Sygn. akt: KIO 1604/19

WYROK

z dnia 3 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Copernicus Podmiot Leczniczy Sp. z o.o. w Gdańsku

przy udziale wykonawcy „Philips Polska" Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz zamawiającego Copernicus Podmiot Leczniczy Sp. z o.o. w Gdańsku kwotę w wysokości 247 zł 59 gr (słownie: dwieście czterdzieści siedem złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy) tytułem zwrotu kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 3 września 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1604/19

Zamawiający Copernicus Podmiot Leczniczy Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 50, 80-462

Gdańsk, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup specjalistycznej aparatury medycznej", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 22 maja 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 098-236885, podzielone na części (pakiety), któremu nadano numer D10.251.30.C.2019, zwane dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, że postępowanie na dostawę jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p."

W dniu 8 sierpnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 1, złożonej przez wykonawcę „Philips Polska" Sp. z o.o. w Warszawie. Od tej czynności zamawiającego, w dniu 19 sierpnia 2019 r., środek zaskarżenia wniósł wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa, dalej zwany jako „odwołujący".

W odwołaniu postawiono zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Philips, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł, w zakresie pakietu nr 1, o unieważnienie czynności wyboru oferty „Philips Polska" Sp. z o.o. w Warszawie, odrzucenie tej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje.

Przedmiotem zamówienia, które składa się z 3 części (pakietów), jest zakup aparatury

medycznej. Odwołanie dotyczy pakietu nr 1, podzielonego na zadanie 1 - aparat ultrasonograficzny z funkcją echa serca (6 szt.) i zadanie 2 - echokardiograf mobilny (1 szt.).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, określający wymagania zamawiającego, ilości oraz szczegółowe informacje na temat sposobu oceny w kryterium „parametry techniczne", zawiera załącznik nr 1b do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia (OPZ).

W pakiecie nr 1 swoje oferty złożyło trzech wykonawców, w tym odwołujący.

Zamawiający, po zastosowaniu procedury odwróconej w trybie art. 24aa p.z.p., zbadał i ocenił jako najkorzystniejszą ofertę firmy Philips, zaś w dniu 8 sierpnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż w pakiecie nr 1 wybrał ofertę tego wykonawcy.

Z powyższymi czynnościami zamawiającego nie sposób się zgodzić. Zdaniem

odwołującego oferta Philips powinna zostać odrzucona, jako niezgodna z treścią SIWZ - z punktem 35.2 załącznika nr 1b do SIWZ dla zadania 2 echokardiograf mobilny. Zgodnie z tym punktem zamawiający wymagał zaoferowania głowicy convex do badań brzucha o następujących parametrach: częstotliwość pracy głowicy w zakresie min. 1,5-5,0 MHz, max. kąt widzenia min. 70 stopni, ilość fizycznych elementów piezoelektrycznych min. 192.

W złożonej ofercie wykonawca Philips zadeklarował, iż zaoferowana głowica posiada 320 fizycznych elementów piezoelektrycznych, z czym nie sposób się zgodzić, bowiem głowica convex wykonawcy ma jedynie 160 fizycznych elementów, a nie 320, jak wskazano w ofercie. Zamawiający w dniu 24 lipca 2019 r. wezwał wykonawcę Philips w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. do złożenia wyjaśnień jej treści. W odpowiedzi na wezwanie firma Philips wskazała, że posiada 160 grup elementów piezoelektrycznych, z których każda składa się z dwóch niezależnych elementów nadawczo-odbiorczych, co w ocenie firmy Philips daje w sumie 320 piezoelektrycznych elementów akustycznych.

W ocenie odwołującego wyjaśnienia firmy Philips jedynie potwierdzają zasadność stawianego zarzutu. Zamawiający wymagał co najmniej 192 fizycznych elementów piezoelektrycznych, tymczasem oferowana głowica posiada, jak stwierdza sam wykonawca Philips, 160 takich elementów. Firma Philips niejako rozdrobniła poszczególne elementy fizyczne, ze względu na funkcje jakie wykonują: wysyłanie i odbieranie ultradźwięków. Niemniej te dwie czynności wykonywane są za pomocą jednego elementu fizycznego (kryształu). Philips niejako pomnożył przez współczynnik 2x liczbę posiadanych fizycznie elementów piezoelektrycznych (160 x 2 = 320), wskazując, iż jest to liczba piezoelektrycznych elementów akustycznych. Zdaniem odwołującego nie jest to jednak liczba fizycznych elementów piezoelektrycznych, jak wymaga treść SIWZ w punkcie 35.2 załącznika nr 1b do SIWZ. W związku z powyższym, w opinii odwołującego, oferta wykonawcy Philips nie spełnia wymagań określonych w SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona.

Odwołujący dodał, ze zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zostało opisane przez zamawiającego w SIWZ i którego przyjęcia zamawiający oczekuje od wykonawcy (wyrok Izby z 05.04.2017 r., sygn. akt KIO 501/17 oraz z 12.01.2018 r., sygn. akt KIO 2739/17). Natomiast biorąc pod uwagę przedstawione powyżej okoliczności, stwierdzić należy, iż zobowiązanie wykonawcy Philips, wyrażone w jego ofercie, jest niezgodne z zakresem zobowiązania, które zostało opisane przez zamawiającego w SIWZ. Bez wątpienia bowiem oferta nie odpowiada w swej warstwie merytorycznej oczekiwaniom zamawiającego, wyrażonym w specyfikacji.

Zdaniem odwołującego zaniechanie odrzucenia oferty Philips stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p., bowiem sankcjonuje nierówne traktowanie wykonawców - dopuszcza wybiórcze egzekwowanie postanowień SIWZ.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w formie pisemnej, wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, jako oczywiście bezzasadnego, z uwagi na brak wystąpienia przesłanek naruszenia przepisów p.z.p., podniesionych przez odwołującego w treści zarzutów zawartych w odwołaniu.

Ponadto wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę „Philips Polska” Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195b, 02-222 Warszawa (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w postaci elektronicznej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparł stanowisko zamawiającego - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład rozpoznający spór ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, skład orzekający zobowiązany był do oceny

wypełnienia przesłanek materialnoprawnych, wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego. Jak podniósł odwołujący uchybienia zamawiającego wskazane w odwołaniu doprowadziły do naruszenia jego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażają go na znaczną szkodę, związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu. Ponadto zamawiający zastosował procedurę odwróconą, o której mowa w art. 24aa p.z.p., wzywając jedynie przystępującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., zatem ocena pozostałych ofert została dokonana w sposób wstępny (oferty nie zostały ostatecznie zweryfikowane na podstawie dokumentów, do których złożenia zamawiający wzywa pierwszego wykonawcę z rankingu ofert), a co za tym idzie odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej, zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia, skład orzekający ustalił, iż stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny. Sporne było spełnienie przez przystępującego wymogu ilości fizycznych elementów piezoelektrycznych echokardiografu mobilnego.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

- do oceny, czy nie zaniechano odrzucenia oferty przystępującego z postępowania, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.),

- do oceny, czy w konsekwencji powyższego, nie doszło w postępowaniu do naruszenia zasad naczelnych p.z.p. (art. 7 ust. 1 p.z.p.), poprzez wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy - w tym po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, po dokonaniu oceny dowodów złożonych przez strony i uczestnika postępowania - Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołujących zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie - jako nieposiadające uzasadnionych podstaw - należało oddalić. Izba uznała, że twierdzenia odwołującego są nieuprawnionym stanowiskiem strony, zmierzającym wyłącznie do poprawy własnej sytuacji procesowej, które nie zostało wykazane, a ponadto nie posiada odzwierciedlenia w treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.”

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Podsumowując zawarte tam interpretacje omawianej normy należy przypomnieć, iż odrzucenie oferty wykonawcy nastąpi w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie, z zakresem zobowiązania, którego jednostka zamawiająca oczekuje - zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania. Innymi słowy, aby doszło do wypełnienia hipotezy 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. musi dojść do niezgodności w sferze merytorycznego zobowiązania określonego w SIWZ z tym, co w swojej ofercie zaoferował wykonawca.

Jako reprezentatywne można przywołać stanowisko Sądu Okręgowego w Łodzi

wyrażone w wyroku z 22.05.2017 r., sygn. akt III Ca 452/17: „Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - 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 - jest z nią zgodna". Ponadto, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 13.02.2017 r., sygn. akt IX Ga 3/17 „przypadek opisany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans uzasadniający twierdzenie, że w wykonawca zaoferował świadczenie inne, niż opisane w SIWZ, co stwarza zagrożenie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego."

W konsekwencji powyższego, skład orzekający wskazuje, iż zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, na kanwie 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., wymaga jednoznacznego wykazania na czym rzeczona niezgodność oferty polega - poprzez klarowne wskazanie w ofercie, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje - w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia.

Zatem punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu. W ocenie składu orzekającego treść dokumentacji postępowania winna być interpretowana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony - wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także - aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Godzi się również zaznaczyć, że w momencie, kiedy upływa termin na składanie ofert, nie ma już możliwości zmiany treści SIWZ. Dokumentacja postępowania, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego, zaś wykonawcy, przy użyciu ustawowych instrumentów, mogą wpływać na jej kształt, poprzez zaskarżenie jej treści czy zwrócenie się do zamawiającego o wyjaśnienie. Tym niemniej, po otwarciu ofert, ustalony kształt dokumentacji postępowania nie może zostać zmieniony, nie można od niego odstąpić, czy traktować wybiórczo. Na etapie oceny ofert nie ma możliwości „zmiany reguł gry" zawartych w SIWZ, ponieważ takie działanie jest sprzeczne z prawem, a także stanowiłoby naruszenie zasad generalnych p.z.p. oraz powodowałoby odstąpienie od zasady obiektywizmu, na rzecz nieuzasadnionej uznaniowości, co byłoby zaprzeczeniem istoty procedury udzielania zamówień publicznych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania Izba wskazuje, że osią sporu było spełnienie przez przystępującego wymagania zawartego w opisie przedmiotu zamówienia dla echokardiografu mobilnego, co do głowicy convex do badań brzucha, w brzmieniu „ilość fizycznych elementów piezoelektrycznych min. 192" (vide załącznik nr 1a do SIWZ, pakiet nr 1 zadanie 2 echokardiograf mobilny, pkt 35.2).

Przystępujący w ofercie wskazał „ilość fizycznych elementów piezoelektrycznych 320". W dniu 22 lipca 2019 r. zamawiający, w oparciu o art. 87 ust. 1 p.z.p., zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień wskazanej treści oferty. Pismem z 24 lipca 2019 r. przystępujący oświadczył, że „oferowana przez nas głowica C5-1 Philips posiada 160 grup elementów piezoelektrycznych, z których każda składa się z dwóch niezależnych elementów nadawczo odbiorczych, co daje w sumie 320 piezoelektrycznych elementów akustycznych." Do wyjaśnień załączono kartę produktu ultrasonografu Philips CX50, z której wynika, że „głowica convex C5-1 z technologią kryształów pure wave (...) matryca convexu o dużej gęstości ze 320 elementami" (str. 12 karty) i „C5-1, convex, liczba elementów 320" (str. 14 karty).

Odwołujący podnosił, iż głowica zaoferowana przez przystępującego posiada 160 elementów fizycznych, a nie 320. Argumentowano, że zamawiający wymagał 192 elementów piezoelektrycznych, rozumianych przez odwołującego jako 192 piezoelektryki (kryształy), zaś przystępujący niejako rozdrobnił poszczególne elementy fizyczne ze względu na funkcje jakie wykonują - wysyłanie i odbieranie ultradźwięków, kiedy te czynności wykonywane są za pomocą jednego elementu fizycznego (kryształu).

Natomiast zamawiający podnosił, że przez wymóg podanej ilości fizycznych elementów piezoelektrycznych należy rozumieć ilość elementów, które mogą emitować lub pobierać fale oraz są fizycznie rozdzielone i niezależne, zatem oferta przystępującego jest zgodna z treścią

SIWZ i nie ma podstaw do odrzucenia jej w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Takie rozumienie spornego wymagania popierał przystępujący, podkreślając, że jego głowica posiada 320 fizycznie rozdzielonych i niezależnych elementów piezoelektrycznych, co spełnia wymóg dokumentacji postępowania.

Izba ustaliła, że sporny wymóg nie był przedmiotem pytań do SIWZ. Żaden z wykonawców nie skorzystał z instytucji uregulowanej w art. 38 ust. 1 p.z.p. i nie proszono zamawiającego o wyjaśnienie rozumienia parametru „ilości fizycznych elementów piezoelektrycznych". Na rozprawie zarówno odwołujący, jak i przystępujący wskazał, że parametr nie budził żadnych wątpliwości i nie było potrzeby jego doprecyzowania, przy czym jednocześnie obie strony przedstawiły sprzeczne rozumienie tego sformułowania wskazując, że stanowisko strony przeciwnej jest wadliwe.

Skład orzekający stwierdził, że zamawiający postawił sporny wymóg w formie ogólnej i brak szczegółowego sprecyzowania w dokumentacji postępowania jak zamawiający definiuje ilość fizycznych elementów, w tym również brak określenia w jaki sposób należy liczyć elementy piezoelektryczne, powoduje, że regulacje SIWZ w tym zakresie obarczone są luką - brakiem adekwatnego elementu treściowego pozwalającego na dokonanie jednoznacznej interpretacji omawianej regulacji. Obowiązująca treść SIWZ jest nazbyt ogólna (niedookreślona) w zakresie parametru i na obecnym etapie próba rozstrzygnięcia jak rozumieć sporny wymóg - niezależnie, czy dotyczy to podzielenia stanowiska zamawiającego i przystępującego, czy odwołującego - wymagałoby zmiany dokumentacji postępowania, poprzez dodanie do niej nowej treści, pozwalającej na jednoznaczne określenie czego dokładnie zamawiający oczekuje, niezależnie od tego w którą stronę to określenie miałoby zmierzać. Aby bowiem wskazać, która ze stron prezentuje prawidłowe rozumienie SIWZ Izba musiałaby zastąpić zamawiającego i dokonać nie tyle wyjaśnienia treści dokumentacji postępowania, co jej modyfikacji - dodania do SIWZ elementów treściowych pozwalających lukę usunąć (poprzez wypełnienie jej treścią).

Warto podkreślić, że ustalony stan rzeczy rozpoznawanego sporu jest zupełnie odmienny od sytuacji, kiedy dokumentacja postępowania jest niejasna, istnieją wątpliwości jak należy rozumieć daną treść w korelacji z całością dokumentacji, czy kiedy wyjaśnienia zamawiającego są niejednolite. Innymi słowy, nie jest to stan faktyczny, kiedy na kanwie dokumentacji postępowania można rozstrzygnąć jak rozumieć sporny wymóg, ponieważ zamawiający po prostu tego nie sprecyzował i żaden z wykonawców o to nie zapytał. O ile zatem Izba jest uprawniona do dokonania wykładni warunku stawianego w SIWZ, o tyle nie jest uprawniona do jego zmiany - dodania nowej treści do tego, co określił zamawiający. Tymczasem w niniejszej sprawie takie uzupełnienie byłoby konieczne, aby dokonać wykładni. Ustanowiony przez zamawiającego wymóg nie jest bowiem niejednoznaczny, a treściowo pusty - interpretacja postulowana przez obie strony wymagałaby dodania do niego treści, której nie zawiera. Warto przy tym wskazać, że w odróżnieniu od zwykłej wykładni oświadczeń woli na gruncie kodeksu cywilnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zezwala interpretatorowi (tu: Izbie) na prowadzenie procesu wykładni tak długo, aż przyniesie to efekt - proces ten jest ograniczony w czasie i zakresie poprzez fakt, że - jak wskazano powyżej, zmiana SIWZ po dokonaniu otwarcia ofert nie jest już możliwa. Na późniejszym etapie możliwa jest jedynie wykładnia istniejącej treści dokumentacji postępowania, nie jest natomiast możliwe uzupełnianie SIWZ nową treścią, konieczną dla wypełnienia istniejącej tam luki. Absolutną barierą na uzupełnienie dokumentacji postępowania jest upływ terminu na składanie ofert i jakiekolwiek późniejsze rozszerzenie treści SIWZ jest niedopuszczalne.

Analiza czy zaoferowana przez przystępującego głowica convex spełnia sporny parametr, a więc czy jest zgodna z treścią SIWZ, w korelacji z brzmieniem parametru, prowadzi do wniosku, że SIWZ należy uzupełnić o dane jak zamawiający rozumie postawione wymaganie. Nie było przy tym spornym, że dokumentacja postępowania wymaga uzupełnienia w tym zakresie - tu strony były zgodne wskazując na swoje stanowiska - spór w istocie dotyczy tego w jaki sposób SIWZ należałoby uzupełnić.

Jak już wcześniej zaznaczono, po upływie terminu na składanie ofert nie ma możliwości dokonania zmiany dokumentacji postępowania. Stanowisko zamawiającego, jak rozumie treść SIWZ, kiedy nie wynika ono z innej, obiektywnie ustalonej treści dokumentacji, która powstałaby w sposób przepisany prawem (np. w wyniku skorzystania z instrumentu, o którym mowa w art. 38 ust. 1 p.z.p.), trudno również uznać za wiążące wykonawców, czy skład orzekający. Natomiast odrzucenie oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., za jej niezgodność z treścią SIWZ, wymaga klarownego i jednoznacznego wykazania wady oferty w sferze merytorycznego zobowiązania wykonawcy, w powiązaniu z brzmieniem istniejącej, a nie hipotetycznie uzupełnionej, dokumentacji postępowania. Skoro sporny wymóg jest postawiony w sposób ogólny i wobec jego brzmienia dopuszczalna byłaby zarówno interpretacja zamawiającego oraz przystępującego, jak i odwołującego, w zależności jak zamawiający uzupełniłby treść SIWZ i wyjaśniłby rozumienie parametru, gdyby go o to zapytano przed złożeniem oferty - a ani odwołujący, ani przystępujący tego nie uczynił - to na obecnym etapie, w postępowaniu przed Izbą, nie ma możliwości, aby skład orzekający zastąpił

zamawiającego i zmodyfikował treść SIWZ, poprzez uszczegółowienie jak należy rozumieć sporny parametr. SIWZ w brzmieniu niezaskarżonym obowiązuje zamawiającego, wykonawców oraz Krajową Izbę Odwoławczą i brak skorzystania z narzędzia zadania pytania zamawiającemu, a w konsekwencji brak doprecyzowania wymagania ogólnego, poprzez zdefiniowanie parametru ilości fizycznych elementów piezoelektrycznych i określenie sposobu liczenia tych elementów, obciąża odwołującego, który ferując swoje rozumienie spornego wymogu żąda odrzucenia oferty przystępującego.

Dalej skład orzekający wskazuje, że nie było również sporu, że na rynku zamówień medycznych jednostki zamawiające w różny sposób ustalają wymagania dla głowic ultrasonograficznych. Zamawiający stosują różne nazewnictwo i uwypuklają różne parametry, dla elementów piezoelektrycznych używa się zarówno określenia elementy akustyczne, jak i kryształy, różny jest również sposób liczenia tychże elementów. Wskazują na to dowody złożone przez przystępującego, w postaci ofert i kart katalogowych oraz dowód złożony przed odwołującego w postaci oferty dla Szpitala w Rzeszowie. Z dowodów tych wynika także, że nie ma jednolitego ustalenia rozumienia parametru elementów piezoelektrycznych i dopóki nie zostanie to w sposób jednoznaczny przesądzone przez zamawiającego w SIWZ nie ma możliwości wskazania jak liczyć ilość tych elementów. Karty katalogowe przystępującego potwierdzają także, że producent również nie określa tego jednoznacznie, a uzależnione jest to od zdefiniowana elementu przez zamawiającego, co determinuje sposób liczenia spornych elementów.

Odwołujący podnosił, że jego dowód w postaci kopii oferty przystępującego, otrzymanej od Szpitala w Rzeszowie wykazuje okoliczność rozróżnienia przez firmę Philips pojęcia elementów piezoelektrycznych od elementów akustycznych. Jednakże umknęło odwołującemu, że stosowana przez zamawiających nomenklatura jest różna i istotnym jest to co zawarł zamawiający w dokumentacji postępowania objętej sporem i jak spełnił wymóg przystępujący w przedmiotowym postępowaniu, a nie w innym postępowaniu, z inną treścią SIWZ (której także nie wykazano). Aby dowód był w ogóle przydatny do rozstrzygnięcia okoliczności, które mogłyby okazać się istotne dla sporu, najpierw odwołujący musiałby wykazać, że ferowane przez niego rozumienie i sposób liczenia ilości elementów piezoelektrycznych wynika z dokumentacji postępowania, czego nie uczyniono.

Następnie skład orzekający wskazuje, iż dowód nr 2 i dowód nr 2a został złożony przez odwołującego w języku angielskim, co narusza § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. nr 1092 ze zm.), zatem dowody te został przez Izbę pominięte. Wypada również zauważyć, iż odwołujący przetłumaczył na język polski jedynie fragmenty informacji, co powoduje wadliwość formalną dokumentów i brak możliwości oparcia na nich istotnych dla sprawy ustaleń. Zgodnie ze wskazaną normą ustawodawca określił, iż wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona lub uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia tłumaczenie na język polski. Skoro zatem przetłumaczono jedynie fragmenty informacji, to w ocenie składu orzekającego powoduje to, że nie można uznać dokumentów za faktycznie przetłumaczone, a dodatkowo budzi to wątpliwość co do wiarygodności dowodów. Natomiast dowody nr 3 i 4, w postaci wydruków z internetu są niepowiązane z przedmiotem sprawy, a więc są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia.

W ocenie składu orzekającego ustalony stan rzeczy wskazuje, że bez zmiany treści SIWZ nie ma podstaw do podzielenia ferowanego przez odwołującego rozumienia spornego wymagania „ilości fizycznych elementów piezoelektrycznych" na kanwie dokumentacji postępowania. Zatem nie można w konsekwencji uznać, że oferta przystępującego jest sprzeczna z SIWZ, co jest niezbędne do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Skład rozpoznający spór zaznacza, że aby oferta kwestionowana przez odwołującego mogła zostać uznana za niezgodną z SIWZ, treść SIWZ w której sformułowano sporny wymóg musiałaby zostać uzupełniona o wyjaśnienie w jaki sposób zamawiający liczy ilość fizycznych elementów piezoelektrycznych - czy funkcjonalnie (jak postulował przystępujący) czy strukturalnie (jak postulował odwołujący). Przyjęcie którejkolwiek z tych interpretacji w toku procesu wykładni, ograniczonej przez zakaz zmiany i uzupełniania treści SIWZ po upływie terminu na składanie ofert, powoduje, że nie jest to możliwe.

W konsekwencji hipoteza art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zakresie spornego parametru w ustalonym stanie faktycznym nie mogła się ziścić - skoro zamawiającego obowiązuje treść zawierająca lukę, to brak jest możliwości jej wypełnienia w ten sposób, aby odrzucić ofertę jednego z wykonawców. Działanie takie byłoby nie tylko sprzeczne z przywołanymi powyżej przepisami, ale sprzeciwiałaby mu się również zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 p.z.p., z której wyprowadzić należy także zakaz retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych wykonawców. Skład rozpoznający odwołanie podzielił w tym zakresie linię orzeczniczą, zgodnie z którą treść SIWZ musi mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, zaś błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu (por. wyrok Sądu Okręgowego

w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt III Ca 70/15, wyrok Sąd Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r., sygn. akt I C 2/15).

Nawet gdyby zatem dojść do wniosku, że omawiana treść SIWZ jest niejednoznaczna z perspektywy wykonawcy, który mógł ją interpretować w różny sposób, a jej uzupełnienie jest możliwe przez dokonanie wykładni - bez uzupełniania luki w treści SIWZ, czego odwołujący nie wykazał - wówczas przystępującego chroniłaby zasada, zgodnie z którą nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy nieprecyzyjność, bądź niejednoznaczność treści

SIWZ autorstwa zamawiającego (za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem - por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 16.05.2016 r., sygn. akt III Ca 224/16 oraz przywołane tam obszernie orzecznictwo). W szczególności, że zaprezentowane przez przystępującego rozumienie spornego wymagania, poparte kartą katalogową producenta, mieści się w treści dokumentacji postępowania i nie jest z nią sprzeczne. Zaoferowanie 320 fizycznie rozdzielonych i niezależnych elementów piezoelektrycznych, czyli 160 grup elementów piezoelektrycznych, z których każda składa się z dwóch niezależnych elementów nadawczo odbiorczych, czyli 320 elementów akustycznych, spełnia wymagania SIWZ dla pakietu nr 1, zadanie 2, echokardiograf mobilny, pkt 35.2 i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Ponadto wobec stwierdzenia przez skład orzekający, że nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i w konsekwencji oddalenie tego zarzutu przez Izbę, nie mógł zostać również uwzględniony powiązany z nim zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. Zarzut ten został niepotwierdzony w ustalonym stanie sprawy, ponieważ nie wykazano, że wybór oferty najkorzystniejszej był nieprawidłowy, czy żeby doszło do naruszenia naczelnych zasad p.z.p.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a 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), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i kosztami dojazdu zamawiającego na rozprawę, zgodnie ze złożonym spisem kosztów, popartym rachunkami.

Przewodniczący: