

Sygn. akt: KIO 1982/18

Sygn. akt: KIO 2001/18

WYROK

z dnia 10 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 października 2018 r. w Warszawie**, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu **1 października 2018 r.** przez wykonawcę: **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1982/18)

B.w dniu **1 października 2018 r.** przez wykonawcę: **Alteris S.A., ul. Ceglana 35,40-514 Katowice** (sygn. akt: KIO 2001/18)

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 11, 11-200 Bartoszyce**

przy udziale:

A. wykonawcy **Alteris S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1982/18** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1982/18 w zakresie czynności odrzucenia oferty Odwołującego: TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

1B. Umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2001/18 w części dotyczącej zarzutów dotyczących zadania nr 01 oraz zadania nr 03, z uwagi na ich uwzględnienie przez Zamawiającego. Oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 2001/18 w części dotyczącej zarzutu dotyczącego zadania nr 05.

2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II, ul. Kardynała**

Stefana Wyszyńskiego 11, 11-200 Bartoszyce i Alteris S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** i **Alteris S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice** tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od **Szpitala Powiatowego im. Jana Pawła II, ul. Kardynała Stefana**

Wyszyńskiego 11, 11-200 Bartoszyce na rzecz **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od **Alteris S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice** na rzecz **Szpitala**

Powiatowego im. Jana Pawła II, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 11,

11-200 Bartoszyce kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1982/18

Sygn. akt: KIO 2001/18

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z możliwością składania ofert częściowych w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawa sprzętu medycznego oraz sprzętu ICT w ramach projektu pn. „Poprawa efektywności systemu ratownictwa medycznego w Powiecie Bartoszyckim poprzez modernizację i doposażenie SOR Szpitala

Powiatowego w Bartoszykach”, nr sprawy: 10/2018, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 131 - 298428 z 11.07.2018 r., przez Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 11, 11-200 Bartoszyce zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 21.09.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” dla zadania 3 - TMS Sp.

z o.o., ul. Wiernicza 84, 02-952 Warszawa zwany dalej: „TMS Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1982/18”. Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w pkt 3 USG (głowice con+lin+kardio+endo) 1 szt. I 79 w kolumnie *Parametr wymagany* wymagał: „Liczba przetworników piezoelektrycznych -160”, ponadto Zamawiający dopuścił w wyjaśnieniach treści SIWZ z dn. 22.08.2018r.: „Liczba przetworników piezoelektrycznych m.in. w trzech rzędach - 500”. Wykonawca w kolumnie - *Parametr oferowany* - wpisał: „Tak, zgodnie z opisem parametru, 192 przetworniki piezoelektrycznych.” Oferowany parametr nie jest zgodny z wymaganiem Zamawiającego.

W dniu 21.09.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp dla zadania 1, 3 i 5 - Alteris S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice zwana dalej: „Alteris S.A.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2001/18” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1982/18” oraz unieważnieniu postępowania

dla zadania 1 na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp. Zadanie 1 – Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ w pkt 4 Kardiomonitor (rzut serca, ciśnienie wewnątrzczaszkowe) 2 szt. III 9 w kolumnie - *Parametr wymagany* - wymagał: „Analiza odchylenia odcinka ST w zakresie $\pm 0.5mV$ ”; Wykonawca w kolumnie *Parametr oferowany* wpisał: „TAK, Analiza odchylenia odcinka ST w zakresie $\pm 2.0mV$ ”. Oferowany parametr nie jest zgodny z wymaganiem Zamawiającego.

Zadanie 3 – Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ w pkt 1 RTG cyfrowe przyłóżkowe (samojezdne) 1 szt. II 3 w kolumnie *Parametr wymagany* wymagał: „Zakres regulacji czasem ekspozycji 1 ms do 6,4 sek”, ponadto Zamawiający dopuścił w wyjaśnieniach treści SIWZ z 22.08.2018r. : „... aparat w którym czas ekspozycji może być regulowany w zakresie od 1 msec do 2,5 sek”. Wykonawca w kolumnie *Parametr oferowany* wpisał: „TAK, zgodnie z odpowiedziami na pytania z dnia 22.08.2018, zakres regulacji czasem ekspozycji 1 ms do 4 s.”. Zamawiający nie dopuścił regulacji czasu ekspozycji w zakresie 1 ms do 4 s. Odnosnie zadanie 5 -

a) Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ w pkt 2 Pompa infuzyjna strzykawkowa 6 szt. I 22 w kolumnie - *Parametr wymagany* - wymagał: „Statyw jezdny do pompy z gniazdami 230V”, Wykonawca w kolumnie *Parametr oferowany* wpisał: „Tak, Statyw jezdny AS (AS01+AS02-1 do pompy z 5 gniazdami 230V, centralnym wyłącznikiem, i 4-ramiennych uchwytem do mocowania tworzywowych pojemników z płynami infuzyjnymi - 3 szt.”. Zamawiający wymagał jednego statywu.

b) Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ w pkt 4 Zestaw do szybkich i regularnych przetoczeń (w tym min. 5 pomp strzykawkowych 1 objętościowa w stacji dokującej) 1 szt. I 22 w kolumnie - *Parametr wymagany* - wymagał: „Statyw jezdny do pompy z gniazdami 230V”, Wykonawca w kolumnie - *Parametr oferowany* - wpisał: „Tak, Statyw jezdny AS (AS01+AS02-1 do pompy z 5 gniazdami 230V, centralnym

wyłącznikiem, i 4-ramiennych uchwytem do mocowania tworzywowych pojemników z płynami infuzyjnymi - 3 szt.". Zamawiający wymagał jednego statywu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1982/18 - TMS Sp. z o.o.:

W dniu 01.10.2018 r. (wpływ bezpośrednia do Prezesa KIO) TMS Sp. z o.o. wniosła odwołanie dla zadania 3 - na czynność z 21.09.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.10.2018 r. (e-mailem). Zamawiający dokonał naruszenia następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż spełnia ona wymogi SIWZ;
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, prawidłowe i łatwe zrozumienie treści opisu oraz nefaworyzujący konkretnego wykonawcy;
- innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z powyższym wnosil o: 1) uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości, 2) dokonania ponownej oceny ofert w sposób zgodny z zasadami Pzp, 3) w konsekwencji powyższych uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Nadto, wnosilo przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący złożył ofertę w zakresie zadania 3, tj. dotyczącą sprzętu do diagnostyki obrazowej i tej oferty dotyczy niniejsze odwołanie. W treści załącznika nr 5 do SIWZ - Formularz szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, w punkcie 79 na stronie 90 - Zamawiający wskazał wymaganie dotyczące przedmiotu umowy w zakresie liczby przetworników piezoelektrycznych, których oferowany sprzęt miał mieć 160. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż jest to wartość graniczna (TAK w rubryce „wartość graniczna”). Odwołujący, uzupełniając załącznik nr 5 do SIWZ, wskazał - zgodnie z żądaniem Zamawiającego - iż oferowany sprzęt spełnia wymóg graniczny, bowiem posiada 192 przetworniki piezoelektryczne. Ilość przetworników w oferowanym sprzęcie nie tylko zatem spełnia oczekiwania Zamawiającego, ale nawet je przekracza. Wskazał, iż spełnianie przez sprzęt wymogu posiadania konkretnej ilości (160) przetworników nie ma znaczenia w kontekście używalności, przydatności, prawidłowości korzystania ze sprzętu czy też jakichkolwiek innych parametrów, co czyniłoby korzystanie ze sprzętu o zwiększonej ilości przetworników utrudnione, mniej efektywne lub wpływające w jakikolwiek sposób na stan zdrowia pacjentów lub operatorów. Zwiększona ilość przetworników nie powoduje żadnych zmian w sposobie korzystania ze sprzętu. Jedyną zmianą, jaką niesie ze sobą zwiększenie liczby przetworników w stosunku do wskazanej w Załączniku nr 5, jest uzyskanie lepszej jakości obrazu, co w diagnostyce obrazowej jest korzyścią dla Zamawiającego. Z punktu widzenia Zamawiającego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, aby żądać sprzętu o tej konkretnej liczbie przetworników, liczba ta nie ma bowiem wpływu na żadne konkretne okoliczności, których zmiana spowodowałaby u Zamawiającego jakiekolwiek problemy czy wymagałaby jakichkolwiek dodatkowych działań (szkoleń, zmiany innego sprzętu etc.). Podkreślił, iż - wobec istnienia na rynku sprzętu o znacznie większej ilości przetworników niż wskazana w SIWZ (np. 256) - możliwość uzyskania przez Zamawiającego produktu o nieco lepszych niż wskazane parametry - jest korzystna i uzasadniona, tym bardziej, jeśli nie wiąże się z tym konieczność podejmowania jakichkolwiek dodatkowych czynności, a konkretna liczba - 160 - nie jest niczym konkretnym podyktowana. Jednocześnie Odwołujący podnosi, iż Zamawiający w wyjaśnieniach treści SIWZ z 22.08.2018 r. wskazał, iż dopuszczalna jest wersja sprzętu spełniająca wymóg „Liczba przetworników piezoelektrycznych min. w trzech rzędach - 500”. Powyższa odpowiedź jednoznacznie wskazuje, w ocenie Odwołującego, iż Zamawiający dopuszczał wyższą ilość przetworników w sprzęcie, byle ich minimum wyniosło 500 w trzech rzędach. W konsekwencji sprzęt zaoferowany przez Odwołującego niewątpliwie spełnia oczekiwania Zamawiającego wskazane w SIWZ. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do spełnienia przez sprzęt Odwołującego powyższego wymogu, winien był - zgodnie z przepisem art. 87 Pzp - wezwać go Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, czego jednak nie uczynił.

Odwołujący podnosił, iż działanie Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego wyłącznie z powodu zaoferowania sprzętu lepszego niż minimalne wymaganie Zamawiającego, jest niezgodne z przepisami prawa i całkowicie nieuzasadnione z punktu widzenia dobrze pojętego interesu Zamawiającego. Brak jest podstaw do wnioskowania, iż w tych konkretnych okolicznościach niezaoferowanie sprzętu z konkretną ilością elementów, lecz z ilością większą, jest niespełnieniem wymogów SIWZ, uzasadniających zastosowanie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Gdyby nawet uznać - pomimo argumentacji przedstawionej poniżej - iż produkt zaoferowany przez Odwołującego nie może być potraktowany jako spełniający wymogi Zamawiającego wprost, należałoby jednak rozważyć, czy zaoferowanie sprzętu opisanego w ofercie Odwołującego nie stanowi oferty sprzętu równoważnego, którego odrzucenie naruszałoby

przepis art. 89 ust. 5 Pzp.

Interpretacja tego konkretnego wymogu Zamawiającego, szczególnie w kontekście celu, dla którego określa się w OPZ ilość przetworników oraz zmiany lub raczej wyjaśnień dokonanych za pomocą wyjaśnień z 22.08.2018 r., prowadzić musi do wniosku, iż wartość graniczna określona jest jako wymóg Zamawiającego opisujący sprzęt, który Zamawiający - zgodnie z jego wyobrażeniem - jest w stanie nabyć w niniejszym postępowaniu. Przywołał wyrok KIO z 21.02.2018 r., sygn. akt: KIO 213/18. W niniejszej sprawie brak jest obiektywnie uzasadnionych rezultatów, dla których Zamawiający miałby żądać akurat konkretnie 160 przetworników w oferowanym sprzęcie, a zaproponowanie sprzętu o większej ilości tych elementów skutkowałoby tym, iż urządzenie byłoby dla Zamawiającego nieprzydatne lub jego zakup niekorzystny.

Jednocześnie podkreślił, iż należy rozważać znaczenie konkretnych parametrów w kontekście całego opisu przedmiotu zamówienia i wagi konkretnych wartości. Przytoczył wyrok KIO z 06.03.2018 r., sygn. akt: KIO 295/18. W konsekwencji zatem stwierdzić należy, iż nie można w niniejszej sprawie mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem zaoferowany przedmiot w każdym zakresie zaspokaja interesy Zamawiającego spełnia wymogi istotne do wykonania przedmiotu zamówienia, a więc dostarczenia USGo parametrach pozwalających na wykonywanie diagnostyki na wysokim poziomie precyzyjności. Odwołujący podnosił przy tym, iż gdyby przyjął, iż Zamawiający faktycznie zażądał, by zaoferowany sprzęt faktycznie spełniał wymóg posiadania konkretnej ilości przetworników, tj. 160 i wyłącznie taki sprzęt może w niniejszym postępowaniu być dopuszczony, należałoby uznać, iż takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji, w szczególności w kontekście znacznego jej ograniczenia na rzecz konkretnego sprzętu. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający pozostaje w swoim rygorystycznym podejściu do spełniania przez sprzęt/ofertę wykonawcy konkretnego warunku bezwzględnie w danej wysokości/kwocie/normie niekonsekwentny, bowiem dopuszcza (jak należy sądzić, wobec nieodrżucenia oferty firmy Synektik) sprzęt posiadający również parametry odbiegające od tych wskazanych w SIWZ jak chociażby datę produkcji oferowanego aparatu USG. W ofercie firmy Synektik podano parametry wariantowe, lub nie podano oferowanych parametrów w ogóle.

Zamawiający w dniu 03.10.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, weszał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.10.2018 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Alteris S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice zwana dalej: „Alteris S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Odnosząc się do treści złożonego odwołania, w pierwszej kolejności podkreślić należy, że jest ono bezzasadne, a złożona przez Odwołującego, oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp ponieważ zaproponowane przez Odwołującego urządzenie nie spełnia parametru określonego przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 do SIWZ w pkt 3 USG 1 szt. I 79. Tym samym, treść oferty w ocenie Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, co stanowi przesłankę odrzucenia oferty.

W ocenie Przystępującego wyjaśnienia Odwołującego nie znajdują racji bytu, ponieważ Zamawiający określił parametru pn. „Liczba przetworników piezoelektrycznych - 160” poprzez wskazanie konkretnej wartości. Umieszczenie przez Zamawiającego w kolumnie obok pn. „Wartości graniczne” słowa „TAK” nie zmienia w tym przypadku sposobu interpretacji tego

parametru. Dość wskazać, że Zamawiający, w przypadku, gdy wymagał parametru o wartościach granicznych wyraźnie taki wymóg opisywał poprzez użyte określenia („min.”). Zatem w przypadku parametru określonego pod pkt 79

Zamawiający, gdyby dopuszczał rozwiązanie posiadające więcej niż 160 przetworników piezoelektrycznych, zostałoby to wyraźnie wskazane poprzez użycie zwrotu „min.”. Powyższego nie zmienia także dopuszczenie przez

Zamawiającego rozwiązania spełniającego wymóg „Liczba przetworników piezoelektrycznych min. w trzech rzędach - 500”. Bezzasadne są także twierdzenia Odwołującego, że skoro zaoferował on: „USG o parametrach pozwalających na

wykonywanie diagnostyki na wysokim poziomie precyzyjności”, to nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ponieważ: „zaoferowany przedmiot zamówienia

w każdym zakresie zaspokaja interesy Zamawiającego”. Przywołał wyrok KIO z 09.04.2013r. o sygn. akt KIO 556/13. Słowem, to Zamawiający zna swoje potrzeby i oczekiwania, przekładając je na treść SIWZ, i nie można oczekiwać, że oferta wykonawcy, której przedmiotem jest urządzenie lepsze (w ocenie tegoż wykonawcy) pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ, zostanie zaakceptowana.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2001/18 - Alteris S.A.:

W dniu 01.10.2018 r. (wpływ bezpośrednia do Prezesa KIO) Alteris S.A. wniosła odwołanie dla zadania 1, 3 i 5 -

na czynność z 21.09.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.10.2018 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z złożonej w Zadaniu nr

01 p.n. Sprzęt monitorujący, pomimo tego, iż jej treść w pełnym zakresie odpowiada SIWZ, 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zakresie Zadania nr 01 p.n. Sprzęt monitorujący na tej podstawie, że nie złożono w tym zakresie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, pomimo tego, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu,

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z złożonej w Zadaniu nr

03 p.n. Sprzęt do diagnostyki obrazowej, pomimo tego, iż jej treść w pełnym zakresie odpowiada SIWZ,

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z złożonej w Zadaniu nr

05 p.n. Sprzęt reanimacyjny, infuzyjny, pomimo tego, iż jej treść w pełnym zakresie odpowiada SIWZ. Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w zakresie zadania nr 01 p.n. Sprzęt monitorujący oraz unieważnienia postępowania w zakresie Zadania nr 01 oraz dokonał ponownej oceny oferty Odwołującego,

2) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w zakresie zadania nr 03 p.n. Sprzęt do diagnostyki obrazowej oraz dokonał ponownej oceny oferty Odwołującego, 3) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w zakresie zadania nr 05

p.n. Sprzęt reanimacyjny, infuzyjny oraz dokonał ponownej oceny oferty Odwołującego.

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Odnosnie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty

Odwołującego z złożonej w Zadaniu nr 01 p.n. Sprzęt monitorujący, pomimo tego, iż jej treść w pełnym zakresie odpowiada SIWZ Zamawiający w informacji o odrzuceniu ofert wskazał, że w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ w pkt 4 Kardiomonitor (rzut serca, ciśnienie wewnątrzczaszkowe 2 szt. III 9 w kolumnie

Parametr wymagany wymagał: „Analiza odchylenia odcinka ST w zakresie $\pm 0.5mV$ ”;

tyczasem Odwołujący w kolumnie Parametr oferowany wpisał: „TAK, Analiza odchylenia odcinka ST w zakresie $\pm 2.0mV$ ”. Odwołujący wyjaśnił, że z zapisów SIWZ wynika, że

wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia wypełnionego we wskazanych miejscach i podpisanego Zał. nr 5 do SIWZ 10/2018 pn. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (zestawienie parametrów wymaganych i podlegających ocenie). Z informacji doręczonej Odwołującemu wynika, że Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego złożoną do Zadania nr 01 pn. Sprzęt monitorujący, uznał, że nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z tego względu, że Odwołujący zaofertował urządzenie o parametrze „Analiza odchylenia odcinka ST w zakresie $\pm 2.0mV$ ”, tymczasem parametr ten w załączniku nr 5 do SIWZ w pkt 4 Kardiomonitor (rzut serca, ciśnienie wewnątrzczaszkowe (szt. 2) III 9 został określony przez Zamawiającego pn. „Analiza odchylenia odcinka ST w zakresie $\pm 0.5mV$ ”. W powyższego wynika, że Zamawiający ocenił oferowany przez Odwołującego parametr $\pm 2.0mV$ jako nie odpowiadający parametrowi określonego przez Zamawiającego w SIWZ ($\pm 0.5mV$). Na tej podstawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Z decyzją Zamawiającego nie sposób się zgodzić, Zamawiający dokonał błędnej oceny oferty Odwołującego i na podstawie tej błędnej oceny, niesłusznie dokonał czynności odrzucenia

oferty Odwołującego. W ocenie Odwołującego oferta złożona przez niego, a odrzucona przez Zamawiającego, spełnia wszystkie parametry wymagane przez Zamawiającego. Podkreślił, że Zamawiający wymagał zaofertowania urządzenia posiadającego parametr pn. „Analiza odchylenia odcinaka ST o zakresie $\pm 0.5mV$ ”. Odwołujący zaofertował urządzenie posiadające szerszy zakres, tj. $\pm 2.0mV$. Zaofertowanie asortymentu o szerszym zakresie parametrów, zdaniem Odwołującego nie powinno dyskwalifikować oferty poprzez uznanie niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Odwołujący w kolumnie Parametr oferowany oferty wyraźnie zaznaczył, że oferowane urządzenie spełnia wymagany parametr oraz wskazał zakres szerszy, od zakresu określonego przez Zamawiającego w kolumnie Parametr wymagany. Zaofertowanie zakresu o wyższych parametrach nie wyklucza jednak ograniczenia ustawień do regulacji w zakresie $\pm 2.0mV$ zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. W sytuacji, gdyby nie było możliwości takiej regulacji, Odwołujący nie złożyłby w ofercie takiej treści oświadczenia. Przywołał wyrokiem KIO z 27.07.2010r., sygn. akt: KIO 1460/2011. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie uwzględnił specyfiki zamówienia przy dokonywaniu czynności badania i oceny ofert. Zaofertowane przez Odwołującego parametry zawierają w swoim zakresie regulacji zakresy opisane i wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający posiada możliwość ustawienia oczekiwanych parametrów, jednocześnie posiadając możliwość ustawienia szerszych parametrów oferowanego urządzenia. Zgodnie z utrwalonym w doktrynie i w orzecznictwie poglądem,

zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli. Zamawiający przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, natomiast wykonawca zobowiązuje się do wykonanie tego świadczenia w przypadku wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Zatem porównanie zaofertowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. To zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli wykonawcy, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Przy czym, Zamawiający ma prawo i obowiązek badać zgodność oferty pod kątem zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przyjmując jako punkt odniesienia tylko bezwzględne parametry, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako minimalne. Określenie parametrów w sposób niedokładny, czy niejednoznaczny nie może działać na niekorzyść wykonawcy, gdyż sposób oceny ofert i opis podstaw faktycznych odrzucenia ofert nie może budzić żadnych wątpliwości (tak m.in.

w wyroku KIO z 20.08.2013r., sygn. akt: KIO 1898/13). Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie niezgodność treści oferty z SIWZ polega, tj. co i w jaki sposób jest w ofercie niezgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ.

Jednak nie każda niezgodność treści oferty z treścią SIWZ będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wprost odsyła Zamawiającego do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co oznacza, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. Zatem o niezgodności treści ofert z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta „niekompatybilność” oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, jak np. w zakresie wykonania, czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodność z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ (tak m.in. w wyroku KIO z 12.01.2018r. o sygn. akt: 2739/17).

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy

zaofertowany przedmiot dostawy bądź usługi, pozostaje w sprzeczności z opisanym w SIWZ przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia (tak m.in. w wyroku KIO z 17.01.2018r. o sygn. akt: 34/18). W ocenie Odwoływającego, tak zdefiniowana niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w przedmiotowej sprawie nie zaistniała. Zamawiający określił

bowiem w SIWZ pewien przedział parametrów ($\pm 0.5\text{mV}$), w których pracować ma dane urządzenie, nie oznaczając jednocześnie tego przedziału jako parametry minimalne i maksymalne. Nadto, Zamawiający wymagał samodzielnego wpisania w Zał. nr 5 do SIWZ 10/2018 pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (zestawienie parametrów wymaganych i podlegających ocenie)” parametru oferowanego. Określenie parametrów w sposób sztywny wymagałyby jedynie wpisania słowa „TAK” w odpowiednią rubrykę. Odwoływający zaofertował model kardiomonitora, który posiada szerszy zakres parametru określonego jako „Analiza odchylenie odcinka ST”, aniżeli zakres określony przez Zamawiającego w SIWZ. Takiej sytuacji nie można uznać za zaofertowanie świadczenia niezgodnego z opisem przedmiotu zamówienia, albowiem zaofertowany model urządzenia zaspokoi oczekiwania Zamawiającego i umożliwi mu pracę w zakresach określonych w SIWZ, albowiem urządzenie to posiada możliwość regulacji zakresów. Skoro zatem Zamawiający wymagał spełnienia parametrów w przedziale $\pm 0,5\text{mV}$, to wymóg ten spełnia parametr określony jako $\pm 2,0\text{mV}$. Na złożoną ofertą należy spojrzeć w szerszej perspektywie, uwzględniając cel, który przyświecał Zamawiającemu oraz wymogi funkcjonalne określone dla sprzętu. Odwoływający zaofertował urządzenie dające większe możliwości analizy odchylenia odcinka ST, co nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazywał, że urządzenie ma mieć możliwość pracy w określonych zakresach, Odwoływający natomiast złożył ofertę wskazując model urządzenia umożliwiający pracę w podanych przez Zamawiającego zakresach (w tym także w innych - szerszych zakresach). Nie każde jednak zaofertowanie przedmiotu o innych parametrach oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a tylko takie, gdy osiągnięcie założeń ustalonych przez Zamawiającego przy użyciu oferowanego modelu było niemożliwe (tak w wyroku KIO z 11.09.2017r o sygn. akt: KIO 1815/17),

Odnośnie zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zakresie Zadania nr 01 p.n. Sprzęt monitorujący na tej podstawie, że nie złożono w tym zakresie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, pomimo tego, że oferta

Odwołującego nie podlegała odrzuceniu. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania nr 01 pn. Sprzęt monitorujący w dniu 21.09.2018r. w drodze e-mailowej w dniu 21.09.2018r. Z uzasadnienia wynika, że postępowanie zostało unieważnione z tej przyczyny, że w postępowaniu wpłynęły dwie oferty, które zostały odrzucone, a w związku z tym nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Z argumentacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić, albowiem, oferta Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego bezzasadnie. Odwołującyw uzasadnieniu zarzutu nr 1 wyczerpująco wykazał, iż nie sposób uznać zasadności czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie natomiast z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Co więcej, Odwołujący sygnalizuje, że Zamawiający nie może unieważnić postępowania w momencie, gdy uczestnikowi postępowania przysługuje prawo do złożenia odwołania od odrzucenia jego oferty (tak m.in. UZP/ZO/0-522/06 - wyrok ZA z 27.02.2006r.).

Odnosnie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z złożonej w Zadaniu nr 03 p.n. Sprzęt do diagnostyki obrazowej, pomimo

tego, iż jej treść w pełnym zakresie odpowiada SIWZ Zamawiający w informacji o odrzuceniu ofert wskazał, że w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ w pkt 1 RTG cyfrowe przyłóżkowe (samojezdne) 1 szt. II 3 w kolumnie Parametr wymagany wymagał: „*Zakres regulacji czasem ekspozycji 1 ms do 6,4 sek.*”, a ponadto Zamawiający dopuścił w wyjaśnieniach treści SIWZ z 22.08.2018r.: aparat w którym czas ekspozycji może być regulowany w zakresie od 1 msec do 2,5 sek.”.

Tymczasem Odwołujący w kolumnie Parametr oferowany wpisał: „*TAK, zgodnie z odpowiedziami na pytania z 22.08.2018, zakres regulacji czasem ekspozycji 1 ms do 4 s.*”.

Zamawiający ponadto wskazał, że nie dopuścił regulacji czasu ekspozycji w zakresie 1 ms do 4 s. Odwołujący wyjaśnił, że z zapisów SIWZ wynika, że wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia wypełnionego we wskazanych miejscach i podpisanego Zał. nr 5 do SIWZ 10/2018 pn. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (zestawienie parametrów wymaganych i podlegających ocenie). Z informacji doręczonej Odwołującemu wynika, że Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego złożoną do Zadania nr 03 pn. Sprzęt do diagnostyki obrazowej, uznał, że nie odpowiada ona treści SIWZ z tego względu, że Odwołujący zaoferował urządzenie o parametrze „*Zakres regulacji czasem ekspozycji 1 ms do 4 s*”, tymczasem parametr ten w zał. nr 5 do SIWZ w pkt 1 RTG cyfrowe przyłóżkowe

(samojezdne) (szt. 1) II 3 został określony przez Zamawiającego pn. „*Zakres regulacji czasem ekspozycji 1 ms do 6,4 sek*”, natomiast w odpowiedziach na pytania udzielonych w dniu 22.08.2018r. Zamawiający dopuścił zakres regulacji czasem ekspozycji 1 ms do 2,5 sek.”. W powyższego wynika, że Zamawiający ocenił oferowany przez Odwołującego parametr zakresu regulacji czasem ekspozycji 1 ms do 4 sek. jako nie odpowiadający parametrowi określoneemu przez Zamawiającego w SIWZ (1 ms do 6,4 sek.) oraz parametrowi dopuszczonemu przez Zamawiającego o zakresie 1 ms do 2,5 sek. Na tej podstawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Zamawiający dokonał błędnej oceny oferty Odwołującego i na podstawie tej błędnej oceny, niestusznie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W ocenie Odwołującego oferta złożona przez niego, a odrzucona przez Zamawiającego, spełnia wszystkie parametry wymagane przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że Zamawiający wymagał zaoferowania urządzenia posiadającego parametr pn. „*Zakres regulacji czasem ekspozycji 1 ms do 6,4 sek.*”. Następnie, w drodze odpowiedzi na pytania, w dniu 22.08.2018r., Zamawiający dopuścił urządzenia w którym czas ekspozycji może być regulowany w zakresie od 1 msec do 2,5 sek. Przy czym, Zamawiający wyraźnie wskazał w odpowiedzi, iż takie rozwiązanie dopuszcza, jednak nie wymaga. „*Czy Zamawiający dopuści do postępowania aparat w którym czas ekspozycji może być regulowany w zakresie od 1 msec do 2,5 sek? Prosimy o zauważenie, że zgodnie z obowiązującym prawem badania z wykorzystaniem mobilnych aparatów RTG mogą być wykonywane jedynie pacjentom, których stan uniemożliwia wykonanie badania aparatem stacjonarnym. Dodatkowo prosimy o zwrócenie uwagi, że zgodnie z obowiązującymi wytycznymi ekspozycje RTG wykonywane aparatami mobilnymi nie powinny być dłuższe niż 100 ms. Taki czas ekspozycji pozwala na wykonywanie zdjęć (takim właśnie pacjentom, z którymi kontakt jest utrudniony lub niemożliwy) o wysokiej jakości bez narażania pacjenta na powtarzanie ekspozycji np. z uwagi na jego poruszenie.*

Wymaganie czasu ekspozycji do 6,4 sekundy jest więc nieuzasadnione merytorycznie i sztucznie ogranicza możliwości zaoferowania różnych rozwiązań. Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza nic wymaga.” Podkreślił, że skoro Zamawiający dopuścił urządzenie, w którym czas ekspozycji może być regulowany w zakresie 1 ms do 2,5 sek., to trudno znaleźć uzasadnienie dla odrzucenia oferty Odwołującego, który zaoferował urządzenie o szerszym zakresie regulowanym, aniżeli zakres dopuszczony przez Zamawiającego. Zaoferowanie asortymentu o szerszym zakresie parametrów,

zdaniem Odwołującego nie powinno dyskwalifikować oferty poprzez uznanie niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Zaoferowanie zakresu o szerszych parametrach nie wyklucza bowiem ograniczenia ustawień do regulacji w zakresie 1 ms do 2,5 sek. zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. W sytuacji, gdyby nie było możliwości takiej regulacji, Odwołujący nie złożyłby w ofercie takiej treści oświadczenia. Odwołujący przy tym wyjaśnia, że posiadając większy zakres czasu ekspozycji nie trzeba korzystać z pełnego zakresu dostępnych wartości. Można ograniczyć stosowanie wartości do pożądanego zakresu. Natomiast dzięki dostępności szerszego zakresu czasu ekspozycji istnieje możliwość obrazowania pacjentów bariatrycznych (w takich przypadkach przy krótszym czasie ekspozycji uzyskiwane zdjęcia będą bezwartościowe z punktu widzenia diagnostycznego. Krótszy czas spowoduje przerwanie ekspozycji i narażenie pacjenta na pochłonięcie niepotrzebnej z dawki.). Oferowana wartość parametru nie ogranicza funkcjonalności aparatu, a wręcz poszerza jego zakres. Przywołał wyrok KIO z 27.07.2010r., sygn. akt: KIO 1460/2011. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie uwzględnił specyfiki zamówienia przy dokonywaniu czynności badania i oceny ofert. Zaoferowane przez Odwołującego parametry zawierał w swoim zakresie regulacji zakresy dopuszczone przez Zamawiającego. Zamawiający posiada możliwość ustawienia oczekiwanych parametrów, jednocześnie posiadając możliwość ustawienia parametrów oferowanego urządzenia

mieszcząc się w zakresie parametrów dopuszczonych przez Zamawiającego. Zgodnie z utrwalonym w doktrynie i w orzecznictwie poglądem, zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli. Zamawiający przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, natomiast wykonawca zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w przypadku wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. W zasadzie więc, porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. To zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli wykonawcy, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Przy czym, Zamawiający ma prawo i obowiązek badać zgodność oferty pod kątem zgodności ze SIWZ, przyjmując jako punkt odniesienia tylko bezwzględne parametry, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako minimalne. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie niezgodność treści oferty z SIWZ polega, tj. co i w jaki sposób jest w ofercie niezgodne konkretnie wskazanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Jednak nie każda niezgodność treści oferty z treścią SIWZ będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wprost odsyła Zamawiającego do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co oznacza, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdy obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. Zatem o niezgodności treści ofert z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta „niekompatybilność” oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, jak np.

w zakresie wykonania, czy też sposobie wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego, tak zdefiniowana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w przedmiotowej sprawie nie zaistniała. Zamawiający określił bowiem w SIWZ pewien przedział parametrów, w których pracować ma dane urządzenie, nie oznaczając jednocześnie tego przedziału jako parametry

minimalne i maksymalne. Nadto, Zamawiający wymagał samodzielnego wpisania w Załączniku nr 5 do SIWZ 10/2018 pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (zestawienie parametrów wymaganych i podlegających ocenie)” parametru oferowanego.

Określenie parametrów w sposób sztywny wymagały jedynie wpisania słowa „TAK” w odpowiednią rubrykę. Skoro zatem Zamawiający wymagał spełnienia parametrów w przedziale 1 ms do 6,4 sek oraz dopuścił rozwiązanie mieszczące się w przedziale 1 ms do 2,5 sek. to wymóg ten spełnia parametr określony jako przedział 1 ms do 4 sek. Na złożoną ofertę należy spojrzeć w szerszej perspektywie, uwzględniając cel, który przyświecał Zamawiającemu oraz wymogi funkcjonalne określone dla sprzętu. Odwołujący zaoferował urządzenie

dające większe możliwości aniżeli rozwiązanie dopuszczone przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania, co nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazywał, że urządzenie ma mieć możliwość pracy w określonych zakresach, Odwołujący natomiast złożył ofertę wskazując model urządzenia umożliwiającą pracę w podanych przez Zamawiającego zakresach (w tym także w innych).

Odnosnie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z złożonej w

Zadaniu nr 05 p.n. Sprzęt reanimacyjny, infuzyjny, pomimo tego, iż jej treść w pełnym zakresie odpowiada SIWZ
Zamawiający wskazał, że w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia:

1) stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ w pkt 2 Pompa infuzyjne strzykawkowa 6 szt. I 22w kolumnie Parametr wymagany wymagał: „*Statyw jezdny do pompy z gniazdami 230V*”, Wykonawca w kolumnie Parametr oferowany wpisał: „*Tak, Statyw jezdny AS (AS01+AS02-1 do pompy z 5 gniazdami 230V, centralnym wyłącznikiem, i 4-ramiennym uchwytem do mocowania tworzywowych pojemników z płynami infuzyjnymi - 3 szt.*”. Zamawiający tymczasem wymagał 1 szt.,
2) stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ w pkt 4 Zestaw do szybkich i regularnych przetoczeń

(w tym m.in. 5 pomp strzykawkowych 1 objętościowa w stacji dokującej) 1 szt. I 22

w kolumnie Parametr wymagany wymagał: „*Statyw jezdny do pompy z gniazdami 230V*”, Wykonawca w kolumnie Parametr oferowany wpisał: „*Tak, Statyw jezdny AS (AS01+AS02-1 do pompy z 5 gniazdami 230V, centralnym wyłącznikiem, i 4-ramiennym uchwytem do mocowania tworzywowych pojemników z płynami infuzyjnymi - 3 szt.*”.

Zamawiający tymczasem wymagał 1 szt. Z powyższego wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z tej przyczyny, że Odwołujący zamiast 1 szt. statywu, zaoferował 3 szt. statywu. Powyższe stanowiło, w ocenie Zamawiającego, podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego polegającą na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący nie może zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, albowiem zaoferowanie większej ilości sztuk, aniżeli wymagana przez Zamawiającego, nie stanowi w tym przypadku podstawy do odrzucenia oferty. Odwołujący wyjaśnił, że statywy zaoferowane przez Odwołującego są samodzielne i mogą być używane oddzielnie. Tym samym Zamawiający otrzyma trzy statywy, z których będzie mógł używać tylko jednego, Zamawiający może również używać pozostałych statywów na innych oddziałach, lub do innych celów. Zaoferowanie większej ilości sztuk przedmiotu zamówienia nie ma wpływu na cenę, a tym samym interes

Zamawiającego nie doznaje żadnego uszczerbku. Nadmienić należy, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem, w przypadku, gdy wykonawca oferuje większy zakres, aniżeli wymagany w SIWZ, to oferta taka nie może zostać uznana za sprzeczną z SIWZ i na tej podstawie odrzucona, albowiem interes Zamawiającego w takiej sytuacji nie dozna uszczerbku, gdyż oferta taka obejmuje swym zakresem wszystkie wymogi postawione w SIWZ (UZP/ZO/0-841/06 - wyrok ZA z 27.03.2006r.). Z uwagi na powyższe, w ocenie

Odwołującego, zaoferowanie Zamawiającemu większej ilości sztuk przedmiotu zamówienia, aniżeli Zamawiający wymagał zgodnie z SIWZ, o ile nie następuje to z uszczerbkiem interesu Zamawiającego, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Podkreślił przy tym, że oferowane w Zadaniu nr 05 statywy spełniają parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 03.10.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, weszał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1982/18, sygn. akt: KIO 2001/18:

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesionych odwołań do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, żadnych odpowiedzi na odwołanie.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 04.10.2018 r. sprawy sygn. akt: KIO 1982/18, sygn. akt: KIO 2001/18 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do ich złożenia. W zakresie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1982/18 – Odwołujący /TMS Sp. z o.o./, którego oferta została odrzucona /na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp/w zadaniu 3 i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów /przywrócenia do postępowania/, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w zadaniu nr 3. W zakresie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 2001/18 – Odwołujący /Alteris S.A./, którego oferta została odrzucona /na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp/ w zadaniu 1, 3 i 5 i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów /przywrócenia do postępowania, korzystniejsze warunki gwarancji/, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, zał. nr 2 do SIWZ (Formularz cenowy), zał. nr 5 do SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), zmiany SIWZ z 14.08.2018 r., oraz udzielonych odpowiedzi na pytania – pismo z 22.08.2018 r., 31.08.2018 r., oferty TMS Sp. z o.o. dla zadania 3 oraz oferty Alteris S.A. dla zadania 1, 3 i 5 informacji o odrzuceniu oferty TMS Sp. z o.o. dla zadania 3 oraz oferty Alteris S.A. dla zadania 1, 3 i 5.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 1982/18 Izba zaliczyłożone na rozprawie przez Odwolującego:

- 1) Oświadczenie dystrybutor producenta z 10.10.2018 r. (Canon Medical Systems Europe B.V.) działającego w imieniu Toshiba Medical Systems Corporation of Japan, wraz ze stosownym umocowaniem ze strony producenta, tj. pełnomocnictwem ważnym od 22.02.2018 r.
- 2) Schemat zaoferowanego urządzenia w zakresie możliwości regulacji w spornym zakresie.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 2001/18 Izba zaliczyłożone na rozprawie przez Odwolującego:

- Wydruk Karty Katalogowej statywu medycznego systemu AS firmy Ascor Medical Equipmet

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, oba odwołania oraz przystąpienie do pierwszego z nich.

Odwolanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1982/18:

Odwolujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1982/18 –TMS Sp. z o.o.– sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż spełnia ona wymogi SIWZ;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, prawidłowe i łatwe zrozumienie treści opisu oraz niefaworyzujący konkretnego wykonawcy;
- 4) innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1982/18 Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania z 21.09.2018 r., odwołaniu oraz przystąpieniu. Uznając zarazem, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego oraz ich oceny w kontekście przepisów przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu oraz postanowień SIWZ, jak i odpowiedzi na pytania (w szczególności pismo z 22.08.2018 r.), czy też treści oferty Odwołującego. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut pierwszy. Izba uznała za zasadny.

Uwzględniając zarzut, a w konsekwencji całe odwołanie, Izba oparła się na dowodach złożonych na rozprawie przez Odwołującego. Nie ma bowiem wątpliwości, że umocowany dystrybutor producenta (co zostało wykazane stosownym pełnomocnictwem – oryginał wraz z tłumaczeniem na język polski) oświadczył w imieniu producenta, że istnieje możliwość zawężenia pola skanowania, a w konsekwencji ograniczenia ilości pracujących elementów do wymaganych 160 elementów (przetworników) piezoelektrycznych. Ustawienie to, zaś zostaje zapisane w presetach startowych aparatu na stałe. Powyższe uwiarygadnia także złożony dodatkowo schemat zaoferowanego urządzenia w zakresie możliwości regulacji. W istocie informacja od dystrybutora producenta, złożona bezpośrednio kontrahentowi jest wiarygodna i może stanowić ewentualną podstawę do przyszłych roszczeń. Wszelkie więc wątpliwości Zamawiającego i

Przystępującego wyrażane na rozprawie nie mogą, wobec powyższego dowody, zostać przez Izbę uznane. Co do zaś jakości obrazu uzyskiwanego przez urządzenie z ilością przetworników 190 to stwierdzenia Zamawiającego, iż jakość jest uzależniona od wielu czynników i brak jest możliwości jednoznacznego ustalenia czy będzie to skutkowało lepszą jakością z uwagi na większą liczbę przetworników. Nic nie wnoszą do sprawy. Powyższe bowiem stanowisko ani nie potwierdza, ani nie zaprzecza przeciwnemu stanowisku Odwołującego z odwołania. Tak czy inaczej jest to kwestia irrelevantna wobec złożonego na rozprawie dowodu i wyrażonego tam stanowiska dystrybutora producenta. Odwołujący bowiem wykazał możliwości regulacji liczby przetworników do oczekiwanej wielkości. Dodatkowo, Izba wskazuje, że Zamawiający potwierdził na rozprawie stosownym oświadczeniem obowiązek przeprowadzenia szkolenia, co czyni dalsze wątpliwości Zamawiającego w zakresie przedmiotu sporu tym bardziej bezzasadne. Nie ma bowiem przeszkód, aby podczas szkolenia pokazać użytkownikom sposób stosowej regulacji, czy też nawet dokonać stosownej regulacji na stałe (tak jak przedstawił to w swoim oświadczeniu dystrybutor producenta).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, z uwagi na uwzględnienie pierwszego zarzutu, Izba uwzględniła także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, należy uznać niniejszy zarzut na obecnym etapie postępowania jako spóźniony, czyli sformułowany po terminie, co skutkuje oddaleniem zarzut, z uwagi na brak możliwości odrzucenia zarzutu dotyczącego postanowień SIWZ.

Niniejszy zarzut dotyczył opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, prawidłowe i łatwe zrozumienie treści opisu oraz niefaworyzujący Wykonawcy. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z postanowieniami SIWZ w zakresie będącym późniejszą podstawą odrzucenia jego oferty, winien je zakwestionować na wcześniejszym etapie, najpóźniej po uzyskaniu odpowiedzi na zadane pytanie dotyczące liczby przetworników piezoelektrycznych (odpowiedź na pytanie 21 – str. 50 – pismo z 22.08.2018 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania Zarzut ten nie został, w ocenie Izby generalnie, skonkretyzowany. Nie wskazano w nim, ani podstawy prawnej, której naruszenie zarzuca Odwołujący, ani stanu faktycznego, który miałby być przedmiotem oceny Izby. W tej sytuacji Izba oceniła postawiony zarzut jako nieistniejący. Podobnie Izba uznała w wyroku z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 266/14, wyroku z 15.11.2016 r., sygn. akt: KIO 2049/16, KIO 2052/16, czy też wyrok z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO315/18. Odnosnie zaś art. 87 Pzp był on zbyt ogólne podany w odwołaniu, w sposób ambiwalentny, a kwestia ta de facto została rozwinięta dopiero na rozprawie, co w ocenie Izby jest działaniem zbyt spóźnionym.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 1982/18 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2001/18:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2001/18 -Alteris S.A - sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z złożonej w Zadaniu nr 01 p.n. Sprzęt monitorujący, pomimo tego, iż jej treść w pełnym zakresie odpowiada SIWZ, 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zakresie Zadania nr 01 p.n. Sprzęt monitorujący na tej podstawie, że nie złożono w tym zakresie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, pomimo tego, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z złożonej w Zadaniu nr 03 p.n. Sprzęt do diagnostyki obrazowej, pomimo tego, iż jej treść w pełnym zakresie odpowiada SIWZ,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z złożonej w Zadaniu nr 05 p.n. Sprzęt reanimacyjny, infuzyjny, pomimo tego, iż jej treść w pełnym zakresie odpowiada SIWZ. Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2001/18 Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert dla zadania 1, 3 i 5 oraz również szczegółowo w odwołaniu. Uznając zarazem, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego oraz ich oceny w kontekście

przepisów przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu oraz postanowień SIWZ, zmiany SIWZ z 14.08.2018 r., jak i odpowiedzi na pytania (w szczególności pismo z 22.08.2018 r.), czy też treści oferty Odwołującego. Zmiana SIWZ z 14.08.2018 r. w zakresie będącym podstawą odrzucenia: „(...) 10. W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - załącznik nr 5 do SIWZ w zadaniu nr 05 w poz. nr 2 - POMPA INFUZYJNA STRZYKAWKOWA - 6 SZT.:

a) w pkt. 1.22 zamawiający zmienia zapis z:

„Statywjezdny do pompy z gniazdami 230V - 3 szt.” na:

„Statywjezdny do pompy z gniazdami 230V”.

11. W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - załącznik nr 5 do SIWZ w zadaniu nr 05 poz. nr 4 - ZESTAW DO SZYBKICH I REGULARNYCH PRZETOCZEŃ (W TYM MIN. 5 POMP STRZYKAWKOWYCH I 1 OBIĘTOŚCIOWA W STACJI DOKUJĄCEJ)- 1 SZT.: (...) c) w pkt. 1.22 zamawiający zmienia zapis z:

„Statywjezdny do pompy z gniazdami 230V — 3 szt.” na:

„Statywjezdny do pompy z gniazdami 230V”.

Zamawiający informuje, że powyższa zmiana będzie wiążąca przy składaniu ofert.

W związku z powyższym oferty składane w niniejszym postępowaniu muszą uwzględniać modyfikacje wprowadzone niniejszym dokumentem.

Brak uwzględnienia zmian wprowadzonych niniejszym dokumentem będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy PZP, t.j. jej treść nie odpowiada treści SIWZ. (...).”

Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp),

oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zamawiający na posiedzeniu oświadczył poprzez swojego pełnomocnika, iż uwzględnia częściowo odwołanie o sygn. akt: KIO 2001/18 - w zakresie zarzutów dotyczących zadania 1 oraz zadania 3, czyli zarzuty 1-3 ze str. 2 odwołania.

W zakresie ostatniego, czwartego zarzutu wnosił o jego oddalenie, zarzut dotyczył zadania 5. Odwołujący nie wycofał – zarzutu czwartego, podtrzymując w tym zakresie swoje odwołanie.

Odnosnie ostatniego, czwartego zarzutu, Izba uznała, że jest on niezasadny.

Po pierwsze, Odwołujący podczas rozprawy przyznał, że w spornym zakresie nie zastosował się do zmiany postanowień SIWZ z 14.08.2018 r. (okoliczność przyznana przez Odwołującego nie wymagająca dowodu). Przyznał także, że wycenił po 3 sztuki statywów w każdym z dwóch przypadków, a nie po 1 sztuce. Jednakże, uznał, że takie działanie nie jest niezgodne z interesem Zamawiającego, który może z uwagi na niezależny charakter statywów wykorzystać je do innych celów (uzyskaną nadwyżkę) albo je zwrócić. Izba podkreśla, że dokonując zmiany SIWZ z 14.08.2018 r. Zamawiający jednoznacznie pouczył, że niezastosowanie się do niej będzie skutkowało odrzuceniem takiej oferty. W rezultacie więc działanie Zamawiającego było konsekwencją dokonanej zmiany SIWZ i znajdującego się tam zastrzeżenia. W następnej kolejności, Izba podkreśla, że nie może przystać na stanowisko Odwołującego, że skoro zaoferował więcej sztuk to spełnił wymóg minimalny.

Konsekwencją bowiem złożenia oferty przez Odwołującego z nadwyżką statywów było złożenie oferty nieporównywalnej z ofertą konkurencyjną innego Wykonawcy. Odwołujący wycenił bowiem inną ilość statywów niż drugi podmiot, który zastosował się w pełni do zmiany z 14.08.2018 r. Odmienne stanowisko, skutkowałoby naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp i zarzutem o preferowanie Wykonawcy, który nie zastosował się do zmiany SIWZ z 14.08.2018 r. W rezultacie, cena Odwołującego obejmuje inny szerszy przedmiot

zamówienia. Odwołujący nie był w stanie podać konkretnego kosztu związanego z pojedynczym statywem. Nie wiadomo więc o ile oferta Odwołującego jest droższa od oferty konkurencyjnej z uwagi na wycenienie zbyt dużej ilości statywów, ani czy rzeczywiście koszt takiego statywu ma charakter pomijalny, czy też marginalny, jak twierdził na rozprawie Odwołujący. Trudno więc ocenić, ewentualny wpływ – ich kosztu na cenę Odwołującego. Z uwagi także na strukturę wyceny (wyceniono pompę oraz zestaw – obejmujące sporne statywy) nie ma możliwości poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter

merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1B „pierwsza część” i 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Z kolei, jak wynika z art. 186 ust. 6 pkt 4 Pzp, koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4a, ponosi:*

- a) odwołujący, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę,*
- b) zamawiający, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę.*

W analizowanej sprawie, jak wynika z pkt 1B „druga część” sentencji, w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, zostały one oddalone. Wypełniona została zatem dyspozycja przepisu art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 2001/18 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1982/18, sygn. akt: KIO 2001/18 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....