Sygn. akt: KIO 2475/18

WYROK
z dnia 12 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Agata Mikołajczyk
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2018 r. przez odwołującego - **TMS Sp. z o.o., (**ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, (**ul. Energetyków 46, 44-200 Rybnik),

przy udziale wykonawcy **MIRO Sp. z o. o., ul. Mińska 25B/lok. U1, 03-808 Warszawa**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - **TMS Sp. z o.o., (**ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa) i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, (**ul. Energetyków 46, 44-200 Rybnik) kwotę 3.900 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy), która to kwota obejmuje: wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) oraz koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 300 zł 00 gr (słownie: trzysta złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

……..

Sygn. akt KIO 2475/18

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp], przez Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, którego przedmiotem jest: „Zakup wyposażenia do realizacji inwestycji „Zakup sprzętu i aparatury medycznej w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 3 w Rybniku". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 05/10/2018 r. pod numerem: 2018/S 192-433498

Odwołujący TMS sp. z o.o. z Warszawy złożył ofertę w zakresie zadania nr 3. Konkurencyjną ofertę złożyła firma Miro Sp. z o.o., której ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Odwołujący kwestionuje powyższe rozstrzygnięcie postępowania argumentując, że Zamawiający mylnie uznał, że treść oferty Miro odpowiada w całości treści SIWZ, albowiem oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagania granicznego z pkt. V1.3, oraz nie jest zgodna z wymaganiami SIWZ w zakresie punktów 1.5,11.16, VI.4.e, Załącznika 1.2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, a mianowicie:
1.art 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust 1 oraz art. 7 ust. 1Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty firmy Miro Sp. z o.o.
2.art. 7 ust. 1 - prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3.art. 91 ust. 1 - wybór oferty, której nie można ocenić jako najkorzystniejsza;
4.art. 87 ust. 1 - wezwanie do wyjaśnienia oferty Miro sp. z o.o. po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że wybór oferty nastąpił pomimo braku pewności Zamawiającego co do treści przedstawionej przez Miro sp. z o.o. oferty,

W związku z powyższym wniósł o: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, (2) odrzucenie oferty wykonawcy Miro Sp. z o.o. z postępowania, (3) powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem przyjętych kryteriów oceny ofert. Nadto o przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte poprzez dokonanie żądanych

czynności, tj. jego uwzględnienie. Działania Zamawiającego polegające na wyborze oferty firmy Miro zostały dokonane z naruszeniem przepisów Ustawy oraz postanowień SIWZ. Uwzględniając treść oferty Odwołującego, w przypadku dokonania przez Zamawiającego poprawnej czynności oceny, byłaby ona najkorzystniejsza. Czynności Zamawiającego dokonane z naruszeniem Ustawy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co narusza interes Odwołującego.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt postępowania w niniejszej sprawie, znajdujących się u Zamawiającego, a w szczególności z SIWZ przedmiotowego postępowania, w tym odpowiedzi na pytania do treści SIWZ, treści ofert złożonych przez wykonawców wraz z załącznikami, zawiadomienia Odwołującego o wyborze oferty wraz z dowodami nadania - na okoliczność zasadności niniejszego odwołania i zarzutów podnoszonych w jego treści.

W uzasadnieniu zarzutów w szczególności wskazał, co następuje:

Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, dzieląc zamówienie na zadania. Przedmiotowe odwołanie dotyczy zadania nr 3: aparat USG. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie aparatu USG został zawarty w Załączniku nr 1.2 do SIWZ. W ramach udziału w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę w zakresie zadania nr 3. Konkurencyjną ofertę złożyła firma Miro Sp. z o.o., której ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Odwołujący kwestionuje powyższe rozstrzygnięcie postępowania argumentując, że Zamawiający mylnie uznał, że treść oferty Miro odpowiada w całości treści SIWZ, albowiem oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagania granicznego z pkt. VI. 3, oraz nie jest zgodna z wymaganiami SIWZ w zakresie punktów I.5,II.16, VI.4.e, Załącznika 1.2.

1. Punkt 11.16 Załącznika nr 1.2 Zamawiający wymagał bezwzględnego podania jaki rodzaj zasilania awaryjnego jest obecny w zaoferowanym aparacie:

„*Zasilanie awaryjne realizowane przez UPS zewnętrzny zintegrowany z aparatem lub wbudowany w aparat*"

Natomiast w ofercie wykonawcy, firmy Miro podano:

Zasilanie awaryjne realizowane przez UPS zewnętrzny zintegrowany z aparatem lub wbudowany w aparat	TAK, podać	Bez punktów	TAK, Aparat spełnia wymagania

Powyższa odpowiedź wskazuje, że w oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu.

Zamawiający w treści SIWZ [pkt. I.1.3, SIWZ] zastrzegł, że nie dopuszcza możliwości składania ofert wariantowych.

Oferta złożona przez firmę Miro jest niezgodna z SIWZ, bowiem nie określa jednoznacznej konfiguracji sprzętu - nie wiadomo zatem, co zostało zaoferowane przez wykonawcę.

Zamawiający jednoznacznie wymagał podania sposobu awaryjnego zasilania aparatu USG. Wykonawca nie wprowadził tych danych w załączniku nr 1.2 punkt 11.16 ani w żadnym innym miejscu oferty. W konsekwencji Dokonywanie wyboru odpowiedniego przedmiotu oferty jest zadaniem wykonawcy, które wykonuje poprzez zaoferowanie jednoznacznego przedmiotu w ofercie. Zadaniem zamawiającego jest przedstawienie swoich potrzeb w SIWZ przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający nie może dokonywać wyborów odpowiednich wariantów przedmiotu zamówienia przedstawionych przez wykonawcę w ofercie. Poprawienia odpowiednich miejsc w ofercie muszą wynikać z samej oferty a nie na podstawie wyjaśnień [tak także: wyrok KIO z 1 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1001/15).

W niniejszym postępowaniu wybrany wykonawca nie zaoferował zatem jednoznacznej konfiguracji sprzętu, a dodatkowo - na późniejszym etapie postępowania, wybrał jeden z wariantów jako właściwy, co wskazuje, iż de facto zmienił treść oferty.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz z zastrzeżeniem ust. la i 2 dokonywanie jakiejkolwiek zmiany jej treści". Zgodnie z brzmieniem tego artykułu, zamawiający nie miał podstaw, żeby wzywać wykonawcę do wyjaśnień. Aby dokonać poprawek w ofercie, zamawiający musiałby poprosić wykonawcę o wskazanie, które miejsca w ofercie wziąć pod uwagę w trakcie badania ofert, a które pominąć, co jest niezgodne z ustawą PZP. Żądanie wyjaśnień od wykonawcy może być wystosowane, gdy treść oferty budzi wątpliwości, a nie jak w niniejszym przypadku, gdy wykonawca przedstawił w ofercie dwie możliwości, z których każda spełnia wymagania zamawiającego [KIO 1001/15).

W wyniku wyjaśnienia treści oferty przez firmę Miro, do którego doszło już po wyborze ofert, firma Miro zadeklarowała, że:

„TAK, aparat posiada zewnętrzne zasilanie awaryjne przez UPS"

Zamawiający wybrał ofertę wariantową, dodatkowo dopuścił do sytuacji niezgodnego z prawem uzupełnienia jej treści. To spowodowało de facto nieuprawnioną zmianę jej treści. W związku z powyższym należało odrzucić ofertę Miro.

2. Punkt VI.4.e Załącznika nr 1.2 dla pakietu nr 3 Zamawiający wymaga:

„Głowica elektroniczna sektorowa Phased Array, szerokopasmowa e kąt skanowania - widzenia: min 90° TAK, podać”

Natomiast w ofercie wykonawcy, firmy Miro wpisano:

kąt skanowania - widzenia: min 90°	TAK, podać	Bez punktów	TAK, Aparat spełnia wymagania

Zdaniem Odwołującego, taka odpowiedź świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ
Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wypełnionego załącznika nr 1.2 do SIWZ. W załączniku tym należało precyzyjnie wypełnić poszczególne wiersze zgodnie z wytycznymi Zamawiającego, w tym należało bezwzględnie podać kąt skanowania - widzenia. Zamawiający wymagał podania konkretnej liczby, a wykonawca wpisał tylko TAK, aparat spełnia wymagania, a nie dopełnił obowiązku podania wartości liczbowej kąta skanowania. Wartość ta nie może być uzupełniona w ramach zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP, gdyż nie ma podstaw do wpisania tu jakiejkolwiek liczby. Brak wskazania jakiejkolwiek liczby nie może prowadzić do zastosowania się do przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp i wpisania liczby z wymaganego przez zamawiającego zakresu [KIO 1001/15).
Ponownie podał, że: „Już po wyborze ofert, Zamawiający wezwał wykonawcę Miro do wyjaśnień. W wyniku wezwania do wyjaśnień, firma Miro podała, że głowica posiada kąt skanowania - widzenia 90. Zamawiający niezgodnie z ustawą wezwał wykonawcę, firmę Miro do wyjaśnień i uzupełnienia oferty po wyborze ofert. Nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający uznał zasadność tych wyjaśnień i uznał je za prawidłowo dokonane. Ustawa PZP nie daje Zamawiającemu takich uprawnień". Podtrzymał argumentację jak w punkcie 1.
Dodatkowo podniósł, że zgodnie z zapisami SIWZ, treść załącznika nr 1.2 do SIWZ, opis parametrów technicznych stanowi integralną część oferty. Oznacza to, że ten opis dokonany przez Wykonawcę nie podlega uzupełnianiu, tak jak uzupełnieniu nie podlega formularz oferty.

3.Punkt VI.3.b Głowica elektroniczna liniowa, szerokopasmowa, wykonana w technologii matrycowej lub równoważnej Zamawiający wymagał głowicy o zakresie częstotliwości pracy min. 4,0 - 13,0 MHz Wykonawca firma Miro, zaoferował:

zakres częstotliwości pracy min. 4,0 - 13,0 MHz	TAK, podać	Bez punktów	TAK, Aparat spełnia wymagania 3,0 -13,0 MHz

Zgodnie z informacją o produkcie znajdującą się na oficjalnej strony producenta firmy Hitachi, głowica L441 pracuje w zakresie częstotliwości: 2-12 MHz, czyli nie spełnia warunku granicznego wymaganego przez Zamawiającego, a firma Miro napisała w swojej ofercie nieprawdę. Odwołujący załączył wydruk ze strony producenta potwierdzający parametry głowicy liniowej L441 dla aparatów z serii Arietta. Dalej podał, że Wykonawca, firma Miro, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, potwierdził, że spełnia ten parametr. Oznacza to, że w dwóch dokumentach (oficjalne dane techniczne producenta pochodzące ze strony internetowej i dane techniczne przedłożone na wezwanie przez Wykonawcę, firmę Miro) znajdują się różne wartości tego samego parametru. Reasumując stwierdził, że obowiązkiem Zamawiającego było wyjaśnienie tych kwestii poprzez wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w trybie ustawowym oraz wezwanie do prezentacji sprzętu wykonawcy Miro, w celu prezentacji możliwości pracy głowicy w podanych zakresach.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując m.in. na następujące okoliczności:

Zarzut 1 — Punkt II.16 Załącznika nr 1.2. dla pakietu nr 3

Zamawiający wymagał zgodnie z wymogami sprzętowymi (zał. 1.2 „Specyfikacja techniczna" pkt II. 16) posiadania przez sprzęt zasilania awaryjnego realizowanego przez UPS zewnętrzny zintegrowany z aparatem lub wbudowany w aparat. Parametr ten nie był przez Zamawiającego punktowany, w związku z czym za wystarczające zostało uznane potwierdzenie przez Wykonawcę spełnienia tego wymagania co też wykonawca uczynił.
Odnośnie wariantowości oferty firmy MIRO podał, że o złożeniu oferty wariantowej mówimy wtedy, gdy wykonawca na podstawie art. 83 § 1 ustawy Pzp proponuje inny sposób wykonania zamówienia niż ten proponowany przez zamawiającego, pod warunkiem, że Zamawiający wyraził na to zgodę. Wariantowość oferty oznacza, iż można zaproponować inny sposób wykonania zamówienia, aniżeli ten określony w ofercie, co w tym konkretnym przypadku nie miało miejsca. Oferta wariantowa jest połączeniem kilku ofert tego samego wykonawcę w jedną, dużą ofertę. W niniejszym przypadku Wykonawca Miro Sp. z o. o. potwierdził: "TAK, Aparat spełnia wymagania" tj. wymaganie postawione przez Zamawiającego w załączniku nr 1.2 "Specyfikacja techniczna" pkt II. 16 mówiące: "Zasilanie awaryjne realizowane przez UPS zewnętrzny zintegrowany z aparatem lub wbudowany w aparat". Przy braku konkretnego wymogu ze strony Zamawiającego uznano, że Wykonawca Miro Sp. z o. o. zaoferowała jeden z dwóch wymienionych rozwiązań. Wpisanie konkretnego rozwiązania w ofercie nie spowodowałoby uznania oferty za bardziej korzystną, a z kolei nie wpisanie konkretnego rozwiązania (biorąc pod uwagę dopuszczenie jednego lub drugiego rozwiązania) o nie spełnieniu wymogu i uznaniu oferty jako niezgodnej merytorycznie. Nie sposób jest odrzucić ofertę w sytuacji spełnienia wymagania postawionego przez Zamawiającego, a brak podania sposobu zasilania przez wykonawcę przy braku

dodatkowej punktacji w tym zakresie nie może dyskwalifikować jego oferty. Z uwagi na powyższe nie można zatem stwierdzić, że oferta jest niezgodna z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający wskazał, że odrzucając ofertę na ww. podstawie musi wskazać jakim wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta nie odpowiada, przy czym nie są to uchybienia formalne, ale merytoryczne w zakresie nie spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający zaznacza, że nie dokonuje wyboru wariantów po wyborze najkorzystniejszej oferty, ani nie poprawia odpowiednich miejsc w ofercie, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie informacji zawartych w załączniku nr 1.2 „Specyfikacja techniczna" i nie miał co do tego wątpliwości. Wykonawca dodatkowo wyjaśnił tą kwestię sam w momencie ustosunkowania się do zarzutów Odwołującego, które nadesłał pismem z dnia 26.11.2018 r. w odpowiedzi na pismo z dnia 23.11.2018 r. Niezrozumiałe dla Zamawiającego jest stwierdzenie Odwołującego — str. 3: „Zadaniem zamawiającego jest przedstawienie swoich potrzeb w SIWZ przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający nie może dokonywać wyborów odpowiednich wariantów przedmiotu zamówienia przedstawionych przez wykonawcę w ofercie. Poprawienia odpowiednich miejsc w ofercie muszą wynikać z samej oferty a nie na podstawie wyjaśnień (tak także: wyrok KIO z 1 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1001/15). "Zamawiający przedstawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia swoje potrzeby, przy czym dał pewną dowolność w sposobie zasilania awaryjnego nie stawiając na konkretne rozwiązania, ponieważ nie to jest najistotniejsze przy opisie merytorycznym sprzętu, który jest przedmiotem zamówienia. Jeżeli wykonawcy nie zgadzali się na przedstawienie w ten sposób potrzeb przez Zamawiającego winni złożyć zastrzeżenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takich zastrzeżeń nie było. Zamawiający sam przewidział różne sposoby zasilania więc nie można zgodzić się z Odwołującym, że to wykonawca przedstawia ofertę wariantową, a Zamawiający nie dokonuje wyboru odpowiednich wariantów przedstawionych przez wykonawcę w ofercie, ale żąda aby przedmiot zamówienia wykonany był w zgodzie z jej zapisami, co z pewnością będzie respektowane przy odbiorze sprzętu. Zamawiający w żaden sposób nie poprawiał w ofercie odpowiednich miejsc, jak wskazał Odwołujący. Nie zwracał się do Wykonawcy w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy o wyjaśnienie treści oferty, gdyż uznał, że nie ma takiej potrzeby — wyjaśnienie nie zmieniłoby zakresu akceptacji przez Wykonawcę, a samo oświadczenie byłoby powtórzeniem oświadczenia woli już złożonego w ofercie tj.: „TAK, Aparat spełnia wymagania". Żądanie wyjaśnień od wykonawcy może być wystosowane, gdy treść oferty budzi wątpliwości, a takich wątpliwości Zamawiający nie miał. Wykonawca Miro Sp. z o. o. ustosunkował się tylko i wyłącznie do stawianych przez Odwołującego w piśmie z dnia 23.11.2018 r. zarzutów co do ważności złożonej oferty. Nie został zatem poproszony o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 78 ust. 1 Ustawy.

Zarzut 2 — Punkt VI.4e Załącznika nr 1.2 dla pakietu nr 3

Zamawiający nie może się również zgodzić ze stwierdzeniem Odwołującego, że wykonawca Miro Sp. z o. o. złożył ofertę niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie. Zamawiający wymagał zgodnie z wymogami sprzętowymi (zał. 1.2 „Specyfikacja techniczna" pkt VI.4e) kąta skanowania — widzenia: min 900 . Wykonawca odpowiedział: „ TAK, Aparat spełnia wymagania", przez co złożył oświadczenie dotyczące spełnienia wymagania, tj. kąt skanowania — widzenia min 90(o). Parametr ten nie był przez Zamawiającego punktowany, w związku czym, za wystarczające było potwierdzenie przez Wykonawcę spełnienia wymagania tego wymagania co też wykonawca uczynił. Zamawiający w żaden sposób nie poprawiał w ofercie odpowiednich miejsc, jak wskazał Odwołujący. Nie zwracał się do Wykonawcy w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty, gdyż uznał, że nie ma takiej potrzeby — wyjaśnienie nie zmieniłoby zakresu akceptacji przez Wykonawcę, a samo oświadczenie byłoby powtórzeniem oświadczenia woli już złożonego w ofercie tj.: „TAK, Aparat spełnia wymagania". Żądanie wyjaśnień od wykonawcy może być wystosowane, gdy treść oferty budzi wątpliwości, a takich wątpliwości Zamawiający nie miał. Podkreślił, że wymóg zapewnienia zgodności treści oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie oznacza, że w ofercie muszą się znaleźć takie same słowa, jak znajdują w się w specyfikacji. Zgodność treści oferty ze specyfikacją jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, że postanowienia zawarte w ofercie nie są inne tj. nie różnią się w swej treści od postanowień w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym zakresie zasługuje na aprobatę stanowisko aktualne na dzień dzisiejszy Zespołu Arbitrów zaprezentowane w wyroku z dnia 18 czerwca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-877/04), zgodnie z którym: uchybienie w treści specyfikacji musiałoby być merytoryczne i istotne, aby mogło być przyczyną uzasadniającą odrzucenie oferty. Nieistotne uchybienia czy uchybienia formalne nie spełniają przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa (KIO/UZP 97/09). Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Na gruncie przepisów ustawy Pzp oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy stanowiącym jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania na rzecz zamawiającego przedmiotu

zamówienia publicznego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę wybrana została jako najkorzystniejsza (KIO/UZP 824/08; KIO/UZP 847/08, KIO/UZP 851/08, KIO/UZP 663/09; KIO/UZP 343/09). W orzecznictwie pod pojęciem treś oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (KIO 2345/11. Kwestia zakresu pojęciowego „treści oferty" była wielokrotnie przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia z dnia 8 czerwca 2009 r. - sygn. akt KIO/UZP 663/09), w którym skład Izby wskazał, że: „ Treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. ". Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., o sygnaturze KIO 2903/12, „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunkówrealizacji j innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia", co oznacza, że opis ten jest inny, niezgodny i różni się od warunków postawionych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29 kwietnia 2014r., o sygnaturze KIO 693/14; 694/14 „Ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiających zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. do odrzucenia oferty, o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże 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 (…) Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia".

Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu zarówno w zakresie zarzutu nr 1 oraz nr 2 wykonawca w swojej ofercie nie zawarł żadnych różniących się, czy też sprzecznych wymagań, niż te określone przez Zamawiającego. Zwrócił uwagę, że przy dokonaniu odrzucenia Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcy możliwość jego weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. W uzasadnieniu faktycznym wymagane jest dokładne wskazanie na czym polega dostrzeżona wada oferty — na czym polega jej niezgodność ze specyfikacją. Sama niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powinna być określona przez dokładne podanie niespełnionego wymagania i odpowiadającego mu fragmentu oferty.

Zarzut 3 — Punkt VI.3b Załącznika nr 1.2 dla pakietu nr 3 Głowica elektroniczna liniowa, szerokopasmowa, wykonana w technologii matrycowej lub równoważnej.

Zamawiający wymagał głowicy o konkretnej zakresie częstotliwości wskazanej w zał. 1.2. „Specyfikacja techniczna" w pkt. VI.3b tj.: „zakres częstotliwości pracy min. 4,0 — 13,0 MHz".

Wykonawca w odpowiedzi podał: „ TAK, Aparat spełnia wymagania 3,0— 13,0 MHz". Według złożonego przez Wykonawcę oświadczenia woli, a także podanego zakresu częstotliwości Zamawiający uznał wymaganie za spełnione, gdyż zaoferowany zakres jest zakresem większym od wymaganego przez Zamawiającego w specyfikacji technicznej.

Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale IV specyfikacji:

„3. Dla potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego należy: 3.1. - dołączyć załącznik nr 1.2 („Specyfikacja techniczna") i 1.3 („Warunki gwarancji jakości i serwisu") oraz następujące oświadczenia: oświadczenie potwierdzające posiadanie przez cały zaoferowany asortyment, scharakteryzowany w załączniku nr 1.1 i opisany w załączniku nr 1.2 dopuszczenia do obrotu i do używania oraz oświadczenie potwierdzające, że wykonawca jest gotów do udostępnienia tych dopuszczeń na wezwanie zamawiającego (przed rozstrzygnięciem). Oświadczenia, o których mowa zawierają się w formularzu oferty, stanowiącym załącznik 1 do niniejszej specyfikacji.

3.2. na wezwanie zamawiającego (dotyczy wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona):

3.2.1. przedłożyć deklaracje zgodności z dyrektywą medyczną dla całego zaoferowanego asortymentu (dotyczy wszystkich klas wyrobu medycznego),

3.2.2. przedłożyć certyfikaty zgodności z dyrektywą medyczną dla całego zaoferowanego asortymentu wydany przez jednostkę notyfikowaną (dotyczy wszystkich klas wyrobu medycznego z wyjątkiem klasy I). "

Wykonawca Miro Sp. z o. o. złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty.

Zamawiający stwierdził, że nie był uprawniony do żądania od wykonawców dodatkowych dokumentów, na podstawie których można byłoby zweryfikować zasadność postawionego przez wykonawcę TMS Sp. z o. o. w piśmie z dnia 23.11.2018 r. oraz już w obecnym odwołaniu - zarzutu, Zamawiający po otrzymaniu ww. pisma zwrócił się do wykonawcy Miro Sp. z o. o. z prośbą o ustosunkowanie się do postawionych zarzutów. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał informację, że głowica 1.441 współpracująca z modelem Arietta V70 pracuje w paśmie podanym i

potwierdzonym w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1.2 do złożonej oferty tj. od 3,0 do 13 MHz. Producent podając w specyfikacji zakres częstotliwości podaje pełne pasmo obsługiwane przez aparat — zarówno dla częstotliwości fundamentalnych jak i harmonicznych. Różnice, które występują w przypadku wartości widniejących w materiałach reklamowych wynikają z faktu, iż tam są podawane jako częstotliwości środkowe pasma (filtr odbiorczy ma z reguły zakres 2 — 3 MHz). Na potwierdzenie powyższego wykonawca Miro Sp. z o. o. dołączył specyfikację techniczną — Ultradźwiękowy System Diagnostyczny Arietta V70, zgodny z opisem w załączniku 1.2 „Specyfikacja techniczna" stanowiącym załącznik do złożonej oferty, gdzie na str. 17 zaznaczono „głowica liniowa L 441 zakres częstotliwości MHz: 3,0 — 13,0". Na kolejnej stronie potwierdzony został również kąt skanu - 90 który był także zarzutem Odwołującego. W załączeniu przedkładamy pismo z dnia 26.11.2018 firmy Miro Sp. z o. o. - ustosunkowanie się do zarzutów stawianych przez firmę TMS Sp. z o. o. (Odwołującego) w piśmie z dnia 23.11.2018 r. złożonym do Zamawiającego przez firmę TMS Sp. z o. o. Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, że jego obowiązkiem było dalsze wyjaśnianie kwestii niezgodności poprzez kolejne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień i dodatkowo prezentacji sprzętu, w celu sprawdzenia możliwości pracy głowicy. Wykonawca wyjaśnił rozbieżności w materiałach reklamowych, do których dostęp na stronach internetowych miał Odwołujący, a gdzie podana była kwestionowana przez Odwołującego częstotliwość zakresu pracy głowicy. Częstotliwość ta może się różnić w zależności od modelu aparatu, gdyż na jej zakres mają wpływ pozostałe parametry techniczne konkretnego modelu aparatu — wtedy częstotliwość zakresu pracy głowic jest różna, stąd w materiałach ogólnych dostępnych na stronach internetowych podana jest częstotliwość środkowa głowicy, która w zależności od modelu zaoferowanego aparatu może się różnić. Przedłożona specyfikacja techniczna modelu Arieta V70 — aparatu zaoferowanego przez Miro Sp. z o. o. - potwierdza spełnienie wymagania w tym zakresie. Zamawiający zaznaczył, że odpowiedź ze strony wykonawcy Miro Sp. z o. o., tj. ustosunkowanie się do postawionych przez TMS Sp. z o. o. zarzutów oraz załączone dodatkowe dokumenty potwierdzają spełnienie wymagań postawionych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i oświadczonych przez Wykonawcę w ofercie. Nadmienić należy, że w dla potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żądał złożenia jedynie zał. 1.2 „Specyfikacja techniczna" tj. oświadczenia w tym zakresie. Zamawiający nie żądał złożenia dodatkowych dokumentów takich jak: katalogi, ulotki czy inne dokumenty charakteryzujące parametry techniczne urządzenia i nie mógł zatem ich żądać w trakcie prowadzonej procedury.

Reasumując stwierdził, że Zamawiający nie może kwestionować oświadczeń złożonych przez wykonawcę w ofercie w ramach w zał. 1.2. „Specyfikacja techniczna". Z uwagi na powyższe brak podstaw do stwierdzenia niezgodności w zakresie zakresu częstotliwości pracy głowicy oraz pozostałych wymagań.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca MIRO Sp. z o o. z Warszawy wnosząc także o oddalenie odwołania i wskazując że jego oferta odpowiada treści SIWZ oraz, że zamawiający dokonując wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej nie naruszył wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Oferta wykonawcy MIRO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (wykonawca MIRO] odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie podlegała odrzuceniu, a zatem wskazywane w odwołaniu kluczowe zarzuty naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91 ust.1 tej ustawy nie są zasadne.

Zamawiający w punkcie II.16 załącznika 1.2 do SIWZ (specyfikacja techniczna) wymagał aby oferowany aparat USG posiadał funkcjonalność: „*Zasilanie awaryjne realizowane przez UPS zewnętrzny zintegrowany z aparatem lub wbudowany w aparat".* Zamawiający nie wymagał dla modułu UPS konkretnych parametrów technicznych. W kolumnie 3 „Wymogi" dla pozycji 16 wskazano: „*TAK, podać*", a jednocześnie Zamawiający w kolumnie 5 wskazując na sposób jej wypełniania wymagał odpowiedzi": „TAK" lub krótkiego opis wg kolumny „Wymogi" [„Odpowiedź TAK, lub krótki opis (wg kolumny „Wymogi")] .

Wykonawca MIRO Sp. z o.o. zaoferował urządzenie (aparat USG) Hitachi - model Arietta V70 Potwierdził w ofercie (II.16 kolumna 5), że aparat USG spełnia wymagania: „TAK" podając dodatkowo: „aparat spełnia wymagania".

Izba zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym wykonawcą MIRO, że w opisach kolumny 5 (także 3) nie było bezwzględnie wymagane, aby wskazać, czy to oświadczenie dotyczy „zewnętrznego modułu UPS zintegrowanego z oferowanym aparatem USG o parametrach technicznych zapewniających prawidłową i bezpieczną pracę ultrasonografu w przypadku utraty zasilania" czy zasilania awaryjnego „wbudowanego w aparat".

Izba zwraca uwagę, że interpretacja opisu w kolumnie 5 przyjęta przez Odwołującego była jedną z dwóch możliwych. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem braku jednoznacznej konfiguracji sprzętu i wariantowości oferty Przystępującego w zakresie tego parametru, tym bardziej, że Odwołujący nie wykazał, że model Arietta V70 posiada wewnętrzne, awaryjne źródło zasilania. Według ustaleń Izby oferowany aparat USG producenta Hitachi - model Arietta V70 nie posiada wewnętrznego, awaryjnego źródła zasilania i w przypadku tego aparatu – oświadczenie wykonawcy

mogło dotyczyć potwierdzenia zasilania awaryjnego realizowanego przez UPS zewnętrzny zintegrowany z aparatem. Izba zwraca również uwagę, że Odwołujący nie kwestionowałw odniesieniu do oferowanego modelu Arietta V70 możliwości zastosowania takiego rozwiązania (co do zewnętrznego zintegrowanego UPS) o parametrach technicznych zapewniających prawidłową i bezpieczną pracę ultrasonografu w przypadku utraty zasilania.

Zamawiający w punkcie VI..4.e załącznika 1.2 do SIWZ wymagał dostarczenia wraz z aparatem USG głowicy elektronicznej, sektorowej Phased Array o kącie skanowania min. 90 stopni.

Wykonawca MIRO, co do oferowanej głowicy S12 (współpracującej z oferowanym aparatem Arietta V70) w sposób wymagany w specyfikacji potwierdził, że spełnia ona wymagany parametr techniczny co do kąta skanowania, podając w kolumnie 5 (zgodnie z jej opisem): "TAK, aparat spełnia wymagania". Powyższe potwierdza także specyfikacja techniczna tego urządzenia na stronie 18.

Także w tym przypadku z opisu nie wynika, aby Zamawiający wymagał podania konkretnej liczby (wartości kąta skanowania widzenia) – szczególnie gdy urządzenie spełnia tylko minimalny parametr. Zamawiający wskazał w opisie na minimalny kąt skanowania — widzenia „min 90 (o)", i co do tej wartości wykonawca MIRO potwierdził, posługując się wskazówkę opisu (jak podano powyżej), że głowica S12 odpowiada wymaganemu parametrowi oferowanego urządzania. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że Przystępujący sposób potwierdzania: „TAK, aparat spełnia wymagania" odnosił do tych parametrów, co do których aparat spełniał wymagania tylko co do ich minimum. Natomiast w przypadku gdy te wartości były podwyższone wówczas wskazywał na te wyższe wartości. Powyższe dotyczy m.in. trzeciego kwestionowanego parametru dotyczącego częstotliwości głowicy, o czym poniżej.

Zamawiający w punkcie VI.3.b załącznika 1.2 wymagał dostarczenia wraz z aparatem USG głowicy elektronicznej liniowej o zakresie częstotliwości pracy min. 4,0 — 13,0 MHz.

Wykonawca MIRO w opisie parametrów w kolumnie 5 podał: „TAK, aparat spełnia wymagania 3,0-13,0 MHz". Ten parametr potwierdza także specyfikacja techniczna (na str. 17) dla tego modelu. Izba zwraca także uwagę na wyjaśnienia wykonawcy MIRO, który w Przystąpieniu wskazuje, że: „Producent podając w specyfikacji zakres częstotliwości podaje pełne pasmo obsługiwane przez aparat — zarówno dla częstotliwości fundamentalnych jak i harmonicznych. Różnice które występują w przypadku wartości widniejących w materiałach reklamowych wynikają z faktu, że częstotliwości są podawane w nich jako częstotliwości środkowe pasma (filtr odbiorczy ma z reguły zakres 2 — 3 MHz). Różne modele aparatów pracujących z określoną głowicą mogą wykorzystywać różne wartości — np. w modelu Arietta 60 jest to 3,0 — 13,0 ale już w modelu Arietta 65 jest to 2,0 do 12,0 MHz". Izba zwraca na marginesie uwagę [dowód pominięty z powodu braku jego tłumaczenia na język polski (wydruk w języku angielskim], że Odwołujący na poparcie jego twierdzeń [także, że „firma Miro napisała w swojej ofercie nieprawdę" (vide str. 5 odwołania)] powołał się na specyfikację techniczną dla innego modelu Arietta Prologue.

Wobec powyższych ustaleń także za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia w tym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, o której stanowi art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Ocena oferty wykonawcy MIRO następowała na podstawie wymaganych w tym postępowaniu dokumentów. Podstawę oceny stanowiły - zgodnie z pkt IV.3 - wymagane w ofercie informacje i oświadczenia: „3. *Dla potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego należy: 3.1. - dołączyć załącznik nr 1.2 („Specyfikacja techniczna") i 1.3 („Warunki gwarancji jakości i serwisu") oraz następujące oświadczenia: oświadczenie potwierdzające posiadanie przez cały zaoferowany asortyment, scharakteryzowany w załączniku nr 1.1 i opisany w załączniku nr 1.2 dopuszczenia do obrotu i do używania oraz oświadczenie potwierdzające, że wykonawca jest gotów do udostępnienia tych dopuszczeń na wezwanie zamawiającego (przed rozstrzygnięciem). Oświadczenia, o których mowa zawierają się w formularzu oferty, stanowiącym załącznik 1 do niniejszej specyfikacji*". Z kolei wykonawca, (zgodnie z pkt 3.2. na wezwanie zamawiającego), którego oferta została najwyżej oceniona obowiązany był w myśl:

„pkt 3.2.1. *przedłożyć deklaracje zgodności z dyrektywą medyczną dla całego zaoferowanego asortymentu (dotyczy wszystkich klas wyrobu medycznego*)";

„3.2.2. *przedłożyć certyfikaty zgodności z dyrektywą medyczną dla całego zaoferowanego asortymentu wydany przez jednostkę notyfikowaną (dotyczy wszystkich klas wyrobu medycznego z wyjątkiem klasy I*). "

Wykonawca MIRO Sp. z o. o. złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust.1 ustawy Pzp Izba stwierdza, że zarzut ten jest także niezasadny. Z ustaleń nie wynika zastosowanie procedury przewidzianej wskazanym przepisem. Niewątpliwie skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy MIRO pisma z dnia 23 listopada 2018 r. przy którym przesyłał pismo wykonawcy TMS (także z dnia 23.11.2018 r. adresowane do Zamawiającego), nie jest równoznaczne z wszczęciem procedury wyjaśniającej treść oferty przewidzianej w ustawie Pzp w jej art. 87 ust.1. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w piśmie przesyłającym nie powołuje się na taką procedurę. Izba zwraca także uwagę, że odpowiedź wykonawcy MIRO także nie została udzielona w tym trybie, a załączona do pisma z dnia 26 listopada 2018 r. specyfikacja techniczna nie była dokumentem wymaganym w tym postępowaniu. Ta specyfikacja była – jak wynika z akt sprawy - odpowiedzią na

jednostronicowy wydruk w języku angielskim dla urządzenia załączonego do pisma z 23.11.2018 r. wykonawcy TMS. Katalog wymaganych dokumentów – jak już podano – określał punkt IV.3 specyfikacji.
Odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Izba dodatkowo stwierdza, że oferta MIRO Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą z istotną przewagą punktową nad ofertą konkurencyjną Odwołującego, (tańszą) w kryterium technicznym, która to punktacja nie jest kwestionowana.

Reasumując izba stwierdza, że oferta Przystępującego w zakresie kwestionowanym odpowiada treści specyfikacji, a jej wybór został dokonany na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w tymże SIWZ.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

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

……..