektryczną regulacją w pionie w zakresie. Zapis *zakres elektrycznej regulacji w pionie* został wykreślony, gdyż Zamawiający odstąpił od tego wymagania. Wykonawca jednak potwierdza, że stół, który zaoferował jest stołem spełniającym wszystkie wymagania Zamawiającego,

a nawet je przekracza, ponieważ posiada również elektryczną regulację w pionie. Stół ten bowiem nie pracuje tylko na wysokości 75 cm, ale może opuszczać się do wysokości 55 cm, jak również podnosić do wysokości 80 cm. Uważamy zatem, że zaoferowany przez nas wysokiej jakości stół rentgenodiagnostyczny pozwoli Państwu zdecydowanie lepiej wykorzystać funkcjonalności całego przez nas zaoferowanego aparatu. Jako dowód załączamy materiał informacyjny producenta.” Dołączył również folder oraz rysunek techniczny otrzymany od producenta.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty dotyczącej stołu Zamawiający napisał, że Odwołujący „nie podał również informacji na temat typu oferowanego stołu”. Odwołujący nie zgadza się z tym argumentem, ponieważ zarówno w załączniku nr 2 do oferty jak i w wyjaśnieniach z dnia 28.11.2014r. napisał że typ stołu nosi nazwę Phoenix. Innej nazwy własnej oraz typu producent nie stosuje. Odwołujący nie ma prawa zmieniać nazw własnych oraz podawać informacji niezgodnych ze stanem faktycznym.

Kolejny zarzut w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego (pkt VII ppkt. 2 Załącznika nr 2A do SIWZ - ogniskowa kratki przeciwrozproszeniowej) dotyczył oczywistej omyłki pisarskiej - polegającej na błędnym wpisaniu parametru wymaganego przez Zamawiającego. Zostało to wyjaśnione również w piśmie wyjaśniającym, które Odwołujący złożył w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Treść złożonego wyjaśnienia jednoznacznie potwierdza, że: *„Ogniskowa kratki przeciwrozproszeniowej jest jedynie wartością, którą klient podaje producentowi w momencie składania zamówienia na aparat. Wartość ta nie wpływa w żaden sposób na jakość, pracę ani funkcjonalność całego aparatu. Wartość ta określa jedynie przyzwyczajenie w sposobie pracy obsługi przez Zamawiającego. Potwierdzamy zatem, że w przypadku wybrania naszej oferty jako najkorzystniejszej Zamawiający otrzyma ogniskową kratkę przeciwrozproszeniową większą niż 170 cm a nawet więcej bo do 200 cm.* Taki argument został wymieniony w uzasadnieniu do odrzucenia oferty na co Odwołujący nie wyraża zgody decydując się na złożenie niniejszego odwołania.

Ponadto Odwołujący składa wraz z odwołaniem dokumenty, z których wynika specyfika podanego parametru oraz, który potwierdza, że jest to oczywista pomyłka pisarska. Na dowód Odwołujący załączył oświadczenie od producenta dotyczące informacji o ognisku

kratki przeciwrozproszeniowej. Należy zatem stwierdzić, że wyżej wskazana sytuacja wyczerpuje okoliczności obligujące Zamawiającego do poprawienia omyłki bądź na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy bądź na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Nie ulega bowiem żadnej wątpliwości, że ze zebranych dokumentów wynika, że Odwołujący dostarczy przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ, a wskazanie tego parametru w sposób prawidłowy nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

W dniu wyznaczonym przez Zamawiającego Odwołujący wysłał tą samą drogą (faks) o godzinie 11.03 brakujące dokumenty (informacja o grupie kapitałowej) oraz wyjaśnienia do zadanych pytań przez Zamawiającego (załącznik nr 1) w których szczegółowo zostały opisane i wyjaśnione wszystkie wątpliwości. Z racji braku wezwania do złożenia wyjaśnień bezpośrednio od Zamawiającego a jedynie posiłkowanie się informacjami od firmy konkurencyjnej dotyczącymi zastrzeżeń co do oferty Odwołującego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania a nie wykonawcą. Czytając zarzuty jakie postawiła firma konkurencyjna odnosi się wrażenie, że Zamawiający nie ma żadnego wpływu na przebieg postępowania, mało tego nie opiera się na własnej wiedzy a na wiedzy innej przegranej firmy, która zrobi wszystko aby Zamawiający zmienił zdanie.

Przedstawił tabelkę, z której wynika, że oferta złożona przez konkurencyjne Konsorcjum nie jest dla Zamawiającego korzystna przede wszystkim finansowo.

Opis podlegający wycenie	Meditech Sp. z o. o.	Konsorcjum firm: X. FujiFilm 2. SHIM-Med.
Łączna cena za dwa cyfrowe aparaty rentgenowskie wraz z urządzeniami pomocniczymi, dostawą, montażem, uruchomieniem i przekazaniem do	1.395.072,00 PLN	1.402.185,00 PLN
Łączna cena za wykonanie robót polegających na adaptacji pomieszczeń w Zakładzie Diagnostyki Obrazowej, zgodnie z załączoną koncepcją w celu uruchomienia dwóch	98.400,00 PLN	267.535,00 PLN
Łączna cena za cały przedmiot zamówienia	1.493.472,00 PLN	1.669.710,00 PLN
Dodatkowa kalkulacja wynikająca z treści umowy:		
Stawka 1 roboczogodziny za naprawę przedmiotu zamówienia po okresie gwarancji	172,20 PLN	492,00 PLN
Kosz obowiązkowych przeglądów dwóch aparatów RTG w ciągu roku po okresie	1.722,00 PLN	22.140,00 PLN

Podstawowym argumentem dla Zamawiającego jest wydatkowanie środków publicznych, gdzie na Zamawiającym ciąży jeszcze przestrzeganie prawa w zakresie ustawy o finansach publicznych. W ustawie tej Zamawiający jest zobowiązany do wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny i celowy. Celowość w tym wypadku powinna być rozumiana jako wartość dodana, która w obecnym stanie prawnym jest określona w ustawie Prawo zamówień publicznych jako pozacenowe kryterium oceny ofert. Z racji tego, że ogłoszenie o zamówieniu publicznym ukazało się miesiąc przed wejściem nowelizacji ustawy, ale już z wiedzą, że taki obowiązek zostanie narzucony, Zamawiający mając takie argumenty i wiedzę powinien dokonać analizy ofert, gdzie wybierze zgodnie ze swoim kryterium jakim jest cena oraz poszukać czy nie ma wartości dodanej.

Mając na uwadze powyższe informacje Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących artykułów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 7 w którym ustawodawca nakazuje przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Trudno tu dopatrzeć się, że Zamawiający bezwzględnie przestrzega tej elementarnej ustawowej zasady, ponieważ zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późniejszymi zmianami) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Nie ma żadnej informacji dotyczącej, jaki cel ma Zamawiający w odrzuceniu oferty Odwołującego, skoro aparaty zaoferowane są lepsze, wydajniejsze no i przede wszystkim bardziej innowacyjne i tańsze. Dowody przedstawione w tabelkach jednoznacznie potwierdzają taki stan rzeczy. Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 stycznia 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FUJIFILM Europe GmbH Oddział w Polsce z siedzibą w Alejach Jerozolimskich 178, 02-486 Warszawa oraz SHIM-MED POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 26 stycznia 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 28 stycznia 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu

z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowód (dowód nr 1) złożony na rozprawie przez Odwołującego wykonawcę Meditech Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach przy ulicy Wirowskiej 6, 62-052 Komorniki - pismo z dnia 7 listopada 2014 r. oświadczenie firmy Arcoma AB (1 karta) w języku angielskim wraz z odręcznym tłumaczeniem dokumentu na jego odwrocie. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14). Niezgodność

treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w złożonej ofercie przez Odwołującego brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniem jakie złożył Odwołujący a wymaganiami Zamawiającego.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzi do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy a dotyczącego zaoferowania istotnych elementów aparatu – Izba uznała zarzut za niezasadny*

Zamawiający zgodnie z SIWZ, Załącznik nr 2 Zestawienie granicznych parametrów techniczno – użytkowych cyfrowego aparatu RTG Stacjonarnego (Montowany w pracowni nr 3) w punkcie I ppkt 2 wymagał : Istotne elementy oferowanego aparatu RTG, tj. generator, lampa rentgenowska, stół kostny, kolumna podłogowa wyprodukowane przez tego samego producenta”.

Zgodnie z SIWZ, Załącznik nr 2A Zestawienie granicznych parametrów techniczno – użytkowych cyfrowego aparatu RTG Stacjonarnego (Montowany w pracowni nr 1) w punkcie I ppkt 2 wymagał : Istotne elementy oferowanego aparatu RTG, tj. generator, lampa rentgenowska, stół kostny, statyw do zdjęć odległościowych, zawieszenie sufitowe wyprodukowane przez tego samego producenta”.

Zgodnie z pismem z 16 stycznia 2015 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w uzasadnieniu decyzji podając, że *Zamawiający zgodnie z zapisem w pkt I ppkt 2 załącznika nr 2 oraz 2a, wymagał, aby istotne elementy aparatów RTG tj. generator, lampa rentgenowska, stół kostny, kolumna podłogowa wyprodukowane były przez tego samego producenta. Z oferty złożonej przez wykonawcę firmę Meditech wynika, iż zaoferowane lampy RTG oraz generator do aparatu pochodzą od innego producenta, co jest niezgodne z wymogami jakie Zamawiający zawarł w SIWZ.*

Po pierwsze – z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający odnosi się zarówno do aparatu zaoferowanego w załączniku nr 2 jak i nr 2a do SIWZ. Nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego przedstawioną na rozprawie jak również w odwołaniu, że nie wiadomo o który aparat chodzi, bowiem Zamawiający przywołał postanowienia pkt I ppkt 2 z załącznika nr 2 natomiast nie przywołał takich postanowień z załącznika nr 2a, gdzie wymienia inne istotne elementy aparatu. Z uzasadnienia odrzucenia

oferty wynika, że Zamawiający wskazał na to, że „lampy RTG oraz generator” pochodzą od innych producentów i należy zaznaczyć, że do tych właśnie istotnych elementów, jakie opisał w SIWZ, ograniczył swoją argumentację faktyczną. Należy również zaznaczyć, co wynika w wyżej przytoczonych postanowieniach SWIZ, że dla obu aparatów Zamawiający wymagał aby lampa RTG oraz generator pochodziły od tego samego producenta. Jednocześnie w uzasadnieniu decyzji Zamawiający posługuje się liczbą mnogą w zakresie lamp RTG jak również powołuje oba załączniki do SIWZ (załącznik nr 2 i nr 2a). Tym samym w ocenie Izby uzasadnienie decyzji Zamawiającego jest pełne i wynika z niego, że Zamawiający odnosi się do aparatów RTG zaoferowanych w załączniku nr 2 i nr 2a do SIWZ.

Po drugie – zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał aby istotne elementy aparatu, każdego z aparatów wskazanych w załączniku nr 2 i nr 2a do SIWZ (pkt 1 ppkt 2 każdego z formularzy), takie jak lampa rentgenowska oraz generator były wyprodukowane przez tego samego producenta.

Istota sporu w tym zakresie sprowadza się do rozumienia określonego w SIWZ wymagania „istotne elementy oferowanego aparatu RTG (...) wyprodukowane przez tego samego producenta”. W tym zakresie Zamawiający odnosi się do poszczególnych elementów całego aparatu wymieniając je enumeratywnie oraz wskazuje na istotne elementy. W ocenie Izby podając tak szczegółowo wymagania w zakresie istotnych elementów aparatów RTG jednoznacznie określił, że określone konkretnie elementy aparatów muszą być wyprodukowane przez ten sam podmiot.

Uciekanie się Odwołującego w odwołaniu do argumentacji opartej na wskazaniu, że urządzenia mają „pochodzić” od jednego producenta (cytat z odwołania: *Zamawiający nie wymagał w załączniku nr 2 A, aby „generator, lampa rentgenowska, stół kostny, kolumna podłogowa” były wyprodukowane przez tego samego producenta. Wymagał natomiast w załączniku nr 2A, aby „generator, lampa rentgenowska, stół kostny, zawieszenie sufitowe” pochodziły od jednego producenta. Zatem zarzut wyartykułowany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 16.01.2015r. odnośnie treści SIWZ w zakresie Załącznika nr 2A jest nieprawdziwy*) a następnie dowodzenie, że pojęcie „producenta” na podstawie różnych aktów prawnych ma różne znaczenie i w związku z tym zaoferowanie aparatu przez producenta, który „niekoniecznie musi być utożsamiany z wytwórcą ponieważ już sam fakt uczestnictwa w procesie dostarczenia lub udostępnienia produktu wskazuje znamiona producenta” stanowi w ocenie Izby próbę nieuprawnionej interpretacji jasno określonych wymagań Zamawiającego. Potwierdza to również odpowiedź na pytanie nr 9 z dnia 30

października 2014 roku, gdzie wykonawca wnioskował o rezygnację z postanowień pkt I pppk 2 i wniósł o dopuszczenie aparatu RTG, którego poszczególne, określone przez Zamawiającego istotne elementy nie będą od tego samego producenta, w odpowiedzi na ten wniosek Zamawiający nie dokonał modyfikacji SIWZ i wskazał, że oferta ma zostać złożona zgodnie z jej postanowieniami.

Na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, że rozumie podane w SIWZ określenie „wyprodukowane przez tego samego producenta” jako *złożenie tzn. wyprodukowanie danego aparatu z różnych komponentów (np. lampa RTG, generator) pochodzących od różnych wytwórców*. Odwołujący zaoferował w załączniku nr 2 – aparat RTG PerformX Digi Producent Control-X Medical, w którego skład wchodzi lampa RTG A191B130 Varian/ContoroX natomiast w załączniku nr 2a – aparat RTG Precision Producent Arcoma AB, w którego skład wchodzi lampa RTG SG 292 BOpti Varian/ARCOMA.

Z załączonego do odwołania dokumentów tj. oświadczenia z 6 listopada 2014 roku Control-X Medical Ltd wynika, że elementy systemu Perform-X Digi między innymi takie jak generator stworzone są przez Control-X, natomiast lampa rentgenowska z kołpakiem stworzone są przez Varian Medical System.

Natomiast w przedstawionym na rozprawie oświadczeniu (dowód nr 1) z dnia 7 listopada 2014 roku firmy Arcoma AB dotyczącego systemu Precision wskazano jako jeden z głównych komponentów lampę wytworzoną przez Varian model nr A292 lub G292.

Z dowodów powyższych, jak również ze stanowiska Odwołującego wynika jednoznacznie, że w obu przypadkach (załącznik nr 2 i nr 2a) Odwołujący zaoferował aparaty RTG których lampy rentgenowskie, stanowiące istotny element aparatu, zostały wyprodukowane przez innego producenta. Tym samym nie zostało spełnione przez Odwołującego w złożonej ofercie określone wymaganie w SIWZ, Odwołujący niezgodnie z postanowieniami SIWZ zaoferował aparat RTG, gdzie istotne elementy jak lampa rentgenowska i generator nie zostały wyprodukowane przez tego samego producenta. Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

II.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy a dotyczącego minimalnej odległości blatu od podłogi – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający wymagał w załączniku nr 2 w pkt V ppkt 3 – „minimalna odległość blatu od podłogi ≤ 75 ”, Zamawiający wykreślił z opisu wymagania wskazane w załączniku nr 2 w pkt V ppkt 4 – „zakres elektrycznej regulacji w pionie ≥ 30 cm” (ustalił ostateczne brzmienie SIWZ w wyniku wyjaśnień i modyfikacji SWIZ z dnia 30 października 2015 roku). Odwołujący zaoferował minimalną odległość blatu od podłogi „55 cm”.

Odwołujący zaoferował stół, który posiada inną odległość (55 cm) od minimalnej wymaganej przez Zamawiającego (≤ 75). Oświadczenie Odwołującego złożone w ofercie jest jasne i precyzyjne. Wyjaśnienia jakie poczynił Odwołujący w piśmie z 28 listopada 2014 roku wskazują na to, że zaoferowana wartość odległości blatu od podłogi 55 cm stanowi wartość minimalną natomiast stół posiada elektryczną regulację w pionie. Odwołujący nie wskazał aby taka informacja zawarta została w ofercie.

Nadmienić należy, że Zamawiający zrezygnował z określenia zakresu elektrycznej regulacji a minimalną odległość stołu od podłogi określił na poziomie 75 cm, tym samym wykonawcy, aby ich oferta była zgodna z wymaganiami Zamawiającego obowiązani byli zaoferować stół pacjenta o odległości od podłogi nie mniejszej niż 75 cm.

Tym samym nie zostało spełnione przez Odwołującego w złożonej ofercie określone wymaganie w SIWZ, Odwołujący niezgodnie z postanowieniami SWIZ zaoferował stół pacjenta o minimalnej odległości od podłogi wynoszącej 55 cm. Zamawiający dokonując oceny oferty nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

II.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy a dotyczącego braku podania typu oferowanego stołu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z pismem z 16 stycznia 2015 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w uzasadnieniu decyzji podając, że w załączniku nr 2 Odwołujący nie podał informacji na temat typu oferowanego stołu.

Na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, że „Phoenix to jest jedyna nazwa jaką posługuje się producent Control-X dla stołu ruchomego”. Zamawiający zbudował argumentację w oparciu o załączony do pisma Odwołującego z dnia z 28 listopada 2014 roku rysunek techniczny i zawarty tam numer 2520-DD01-A, który w ocenie Zamawiającego jest określeniem typu stołu pacjenta.

W ofercie (str. 71) znajduje się wyszczególnienie elementów wchodzących w skład systemu Perform-X gdzie między innymi wskazany został „stół podnoszony Phoenix-22 z kratką przeciwrozproszeniową oraz podstawką”. W ofercie w punkcie V Odwołujący podał „Phoenix/Contrl-X”.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego, bowiem w SWIZ wymagał podania typu i producenta oferowanego elementu aparatu. Z przedstawionej przez Odwołującego wraz z ofertą dokumentacji, którą w trakcie rozprawy powoływał sam Odwołujący (str. 71 oferty) wynika, że nazwa Phoenix (jak sam określił na rozprawie Odwołujący) została uzupełniona o „22”. Niewątpliwie stanowi to określenie dodatkowe, które identyfikuje zaoferowane urządzenie, a które to określenie zostało odzwierciedlone w dokumentach rejestrowych.

Zamawiający dokonując oceny oferty nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

IV.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Zamawiający poprawia w ofercie (...)oczywiste omyłki pisarskie i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Zamawiający poprawia w ofercie (...) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona a także art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy a dotyczącego odrzucenia oferty i brak poprawy

oczywistej omyłki pisarskiej ewentualnie inne omyłki stołu polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert w zakresie podanej wartości ogniskowej kratki przeciwrozporoszeniowej

– Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględny obowiązkowi wzywaniu wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący wskazywał w odwołaniu i na rozprawie, że Zamawiający posłużył się wzywając do złożenia wyjaśnień pismem innego wykonawcy, w którym to piśmie były określone elementy oferty podlegające wyjaśnieniu. Wskazać należy, że ustawa nie zabrania podawania informacji przez odwołanie się do innego dokumentu i o ile taki dokument został wykonawcy przedstawiony i może się z nim zapoznać to nie dochodzi do naruszenia żadnych zasad. Niewątpliwie bardziej przejrzyste byłoby gdyby Zamawiający wpisał w treść swojego pisma zakres oferty jaki pragnie wyjaśnić oraz jakie chce uzyskać informacje, jednakże nie zmienia

to faktu, że pismo innego wykonawcy w dokumentacji postępowania pozostaje i jest dostępne a skoro zrodziło po stronie Zamawiającego wątpliwości, to słusznie poczynił Zamawiający, że wezwał do złożenia wyjaśnień.

Należy zaznaczyć, że w zakresie uprawnienia Zamawiającego nie mieści się prowadzenie żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu a także dokonanie jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2.

Istotnym i znamionym jest również fakt, iż wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1092/09). Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy. Jak wskazuje Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...)W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)*".

Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) 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. Natomiast oferty zawierające inne omyłki, których nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy podgalaają odrzuceniu i stanowi to obowiązek Zamawiającego, który płynie z treści art. 89 ust.1.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Zamawiający poprawia oczywiste omyłki pisarskie – oczywista omyłka pisarska o jakiej jest mowa w tym przepisie jest widoczna *prima face*, rzuca się w oczy każdemu, stanowi w szczególności przypadkową niedokładność. Oczywistość takiej omyłki wraża się również w tym, że jej usunięcie jest możliwe bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów, gdyż istnieje jeden możliwy sposób jej poprawienia.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania.

Zamawiający w załączniku nr 2a pkt VII ppkt 2 w parametrze „ogniskowa kratki przeciwrozproszeniowej” określił wymóg „≥170 cm”. Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował „150 cm”.

W złożonych wyjaśnieniach pismem z 28 listopada 2014 roku, Odwołujący przyznał, że popełnił omyłkę wskazując, że była to oczywista omyłka pisarska. Wskazał również, że urządzenie oferowane posiada ogniskową kratki przeciwrozproszeniowej równą 170 cm.

W dołączonym do odwołania oświadczeniu z dnia 27 listopada 2014 roku firmy Arcoma AB podane zostało, że „Arcoma AB jest w pełni przygotowania do wyprodukowania systemu z odległością ogniska kratki Bucky w zakresie 150-200 cm (...)”

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego. Zamawiający określił wymagania na poziomie minimalny 170 centymetrów. Odwołujący oferując 150 cm nie spełnił wymagań Zamawiającego. Nie można w tym przypadku mówić o omyłce pisarskiej, bowiem nie jest to niedokładność, niepoprawność pisarska – wartość która została podana przez Odwołującego nie nosi znamion żadnej pomyłki pisarskiej. Nie jest to również inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodująca istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający określając wymagania w zakresie parametru wskazał na minimalną granicę, więc spełnia wymagania Zamawiającego, każda wartość zaoferowanego parametru, która byłaby równa lub większa od 170 cm. Nie istnieje zatem możliwość samodzielnego poprawienia oferty przez Zamawiającego, bez ingerencji wykonawcy ponieważ z żadnej części oferty nie wynikało, że zaoferowany parametr jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Jednocześnie poprawność oferty złożonej przez Odwołującego tzn. to, że zaoferowany parametr (150 cm) faktycznie istnieje, jest dostępny i można go zaoferować potwierdza oświadczenie załączone do odwołania, z którego wynika, że może zaoferować aparat z ogniskową kratką przeciwrozproszeniową w zakresie od 150 do 200 cm.

Tym samym nie zostało spełnione przez Odwołującego w złożonej ofercie określone wymaganie w SIWZ, Odwołujący niezgodnie z postanowieniami SWIZ zaoferował ogniskową kratkę przeciwrozproszeniową 150 cm. Zamawiający dokonując oceny oferty nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy jak również art. 89 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie

zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: