

WYROK

z dnia 11 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2018 r., w Warszawie, odwołania
wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę

VO2MAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Cicha 12, Wólka
Radzyńska, 05-126 Nieporęt

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Opolu, al. Wincentego Witosa 26, 45-401
Opole

przy udziale wykonawcy Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Renesansowa 5a, 01-905 Warszawa

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego

niezgodności treści oferty wykonawcy VO2MAX Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia
w zakresie parametru „zakres pomiaru objętości 0-20 l przy dokładności
pomiaru objętości +/- 3% lub 50 ml”,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści
oferty wykonawcy VO2MAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z
treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie parametru
„opory przepływu mniejsze niż 0,12 kPa/l/s dla zakresu przepływu +/- 15 l/s”,

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania obciąża Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Opolu i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez VO2MAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Opolu na rzecz VO2MAX Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 813/18

Zamawiający - Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup i dostawę wraz z montażem i uruchomieniem specjalistycznego sprzętu kardiologicznego oraz przeszkolenie personelu z zakresu ich obsługi, w ramach projektu p.n. Poprawa efektywności działania Oddziałów szpitalnych

Kardiologii i Kardiochirurgii w Uniwersyteckim Szpitalu Klinicznym w Opolu w zakresie infrastruktury ochrony zdrowia przez wymianę niezbędnego sprzętu i wyposażenia” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 lutego 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 024-050473. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący - VO2MAX Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich W swojej ofercie Odwołujący przy niniejszym punkcie wskazał: „TAK, F1S2P11 opór <0,1 kPa/l/s @ 20 l/s”, co należy odczytywać w sposób następujący: „TAK, opory przepływu przez głowicę pomiarową są mniejsze lub równe 0,1 kPa/l/s przy prędkości przepływu 20 l/s” (etykieta F1S2P11, stanowi odniesienie do potwierdzenia tego parametru w folderze 1. na stronie 2. punkt 11., który znajduje się na 40 stronie złożonej oferty) odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania i niewezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zadeklarowanych właściwości przedmiotu oferty,

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz (z ostrożności) naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 4,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 4,
3. powtórzenia czynności badania i oceny oferty,
4. odrzucenie oferty Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. w zadaniu nr 4.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zamówienie zostało podzielone na 9 części, z których zadanie nr 4 polegało na dostawie zestawu do testów wysiłkowych z możliwością wykonywania badań ergospirometrycznych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i warunki realizacji określał formularz ofertowo-cenowy stanowiący załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W celu potwierdzenia spełnienia warunków technicznych bezwzględnych należało załączyć wypełniony załącznik nr 1 oraz instrukcje, katalogi potwierdzające spełnienie warunków określonych dla przedmiotu zamówienia ze wskazaniem strony i zaznaczeniem na stronie miejsca potwierdzenia spełnienia warunków technicznych.

W zakresie zadania nr 4 oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o., której oferta została uznana za najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona.

Z takim rozstrzygnięciem Odwołujący nie może się zgodzić, bowiem treść jego oferty nie podlegała odrzuceniu, natomiast to oferta firmy Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. zawiera nieprawidłowości uzasadniające konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powodem odrzucenia oferty Odwołującego było niespełnienie następujących wymagań technicznych:

1. „Opory przepływu mniejsze niż 0,12 kPa/l/s dla zakresu przepływu ± 15 l/s”
2. „Zakres pomiaru objętości 0-20 l przy dokładności pomiaru objętości $\pm 3\%$ lub 50 ml”.

Zamawiający uzasadnił swoją decyzję w następujący sposób:

1. Opory przepływu mniejsze niż 0,12 kPa/l/s dla zakresu przepływu ± 15 l/s. Ponadto w odpowiedzi z 20 lutego 2018 r. zamawiający dopuścił mniejsze opory przepływu równe 0,1 kPa/l/s przy 16 l/s oraz w odpowiedzi z 26 lutego 2018 r. dopuścił opór poniżej 0,1 kPa/l/s przy 15 l/s. Wykonawca zaoferował zestaw do testów wysiłkowych - zestaw do ergospirometrii z głowicą pomiarową z oporami przepływu cyt. TAK, F1S2P11 opór $< 0,1$

kPa/l/s @ 20 l/s dodatkowo potwierdzając ten parametr na stronie 40 oferty.

2. Zakres pomiaru objętości 0-20 l przy dokładności pomiaru objętości $\pm 3\%$ lub 50 ml, Zamawiający odpowiedział z 26 lutego 2018 r. dopuścił pomiar objętości 0-10 l

i z dokładnością 2%. Wykonawca zaoferował głowicę pomiarową w zakresie pomiaru objętości 0-20 l z dokładnością pomiaru objętości $\pm 2\%$, dodatkowo potwierdzając ten parametr na stronie 40 oferty.

W ocenie Odwołującego złożona przez niego oferta nie tylko spełnia oba wyżej wymienione parametry, lecz realizuje je w znacznie szerszym zakresie, tj. lepiej niż tego wymagał Zamawiający.

W zakresie parametru „Opory przepływu mniejsze niż 0,12 kPa/l/s dla zakresu przepływu ± 15 l/s” - zdaniem Odwołującego Zamawiający niewłaściwie odczytał parametr zaoferowany przez Odwołującego. W swojej ofercie Odwołujący przy niniejszym punkcie wskazał: „TAK, F1S2P11 opór $< 0,1$ kPa/l/s @ 20 l/s”, co należy odczytywać w sposób

następujący: „TAK, opory przepływu przez głowicę pomiarową są mniejsze lub równe 0,1 kPa/l/s przy prędkości przepływu 20 l/s” (etykieta F1S2P11, stanowi odniesienie do potwierdzenia tego parametru w folderze 1. na stronie 2. punkt 11., który znajduje się na 40 stronie złożonej oferty).

Podczas badania spiroergometrycznego pacjent oddycha przez maskę, która zakończona jest głowicą pomiarową służącą do pomiaru ilości powietrza wdychanego i wydychanego z płuc. Ważne jest, aby opór na drodze powietrza oddechowego był jak najmniejszy. Jeżeli pacjent intensywnie oddycha, w czasie dużego wysiłku wentylacja wzrasta z ok. 5 l/min do np. 100 l/min i, aby tak duża ilość powietrza mogła przedostać się z/do płuc przez otwór głowicy pomiarowej, to prędkość przepływu powietrza przez tę głowicę musi wzrastać. Wtedy dają o sobie znać opory przepływu, które zaczynają rosnąć przy dużych szybkościach przepływu, gdyż powietrze z płuc nie jest w stanie szybko przejść przez głowicę. Oznacza to, iż opory przepływu powietrza przez głowicę wzrastają ze zwiększaniem się prędkości strumienia powietrza oddechowego z/do płuc. Im większa zatem prędkość przepływu powietrza, tym większe są opory przepływu i potencjalne wrażenie duszenia się. Zamawiający wymagał oporów przepływu mniejszych od 0,12 kPa/l/s dla zakresu ± 15 l/s, to znaczy w zakresie do 15 l/s niezależnie od kierunku przepływu powietrza przez głowicę z czy do płuc. Odwołujący zaoferował głowicę pomiarową, której opory przepływu nie są większe od 0,1 kPa/l/s przy prędkości przepływu 20 l/s, co należy rozumieć zgodnie z wyżej opisanym wprowadzeniem, że ww. opory 0,1 kPa/l/s są nie większe w całym zakresie ± 20 l/s.

Ponieważ zakres ± 20 l/s obejmuje zakres ± 15 l/s oraz opory 0,1 kPa/l/s są mniejsze niż opory 0,12 kPa/l/s, to zaoferowany parametr spełnia aż nadto wymagania zamawiającego w tym zakresie, a Odwołujący zaproponował o 25% szerszy zakres pomiaru prędkości przepływu od wymaganego.

Zamawiający w odpowiedzi z 20 lutego 2018 r. dopuścił opory przepływu równe 0,1 kPa/l/s przy 16 l/s, co jednoznacznie przesądza, że zaoferowana przez Odwołującego głowicę pomiarowa TripleV spełnia wymagania Zamawiającego w tym zakresie. Zatem stwierdzenie

Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie spełnia ww. parametru jest nieuzasadnione, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego nie może się ostać.

W zakresie parametru „Zakres pomiaru objętości 0-20 l przy dokładności pomiaru objętości $\pm 3\%$ lub 50 ml” Odwołujący wskazał, że Zamawiający również przy tym parametrze niewłaściwie odczytał właściwości urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego. W swojej ofercie Odwołujący podał: „TAK, F1S2P13 zakres 0-20 l” oraz „TAK, F1S2P14 $\pm 2\%$ ”, co należy rozumieć jako: „TAK, zakres pomiaru objętości 0-20 l z dokładnością $\pm 2\%$ ” (Etykieta F1S2P13 i F1S2P14 stanowi odniesienie do potwierdzenia tego parametru w folderze 1. na stronie 2. punkt 13. i punkt 14., który znajduje się na 40 stronie złożonej oferty).

Zamawiający wymagał od oferowanego ergospirometru pomiaru objętości powietrza oddechowego w zakresie 0-20 l przy dokładności pomiaru objętości $\pm 3\%$ lub 50 ml. Oferta Odwołującego wskazuje na pomiar objętości powietrza oddechowego w zakresie 0-20 l, a więc w takim samym zakresie, ale z lepszą dokładnością, tj. $\pm 2\%$ przy wymaganej $\pm 3\%$. Dokładność $\pm 2\%$ jest lepszym parametrem niż $\pm 3\%$, zatem zaoferowany przez Odwołującego system spełnia, a nawet przewyższa oczekiwania Zamawiającego. Wyznaczanie dowolnego parametru z jak najmniejszym błędem jest pożądane w każdym systemie pomiarowym, dlatego zaoferowanie przez Odwołującego 2% dokładności zamiast 3% jest dodatkową korzyścią dla Zamawiającego. Zatem zarzut niesłusznego odrzucenia oferty Odwołującego jest zasadny, bowiem treść jego oferty w zakresie zadania numer 4 odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający miał świadomość, iż zaoferowane przez Odwołującego parametry przewyższają wymagania wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołujący bowiem przed wniesieniem odwołania wystosował do Zamawiającego notatkę, w której przedstawił argumentację wskazującą na pełną zgodność zaoferowanego urządzenia licząc na weryfikację decyzji o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający jednak podtrzymał rozstrzygnięcie postępowania podnosząc w odpowiedzi, iż „nie zamierzał nabywać droższego urządzenia być może z lepszymi parametrami”. Tymczasem oferta Odwołującego z ceną 183.291 zł, jakkolwiek jest rzeczywiście droższa od oferty Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. (151.092,00 zł) ze względu na lepsze właściwości (w szczególności, w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium „Jakości” Odwołujący zaoferował dodatkowe urządzenie do automatycznego pomiaru ciśnienia krwi o wartości ok. 20 tys. zł), to jednak pozostaje znacznie poniżej kwoty 293.760,00 zł przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym wydaje się, że odrzucenie oferty Odwołującego zostało spowodowane w istocie różnicą w cenie w stosunku do oferty wybranej, a nie odstępstwem względem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taką tezę zdaje się potwierdzać fakt, że Zamawiający nie przedstawił

uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego naruszając tym art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ograniczył się do zacytowania parametrów minimalnych oraz ich porównania z parametrami zadeklarowanymi przez wykonawcę, nie wskazał jednak powodów, dla których uznał, że są one nieadekwatne do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło więc z rażącym naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wybrał bowiem ofertę na sprzęt o gorszych właściwościach w stosunku do oferty Odwołującego, a dodatkowo czynność odrzucenia nie spełnia standardu określonego w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto Zamawiający bezpodstawnie zaniechał zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jakkolwiek literalne brzmienie tego przepisu wskazuje na jego fakultatywny charakter, to w orzecznictwie zgodnie wskazuje się, że Zamawiający powinien z niego skorzystać w przypadku, gdy oferta budzi wątpliwości. W niniejszej sprawie Zamawiający zdaje się nie mieć przekonania co do wadliwości oferty Odwołującego, a z pewnością gdyby wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wówczas mógłby uzyskać informacje na temat zastosowanych w ofercie zwrotów i obiektywnych właściwości, jakie za nimi się kryją, a w rezultacie uniknąć odrzucenia oferty Odwołującego.

W zakresie niezgodności treści oferty firmy Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący podniósł, że treść tej oferty w zakresie zadania nr 4 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niezgodność odnosi się do następujących wymagań Zamawiającego:

1. moduł oceny ryzyka przed zabiegiem operacyjnym,
2. funkcja oceny kinetyki tlenu i opóźnienia T,
3. wyznaczanie stref treningowych na bazie progów metabolicznych i budowanie planów treningowych,
4. możliwość wprowadzania wyników gazometrii w trakcie i po wykonanym badaniu,
5. możliwość automatycznego usuwania okresów pauz z badania spiroergometrycznego wynikających z zatrzymania biegni na czas pobrania próbki krwi,
6. eksport danych spiroergometrycznych do Excela z możliwością wyboru parametrów i czasu ich uśredniania dla różnych faz badania.

Odpowiedzią wykonawcy Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. w ww. parametrach było: „TAK”, podczas gdy według wiedzy Odwołującego brak jest tego modułu w oferowanym zestawie Ergostick producenta Geratherm Respiratory GmbH. Potwierdzenie spełnienia przez Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. ww. parametru nie znajduje swojego odzwierciedlenia w dołączonych przez tego wykonawcę dokumentach przedmiotowych tj. materiałach informacyjnych, katalogach, ulotkach do których złożenia był zobligowany zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział VI punkt 6 lit. g) ppkt 3).

W świetle powyższego oferta Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. nie spełnia przedmiotowego wymagania i jako taka nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie wykonawca powinien zostać wezwany do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego przyjęcia zamawiający oczekuje od wykonawcy (wyrok KIO 501/17, KIO 2739/17). Zobowiązanie Odwołującego wyrażone w jego ofercie, w zadaniu nr 4, jest zgodne z zakresem zobowiązania, które zostało opisane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bez wątpienia oferta Odwołującego odpowiada w swej warstwie merytorycznej oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w specyfikacji.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby móc zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne

z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyrok KIO 2230/17).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wyjaśnił w zawiadomieniu o wynikach postępowania, na jakiej podstawie oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, ograniczając się do zestawienia ze sobą parametrów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z parametrami zaoferowanymi przez Odwołującego. Fakt, iż sam Zamawiający nie jest w stanie wskazać, na czym opiera odrzucenie oferty Odwołującego, potwierdza wystosowana przez niego odpowiedź na notatkę złożoną przez Odwołującego, której analiza pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jedynie z powodu wyższej ceny oferowanego produktu.

Odnosząc się do zaniechania odrzucenia oferty Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. wskazać należy, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą można domniemywać lub zakładać na podstawie samego oświadczenia wykonawcy, bez weryfikacji jego prawdziwości, w szczególności w przypadku, gdy zamawiający wymaga przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie określonych wymagań. Wskazane przez Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp.

z o.o. ogólne potwierdzenia spełniania parametrów nie znajdują swojego odzwierciedlenia w dołączonych przez tego wykonawcę dokumentach przedmiotowych.

Ponadto niesłuszne odrzucenie oferty Odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem sankcjonuje nierówne traktowanie wykonawców i dopuszcza wybiórcze egzekwowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uznał odwołanie w części dotyczącej zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym parametru „Zakres pomiaru objętości 0-20 l przy dokładności pomiaru objętości $\pm 3\%$ lub 50ml”. W pozostałym zakresie Zamawiający nie uznał zarzutów zawartych w odwołaniu i podtrzymał czynność odrzucenia oferty Odwołującego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wymagał, aby zaoferowany zestaw do testów wysiłkowych z możliwością wykonywania badań ergospirometrycznych - ergospirometr posiadał parametry: opory przepływu mniejsze niż 0,12 kPa/l/s dla zakresu przepływu ± 15 l/s. W odpowiedzi z 20 lutego 2018 r. dopuścił mniejsze opory przepływu zamiast powołanych powyżej na równe 0,1 kPa/l/s przy 16 l/s, a odpowiedzią z 26 lutego 2018 r. dopuścił również opór poniżej 0,1 kPa/l/s przy 15 l/s.

Odwołujący zaoferował zestaw do testów wysiłkowych - zestaw do ergospirometrii z głowicą pomiarową z oporami przepływu Cortex 236-01-500EU model MetaLyzer 3B(R3). W wymaganym przez Zamawiającego parametrze wskazał: „TAK, F152P11 opór $< 0,1$ kPa/l/s @ 20 l/s”. Na potwierdzenie tego parametru w zaoferowanym urządzeniu przedstawił folder, w którym producent podaje, iż urządzenie MetaLyzer 3B(R3) posiada opory; $< 0,1$ kPa/l/s przy 20 l/s.

W zakresie spornego parametru oporu przepływu specyfikacja istotnych warunków zamówienia określała wartość oporu jako mniejszą niż 0,12 kPa/l/s - z podanego sformułowania wynika, że niższe opory są dopuszczalne dla zakresu przepływu konkretnie 15 l/s, zgodnie z odpowiedzią na Zamawiający dopuścił 16 l/s. Dla tej części określenia parametru przyjęta została wartość stała, której nie spełnia pierwotnie oferowana głowica 20 l/s. To sam Odwołujący, zadając pytanie, przyjął konkretne parametry z zakresu przepływu przy określonym parametrze oporu. Parametr przepływu został ustalony na poziomie 16 l/s jako wystarczający dla Zamawiającego, znajduje swe odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia i odpowiedziach na pytania.

Art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający narusza ustawę Prawo zamówień publicznych jeżeli, mimo że istnieją sposoby opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki.

Określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem, jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum.

Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną. Zamawiający precyzyjnie sformułował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a opis przedmiotu zamówienia odpowiada rzeczywistym potrzebom zamawiającego.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, który twierdzi, iż należało odrzucić ofertę firmy Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Twierdzenie Odwołującego nie zostało potwierdzone dokumentami, a jedynie słowami „podczas gdy według wiedzy Odwołującego jest inaczej”. Zamawiający powołał się na dokumenty złożone przez Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. potwierdzające, według niego, spełnienie warunków, które kwestionuje Odwołujący.

III Stanowisko Przystępującego Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania poprzez nieuwzględnienie wszystkich wskazanych w nim zarzutów jako oczywiście niezasadnych.

Przystępujący podniósł, że przed sformulowaniem opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający został zapoznany z dostępnymi rozwiązaniami technicznymi oraz ogólnie przyjętymi w branży technicznej zaleceniami dla tego typu aparatury i określonymi przez wytyczne towarzystw medycznych ATS (Amerykańskie Towarzystwo Klatki Piersiowej) i ERS (Europejskie Towarzystwo Oddechowe). Wskazane parametry wynikają wprost z ww. wytycznych.

Zamawiający, określając parametry sprzętu kardiologicznego wskazał, iż parametr oporu przepływu ma wynosić: $> \text{niż } 0,12 \text{ kPa/L/s}$ dla zakresu przepływu $\pm 15 \text{ l/s}$.

Zamawiający w trakcie postępowania dopuścił jako równoważne również: „opory przepływu równe $0,1 \text{ kPa/L/s}$ przy 16 L/s ” (odpowiedź z 20 lutego 2018 r.) oraz „opór poniżej $0,1 \text{ kPa/l/s}$ przy 15 l/s ” (odpowiedź z 26 lutego 2018 r.). Odwołujący zaś w treści złożonej oferty podał wartość dla tego parametru określoną jako: „opór $<0,1 \text{ kPa/l/s @ } 20 \text{ l/s}$ ”, dodatkowo potwierdzając ten parametr w treści oferty.

Odwołujący w swoim odwołaniu wywodzi, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy interpretował wskazany w taki sposób parametr oporu przepływu i podaje, w jaki sposób interpretacja ta winna przebiegać. Jednocześnie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż w sytuacji, w której ten sposób zapisu parametru budził jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego, winien on skorzystać z procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podał parametr oporów dla wartości przepływu innej niż zakres lub wartości dopuszczone przez Zamawiającego w trakcie postępowania (dopuszczone wartości to: dla zakresu przepływu od -15 l/s do $+15 \text{ l/s}$, dla wartości 15 l/s lub dla wartości 16 l/s).

Jak stanowi rozdział VI punkt 3, Zamawiający wymagał od wykonawców, celem potwierdzenia spełnienia warunków technicznych bezwzględnych, aby ci załączyli instrukcje, katalogi i inne podobne dokumenty, które potwierdzą spełnienie warunków określonych dla przedmiotu zamówienia ze wskazaniem strony i zaznaczeniem na stronie miejsca potwierdzenia spełnienia warunków technicznych. Celem wykonania powyższego Odwołujący przedłożył dokument „Folder 1” - w ofercie przy tym parametrze wskazany jako F1S2P11, z którego to folderu wynika, iż opory przepływu wynoszą: „ $<0,1 \text{ kPa/l/s}$ przy 20 l/s ”. W ten sposób Odwołujący potwierdził, w jaki sposób należy odczytywać użyty przez niego znak @, a po wtóre dowiódł, że sprzęt zaoferowany przez niego nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem zakresu przepływu od -15 l/s do $+15 \text{ l/s}$. Odwołujący zaś podał informację o oporach przy przepływie o jednej wartości, tj. 20 l/s . Nie wskazał natomiast, że opory mieszczą się w wyznaczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia granicach dla

zakresu od 0 do 15 l/s bez względu, czy badana osoba wykonuje wdech (do wartości + 15 l/s) czy też wydech (- 15 l/s).

Uzasadnienie bezzasadności odrzucenia oferty Odwołujący sprowadza do próby wykazania, że jego sprzęt jest lepszy, niż wymagał tego Zamawiający, a jako że spełnia mniej rygorystyczne wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest z nią zgodny.

Z metrologicznego i technicznego punktu widzenia opory przepływu głowicy pomiarowej zależą od metody pomiaru oraz właściwości konstrukcyjnych głowicy. Głowica jest elementem aparatury mierzącym przepływ powietrza oddechowego, mieszczącym się w masce, którą zakłada badany. W ogólności zmiany oporów przepływu głowicy mogą zależeć od wielkości przepływu przez głowicę. Z drugiej strony może być odwrotnie w przypadku, kiedy przeważającym czynnikiem właściwości konstrukcyjnych głowicy będzie inercja turbiny (czyli konieczność odwrócenia kierunku jej ruchu, w związku z odwróceniem przepływu, co ma miejsce w każdym cyklu oddechowym pacjenta wdech - wydech, bowiem podczas wdechu turbina kręci się w jedną stronę, podczas wydechu w drugą. Wtedy opory przepływu głowicy będą większe, ponieważ większy przepływ (szybsza rotacja turbiny oraz konieczność jej nagłego wyhamowania) wymaga pokonania większego oporu i energii w celu odwrócenia kierunku jej ruchu obrotowego. Pokazuje to, że Odwołujący nie ma racji twierdząc, że Zamawiający może zinterpretować na korzyść Odwołującego zadeklarowaną przez niego wartość niezgodną z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ właściwość metrologiczna głowicy, tzw. opory przepływu, nie może zostać dorozumiana jednoznacznie na podstawie oferty Odwołującego i w ujęciu wymagań podanych przez Zamawiającego. Brak podania charakterystyki zmian oporów przepływu w funkcji przepływu uniemożliwia potwierdzenie, że w całym zakresie pracy urządzenia metrologicznego wymagany parametr jest spełniony. Nie można zatem wywieść jednoznacznego wniosku, iż sprzęt zaoferowany przez Odwołującego spełnia w większym zakresie wymagania Zamawiającego. W tym miejscu wskazać należy, za Izbą, że: „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.” (wyrok KIO 1727/17).

Wskazanie oporów przepływu głowicy dla zakresu przepływu, a nie pojedynczej wartości, jest zgodne z wytycznymi towarzystw medycznych ATS i ERS. Wytyczne podają wartości graniczne przepływu dla określenia oporów głowicy jako do 15 l/s (od -15 l/s do +15 l/s). Wynika to z prostego faktu, że maksymalne przepływy oddechowe u człowieka nie przekraczają wartości 12 l/s. Obiektywnie uzasadnione jest wymaganie podania oporów przepływu dla wartości ok. 15 l/s, w tym np. 16 l/s, ale nie ma racjonalnego powodu podanie tej wartości dla przepływu większego aż o np. 25%, bo przy założeniu, że aparatura służy do badania pacjentów, wartość tak duża nie wystąpi.

Zarzut odwołania w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty ze względu na jej niezgodność z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest bezpodstawny, ponieważ Odwołujący jednoznacznie zadeklarował parametr jako wartość oporu przy przepływie równym 20 l/s; wartość parametru nie odnosi się do wymagań określonych w specyfikacji. Odwołujący błędnie wyjaśnia charakter techniczny i znaczenie podanego parametru, opisując zjawisko fizyczne przepływu, a nie właściwości metrologiczne oferowanego urządzenia do badania przepływu. Zamawiający określił wymaganą wartość parametru zgodnie z wytycznymi i zaleceniami oraz przyjętymi standardami w tym zakresie.

Odwołujący nie może wymagać od Zamawiającego interpretacji podanej wartości parametru inaczej niż przez porównanie z wymaganą wartością graniczną, zwłaszcza, jeśli sam wyjaśnia te parametry w sposób odmienny w załączonym folderze i w jeszcze inny sposób w odwołaniu. Odwołujący nieprawdziwie wnioskuje, że podany przez niego parametr realizuje wymagania w zakresie szerszym niż wymagany, tj. lepiej niż wymaga Zamawiający. Argumentacja dotycząca parametru „Zakres pomiaru objętości 0-20 l przy dokładności pomiaru objętości $\pm 3\%$ lub 50 ml” (argumentacja w tym zakresie została pominięta ze względu na uwzględnienie tego zarzutu przez Zamawiającego i brak sprzeciwu).

W myśl przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma obowiązek niezwłocznie poinformować wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz powodach odrzucenia oferty. W przedmiotowej sprawie Zamawiający spełnił ten wymóg. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny prawa zamówień publicznych Zamawiający powinien podać wszystkie okoliczności faktyczne, w związku z którymi nastąpiło odrzucenie oferty. „Uzasadnienie faktyczne powinno

wyczerpująco opisywać przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, by wykonawca miał możliwość ewentualnego odniesienia się do nich przy wnoszeniu odwołania. Wykonawca może bowiem swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w pisemnej informacji o wyborze zakomunikowane, a w szczególności dowiadywać się powyższego dopiero na rozprawie przed Izbą.” (wyrok KIO 1133/14).

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty VO2MAX Zamawiający wskazał, jakich parametrów wymagał, jakie dopuścił na etapie odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jakie podał Odwołujący, nie spełniając tym samym wymogów specyfikacji. Wykonawca zatem poznał podstawy odrzucenia jego oferty, co poświadcza treść odwołania, w której Odwołujący polemizuje z stanowiskiem Zamawiającego. Tym samym zarzut dotyczący przekazania przez Zamawiającego niewystarczających informacji nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący błędnie interpretuje także normę art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma prawo zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty, jeżeli budzi ona uzasadnione wątpliwości lub zawiera treści sprzeczne. Podane przez Odwołującego parametry, które są podstawą odrzucenia jego oferty, są prostymi określeniami wyrażonymi wartościami liczbowymi i ich treść nie budzi wątpliwości ani treść oferty nie jest w tym zakresie wewnętrznie sprzeczna.

Odwołujący przedłożył dokumenty - foldery, w który wyjaśnił m.in. w jaki sposób należy odczytywać znak, a także wskazał tam szczegółowo parametry oferowanego sprzętu. Zarzut postawiony przez Odwołującego, dotyczący nierównego traktowania wykonawców, poprzez niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, jest oczywiście bezzasadny. Możliwość żądania wyjaśnień treści złożonych ofert na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz jest wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty, lecz tego zaniechał. Podobne stanowisko wyrażane jest także w orzecznictwie unijnym, np. w wyroku sygn. C-523/16, C-536/16, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał: należy jednak w tym względzie przypomnieć, że mimo iż w dyrektywie 2004/17 brak jest wyraźnego przepisu w tym rozumieniu, Trybunał dopuścił, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem przestrzegania szeregu wymogów, a w szczególności, by takie wezwanie skierowane było do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, by wszyscy oferenci byli traktowani równo i lojalnie i by tego wyjaśnienia lub sprostowania nie można było zrównać z przedstawieniem nowej oferty. Podobnie wyrok w sprawie C-131/16.

W przedmiotowej sprawie podstawą odrzucenia oferty nie było to, iż zapisy parametrów urządzenia sformułowane przez Odwołującego budziły wątpliwości interpretacyjne, a Zamawiający zastosował jedną z możliwości interpretacji i w konsekwencji uznał, iż oferta nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, w której przy zastosowaniu drugiej z możliwych interpretacji ofertę należałoby uznać za zgodną ze specyfikacją. W ofercie Odwołującego nie ma elementów, które podlegałyby interpretacji czy konieczności doprecyzowania, bowiem są to wprost określone liczbą lub wskaźnikiem dane. Nie zaistniała zatem żadna z przesłanek, która uprawniałaby Zamawiającego do skorzystania z prawa zwrócenia się do tego wykonawcy z wnioskiem o przedłożenie wyjaśnień treści oferty. Wręcz przeciwnie - sytuację, w której Zamawiający z uprawnienia tego by skorzystał, należałoby uznać za niezgodną z ustawą Prawo zamówień publicznych. Wówczas Zamawiający mógłby narazić się na zarzut nierównego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego nie spełnia niektórych warunków technicznych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta w niniejszym postępowaniu dotyczy systemu medycznego złożonego z aparatury, urządzeń, osprzętu i oprogramowania. Wskazane przez Odwołującego właściwości oferty Przystępującego są właściwościami oprogramowania. Przystępujący dokonał rzetelnego potwierdzenia wszystkich punktów złożonej oferty w treści wyjaśnień z 28 marca 2018. r. oraz 11 kwietnia 2018 r., złożonych na wezwanie Zamawiającego.

IV Ustalenia Izby

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny sprawy (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych dokumentów) nie jest sporny pomiędzy Stronami.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego parametru „zakres pomiaru objętości 0-20 l przy dokładności pomiaru objętości $\pm 3\%$ lub 50 ml”, a Przystępujący nie wniósł sprzeciwu od uwzględnienia zarzutu, zatem Izba, zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu.

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego Izba stwierdziła, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 87 odnosi się do wyjaśniania i poprawiania ofert: 1. 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. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W opisie przedmiotu zamówienia (formularzu ofertowo-cenowym) Zamawiający wskazał na parametr dotyczący głowicy pomiarowej: „opory przepływu mniejsze niż 0,12 kPa/l/s dla zakresu przepływu ± 15 l/s”, a także na parametr „zakres pomiaru przepływu ± 16 l/s” (po zmianie specyfikacji: 20 l/s).

Odwołujący zaoferował urządzenie z zakresem pomiaru przepływu ± 20 l/s. Opisując parametr oporu przepływu wskazał na opory przepływu $<0,1$ kPa/l/s @ 20 l/s. Również karta urządzenia wskazywała na parametr 20 l/s.

Zamawiający dopuścił zakres pomiaru przepływu od - 20 do + 20 l/s, zatem wskazany przez Odwołującego próg mieści się w dozwolonym zakresie.

Jednocześnie Zamawiający, pomimo dopuszczenia zakresu pomiaru przepływu od - 20 do + 20 l/s (w pierwotnej wersji 16 l/s, a więc również wartość inna niż 15 l/s), wymagał podania wartości parametru oporów przepływu dla wartości zakresu przepływu od -15 do + 15 l/s.

W przypadku żądania podania przez zamawiającego wartości danego parametru (lub innej informacji), celowe, a nawet konieczne jest podanie warunków, w których dany parametr ma być określany, aby ujednolicić dane podawane przez poszczególne podmioty i uczynić je porównywalnymi. Trudno bowiem byłoby rzetelnie porównać parametry, gdyby jeden z wykonawców podawał je dla przepływu ± 5 l/s, inny ± 10 l/s, czy ± 20 l/s.

Tak też należy odczytywać przedmiotowe postanowienie: wykonawcy dla porównania możliwości urządzenia, opisując opory przepływu, mieli je odnieść właśnie dla poziomu ± 15 l/s. Nie oznacza to jednak, że samo urządzenie nie mogło mieć innych możliwości pomiarowych, gdyż parametr ten nie odnosi się do niczego poza kwestią w nim wskazaną. Tak samo, odpowiadając na pytanie nr 1 dotyczące zestawów do testów wysiłkowych i godząc się na parametry wymienione w tym pytaniu („Czy Zamawiający dopuści inny typ takiej głowicy wykorzystujący rodzaj precyzyjnej turbinki, która zapewni lepsze parametry techniczne, w tym szerszy zakres pomiaru przepływu do 20 l/s, zamiast do 16 l/s oraz mniejsze opory przepływu równe 0,1 kPa/l/s przy 16 l/s, zamiast 0,12 kPa/l/s przy 15 l/s” -

odpowiedź Zamawiającego: tak), Zamawiający nie określił, tak jak twierdził, że pomiar ma się odbywać wyłącznie na tym poziomie, tj. wyłącznie 15 lub 16 l/s. Należy tu podkreślić, że parametr odnosi się do oporów przepływu.

Dane urządzenie posiada jakąś wartość oporu przepływu dla każdej z wartości zakresu, w którym pracuje, tj. dla przepływu 5 l/s, 8 l/s, 10 l/s, 12 l/s, 15 l/s, 20 l/s itp. Wartość tę można określić matematycznie (obliczeniami matematycznymi) lub mechanicznie (badanie oporu). Tym samym dla urządzenia, którego praca obejmuje wartość przepływu + 15 l/s i - 15 l/s, jak urządzenie Odwołującego, można określić i wartość oporu przepływu dla + 15 l/s i - 15 l/s.

Odwołujący w swojej ofercie nie odniósł się bezpośrednio do wartości 15 l/s, lecz 20 l/s. Dysponując nawet podstawową wiedzą z zakresu fizyki można wnioskować, że przy mniejszym przepływie opór będzie mniejszy, zatem jeśli urządzenie spełnia wymóg oporu $> 0,1 \text{ kPa/l/s}$ przy 20 l/s, to będzie spełniało i przy 15 l/s.

Dla specjalisty konkluzje wynikające z dokonanego przez Odwołującego wpisu „ $<0,1 \text{ kPa/l/s}$ @ 20 l/s” mogły być jednoznaczne i oczywiste i nie wymagać dodatkowych wyjaśnień.

Jeśli jednak Zamawiający miał w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości lub nie chciał opierać się jedynie na własnych założeniach albo chciał mieć konkretnie wskazaną liczbę 15, mógł i powinien był poprosić Odwołującego o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pytanie takie nie stanowi zmiany treści oferty. Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu zostało zaoferowane konkretne urządzenie o konkretnym modelu i konkretnych parametrach, które są cechą tego urządzenia. Zatem opisanie parametru w inny sposób (dla konkretnej wartości wskazanej przez Zamawiającego), nie stanowi zmiany treści oferty ani jej negocjacji, bowiem dane urządzenie będzie stałe ten sam parametr o tej samej wartości posiadało niezależnie od tego, czy Zamawiający się o niego spyta, czy nie.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający dokonał czynności niezgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego parametru „opory przepływu mniejsze niż $0,12 \text{ kPa/l/s}$ dla zakresu przepływu $\pm 15 \text{ l/s}$ ”. W związku z powyższym Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert, a w jej ramach poprosić Odwołującego o wskazanie danych dotyczących oporów przepływu dla wartości konkretnie $\pm 15 \text{ l/s}$.

Izba uznała jednak, że Zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż uzasadnienie odrzucenia oferty, pomimo że krótkie, oddaje myśl Zamawiającego.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
- 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,
- 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,
- 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,
- 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,
- 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
- 7) unieważnieniu postępowania

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego: opory przepływu mniejsze niż 0,12 kPa/l/s dla zakresu przepływu ± 15 l/s. Ponadto w odpowiedzi z 20 lutego 2018 r. zamawiający dopuścił mniejsze opory przepływu równe 0,1 kPa/l/s przy 16 l/s oraz w odpowiedzi z 26 lutego 2018 r. dopuścił opór poniżej 0,1 kPa/l/s przy 15 l/s. Wykonawca zaoferował zestaw do testów wysiłkowych - zestaw do ergospirometrii z głowicą pomiarową z oporami przepływu cyt. TAK, F1S2P11 opór $< 0,1$ kPa/l/s @ 20 l/s dodatkowo potwierdzając ten parametr na stronie 40 oferty.

Powyższe uzasadnienie nie jest uzasadnieniem wzorcowym, jednak wskazuje, choć lakonicznie, podstawy decyzji Zamawiającego i, jak zauważył Przystępujący, było dla Odwołującego czytelne. Jak wskazano powyżej - oddaje ono myśl Zamawiającego w takiej formie, jaka u niego funkcjonowała. To, że myśl ta była nieprawidłowa lub wykonawca się z nią nie zgadzał, jest kwestią odrębną.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Reynolds Medical Diagnostyka Kardiologiczna Sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Odwołujący wskazał tu na niezgodność oferty w zakresie następujących wymagań Zamawiającego: 1. moduł oceny ryzyka przed zabiegiem operacyjnym, 2. funkcja oceny kinetyki tlenu i opóźnienia T, 3. wyznaczanie stref treningowych na bazie progów metabolicznych i budowanie planów treningowych, 4. możliwość wprowadzania wyników gazometrii w trakcie i po wykonanym badaniu, 5. możliwość automatycznego usuwania okresów pauz z badania spiroergometrycznego wynikających z zatrzymania biegni na czas pobrania próbki krwi, 6. eksport danych spiroergometrycznych do Excela z możliwością wyboru parametrów i czasu ich uśredniania dla różnych faz badania.

Jedynym argumentem Odwołującego było to, że Przystępujący w ofercie wskazał, że oferowany sprzęt wymogi te spełnia, podczas gdy według wiedzy Odwołującego jest inaczej, a parametr ten nie znajduje swojego odzwierciedlenia w przedstawionych przez Przystępującego dokumentach przedmiotowych.

Podczas rozprawy Odwołujący oświadczył, że nie otrzymał od Zamawiającego pełnej dokumentacji, lecz nawet po zapoznaniu się z całością dokumentów nadal nie sformułował żadnych konkretnych zastrzeżeń. Z kolei Przystępujący przedstawił szereg dokumentów potwierdzających deklarowane parametry, do których Odwołujący w ogóle się nie odniósł. Wobec powyższego Izba uznała postawiony zarzut za nieudowodniony i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: