



TMS Sp. z o. o.

02 - 952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84,
tel.: 22 858 28 20, 22 858 28 19, faks: 22 858 28 12, e-mail: tms@tms.com.pl
KRS 0000121166, Kapitał zakładowy 210 000 PLN, udziały wpłacone
Regon: 010765516 NIP: 521-10-04-948



Warszawa, dn. 2 grudnia 2019 r.

LW/EG/2019/1911

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa**

Odwołujący: TMS Sp. z o.o.
ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa
Tel. 0 22 858 28 14 do 16
Fax. 0 22 858 28 12

Zamawiający: Wojewódzkie Wielospecjalistyczne
Centrum Onkologii i Traumatologii
im. M. Kopernika w Łodzi
ul. Pabianicka 62
93-513 Łódź

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 221 000 euro na dostawę tomografu komputerowego dla projektu pn. "Rozbudowa WWCiOiT im. M. Kopernika w Łodzi w oparciu o koncentrację działań z zakresu profilaktyki onkologicznej, onkologii klinicznej, onkologicznych ośrodków satelitarnych oraz przekształcenia Szpitala w Wojewódzkie Centrum Onkologii" dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi. **znak sprawy: EZ.28.73.2019**

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: Ustawa) **Wykonawca TMS Sp. z o.o. (zwany dalej „Odwołującym”)** składa odwołanie na czynności Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi (dalej zwanego „Zamawiającym”):

- odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ, pomimo, że oferta ta jest w pełni zgodna z SIWZ,
- unieważnienia postępowania,

o których Zamawiający zawiadomił Odwołującego pismem z 22 listopada 2019 roku r. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1pkt 2 w zw. z art 7. ust 1 Ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, pomimo wskazywania przez Wykonawcę, iż zaistniała oczywista omyłka w treści oferty oraz podczas gdy oferta ta jest w całości zgodna z SIWZ.
2. art. 87 ust. 1 i 2 pkt 1 i 3 Ustawy wobec jego niezastosowania i niewezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści oferty oraz niepoprawienia omyłek w treści oferty.
3. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy przez unieważnienie postępowania podczas gdy w postępowaniu została złożona oferta Odwołującego, która nie powinna być odrzucona,

W związku z powyższym wnosimy o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust 3 pkt 1 Ustawy:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

Jednocześnie wnosimy o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 Ustawy oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, bowiem jego oferta, w przypadku jej nieodrzućenia, skutkowałaby brakiem unieważnienia postępowania i byłaby uznana za najkorzystniejszą, a Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie, gdyby Zamawiający tej oferty nie odrzucił i wskutek tego nie unieważnił postępowania.

Niniejsze Odwołanie składamy w dniu 2 grudnia 2019 r. tj. w ustawowym terminie przewidzianym w art. 182 ust 1 pkt 2 Ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający wszczął postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 221 000 euro na dostawę tomografu komputerowego dla projektu pn. "Rozbudowa WWCOiT im. M. Kopernika w Łodzi w oparciu o koncentrację działań z zakresu profilaktyki onkologicznej, onkologii klinicznej, onkologicznych ośrodków satelitarnych oraz przekształcenia Szpitala w Wojewódzkie Centrum Onkologii" dla Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi.

W postępowaniu tym została złożona jedna oferta – oferta Odwołującego. Odwołujący złożył ofertę w dnia 26 sierpnia 2019 roku.

Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy z powodu niezgodności, w jego ocenie oferty, w zakresie zaoferowanego systemu nagrywającego płyty – a dokładniej wchodzącego w jego skład duplikatora.

W ofercie TMS Sp. z o.o. wskazała, w tabeli stanowiącej Załącznik Nr 2 do SIWZ w sekcji XI **SZKOLENIA, ASYSTA I WYPOSAŻENIE DODATKOWE w pkt. 13:**

L.p.	Parametry urządzenia	Wartość graniczna parametru /parametr podlegający ocenie	PARAMETRY OFEROWANE: Potwierdzenie Wykonawcy TAK lub opis parametrów oferowanych/ podać zakresy/ opisać	PUNKTACJA
13.	<p>Duplikator płyt do zapisu badań pacjenta z możliwością nadruku danych pacjenta na płycie. Oprogramowanie duplikatora ma zapewniać:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) odbiór badań za pośrednictwem komunikacji DICOM b) odbieranie skompresowanych plików (JPEG2000) c) nagrywanie na nośniki CD/DVD wraz z przeglądarką DICOM nieskompresowanych plików .dcm d) nagrywanie na nośniki CD/DVD wraz z przeglądarką plików w postaci .jpg e) odbiór opisów badań za pośrednictwem komunikacji HL7 /opcja - w przypadku, gdy system PACS/RIS/HIS potrafi obsłużyć taką funkcjonalność/ f) nagrywanie na nośniki CD/DVD opisu w formacie .pdf oraz .txt g) możliwość zdefiniowania szablonu opisu badania nagrywanego na nośnik w zależności od modalności badania h) możliwość zdefiniowania szablonu etykiетки drukowanej na nośnik w zależności od modalności badania i) nagrywanie dowolnej ilości wybranych badań na jeden nośnik (jeżeli objętość wybranych badań przekroczy dostępne miejsce na nośniku to aplikacja powinna automatycznie wypalić zadanie na kilku płytach). j) obsługa wszystkich modeli robotów marek EPSON, RIMAGE (zmiana robota nie wymaga wykupienia dodatkowej licencji) k) optymalizacja kosztów i automatyczny dobór nośników (CD/DVD) dla robotów umożliwiających pracę zarówno z nośnikami CD jak i z DVD l) konfigurowalny czas automatycznego rozpoczęcia nagrywania płyty od zakończenia transferu plików badania (komunikacja DICOM) m) optymalizacja czasu produkcji dużych zadań wymagających podziału na kilka nośników. n) weryfikacja poprawności przygotowanego zadania o) interfejs użytkownika desktopowy bądź webowy chroniony hasłem obsługujący ekran dotykowy umożliwiający: p) Filtrowanie dostępnych badań zarchiwizowanych w systemie min po: imię, nazwisko; data urodzenia; data badania; modalność; nazwa badania q) Przeszukiwanie innych podpiętych systemów przez DICOM Query/Retrieve min po: imię, nazwisko; data urodzenia; data badania; modalność; nazwa badania r) Możliwość pobierania badań z dodanych węzłów DICOM przez DICOM Query/Retrieve (konieczny podgląd statusu i progresu)[informacja jest automatycznie aktualizowana] s) Możliwość definiowania dowolnej ilości użytkowników pracujących w aplikacji t) Podgląd statusów przygotowywanych zadań wraz z ich progresem (informacja jest automatycznie aktualizowana) u) Definiowanie zadań zawierających kilka badań. v) możliwość ręcznego definiowania dostępnego miejsca na nośnikach CD/DVD w) automatyczne kasowanie najstarszych badań z komputera sterującego w przypadku przekroczenia limitu zajętości dysku. x) Możliwość dopasowania wyglądu strony powitalnej aplikacji startującej po włożeniu nagranych nośnika do napędu komputera (z uwzględnieniem logo zamawiającego). Strona powitalna pozwala na wybór przeglądarki: JPEG / DICOM bądź otwarcie opisu wybranego badania. y) Możliwość integracji z lokalnym systemem nadzoru 	TAK	<p>TAK, zgodnie z opisem parametru</p> <p>Zestaw Q-Burner składający się z duplikatora EPSON PP-e100II wraz komputerem sterującym AiO (i oprogramowaniem):</p> <p>Duplikator płyt do zapisu badań pacjenta z możliwością nadruku danych pacjenta na płycie. Oprogramowanie duplikatora ma zapewniać:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) odbiór badań za pośrednictwem komunikacji DICOM b) odbieranie skompresowanych plików (JPEG2000) c) nagrywanie na nośniki CD/DVD wraz z przeglądarką DICOM nieskompresowanych plików .dcm d) nagrywanie na nośniki CD/DVD wraz z przeglądarką plików w postaci .jpg e) odbiór opisów badań za pośrednictwem komunikacji HL7 /opcja - w przypadku, gdy system PACS/RIS/HIS potrafi obsłużyć taką funkcjonalność/ f) nagrywanie na nośniki CD/DVD opisu w formacie .pdf oraz .txt g) możliwość zdefiniowania szablonu opisu badania nagrywanego na nośnik w zależności od modalności badania h) możliwość zdefiniowania szablonu etykiетки drukowanej na nośnik w zależności od modalności badania i) nagrywanie dowolnej ilości wybranych badań na jeden nośnik (jeżeli objętość wybranych badań przekroczy dostępne miejsce na nośniku to aplikacja powinna automatycznie wypalić zadanie na kilku płytach). j) obsługa wszystkich modeli robotów marek EPSON, RIMAGE (zmiana robota nie wymaga wykupienia dodatkowej licencji) k) optymalizacja kosztów i automatyczny dobór nośników (CD/DVD) dla robotów umożliwiających pracę zarówno z nośnikami CD jak i z DVD l) konfigurowalny czas automatycznego rozpoczęcia nagrywania płyty od zakończenia transferu plików badania (komunikacja DICOM) m) optymalizacja czasu produkcji dużych zadań wymagających podziału na kilka nośników. n) weryfikacja poprawności przygotowanego zadania o) interfejs użytkownika desktopowy bądź webowy chroniony hasłem obsługujący ekran dotykowy umożliwiający: p) Filtrowanie dostępnych badań zarchiwizowanych w systemie min po: imię, nazwisko; data urodzenia; data badania; modalność; nazwa badania q) Przeszukiwanie innych podpiętych systemów przez DICOM Query/Retrieve min po: imię, nazwisko; data urodzenia; data badania; modalność; nazwa badania r) Możliwość pobierania badań z dodanych węzłów DICOM przez DICOM Query/Retrieve (konieczny podgląd statusu i progresu) [informacja jest automatycznie aktualizowana] s) Możliwość definiowania dowolnej ilości użytkowników pracujących w aplikacji t) Podgląd statusów przygotowywanych zadań wraz z ich progresem (informacja jest automatycznie aktualizowana) u) Definiowanie zadań zawierających kilka badań. v) możliwość ręcznego definiowania dostępnego miejsca na nośnikach CD/DVD w) automatyczne kasowanie najstarszych badań z komputera sterującego w przypadku przekroczenia limitu zajętości dysku. x) Możliwość dopasowania wyglądu strony powitalnej 	Bez oceny

	aplikacji informatycznych: Zabbix, Nagios		aplikacji startującej po włożeniu nagranych nośników do napędu komputera (z uwzględnieniem logo zamawiającego). Strona powitalna pozwala na wybór przeglądarki: JPEG / DICOM bądź otwarcie opisu wybranego badania. y) Możliwość integracji z lokalnym systemem nadzoru aplikacji informatycznych: Zabbix, Nagios	
--	---	--	--	--

Co istotne Zamawiający w SIWZ, w szczególności w Załączniku Nr 2 nie wymagał podania konkretnego modelu oferowanego wyposażenia dodatkowego w postaci duplikatora płyt, lecz wymagał wyłącznie potwierdzenia Wykonawcy TAK lub opisu parametrów oferowanych (tytuł kolumny tabeli Załącznika Nr 2). Wykonawca podnosi przy tym, że wymogi Zamawiającego dotyczą wyłącznie oprogramowania, niezależnie od obsługiwanego sprzętu. Wykonawca oferując zestaw Q-Burner firmy ResQmed Sp. z o.o. (dostawy systemu PACS/RIS w Szpitalu Zamawiającego, z którym wymagana jest integracja zestawu nagrywającego) spełnił więc wszystkie wymogi SIWZ określone przez Zamawiającego.

Zamawiający nie żądał **żadnych wymogów dotyczących modelu duplikatora**, a wyłącznie jego oprogramowania. Co więcej, w wymagach oprogramowania w pkt. j) wskazał, że oprogramowanie ma zapewniać obsługę „wszystkich modeli robotów marek EPSON, RIMAGE (zmiana robota nie wymaga wykupienia dodatkowej licencji)” – więc model duplikatora współpracujący z oprogramowaniem pozostawał dla Zamawiającego bez znaczenia.

W załączniku Nr 2 Zamawiający wskazał dodatkowo, że jego wymogiem jest, aby wartości podane w kolumnie „odpowiedź wykonawcy” były zgodne ze stanem faktycznym oraz danymi zawartymi w oficjalnym dokumencie przedstawiającym dane techniczne (np. katalog) oraz wskazał, że Zamawiający ma prawo wystąpić do wykonawców o udzielenie dalszych wyjaśnień niezbędnych dla weryfikacji udzielonych odpowiedzi.

Po złożeniu oferty przez Odwołującego Zamawiający, pismem z dnia 11.09.2019 roku, a następnie pismem z dnia 11.09.2019 roku, wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających parametry techniczne zaoferowanego przedmiotu zamówienia,. Wykonawca w odpowiedzi na wezwania przesłał Zamawiającemu katalogi produktowe i Zamawiający pozyskał wymagane przez siebie dokumenty potwierdzające zgodność zaoferowanych produktów z SIWZ.

Jednocześnie w piśmie z dnia 27.09.2019 roku Wykonawca wniósł o poprawienie oczywistej omyłki edytorskiej jaka wystąpiła w pkt XI.13 Załącznika Nr 2 i zastąpienie nazwy modelu duplikatora EPSON PP-e100II prawidłową nazwą EPSON PP-100II.

Pismem z dnia 22 listopada 2019 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania.

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia Zamawiający prawidłowo przyjął wstępnie, że edytorska omyłka w nazwie duplikatora może stanowić inną omyłkę, którą mógłby poprawić – jednak nie dokonał tego gdyż, jak sam ustalił, producent EPSON z dniem 1.09.2019 roku wypuścił nową wersję duplikatora PP-100III i wersja PP-100II nie jest już, w ocenie Zamawiającego, dostępna.

Zamawiający nie wskazał jednak jaką niezgodność z treścią SIWZ zarzuca duplikatorowi EPSON PP-100II lub PP-100III, de facto ograniczając się do stwierdzenia, że nie wie jak poprawić ofertę Wykonawcy, a ponieważ zamówienie publiczne jest dofinansowane ze środków unijnych, a z

powodu obawy nałożenia korekty nie może mieć on niepewności w zakresie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Obie czynności Zamawiającego są wadliwe i naruszają przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podnosi, co następuje.

Odwołujący podnosi, iż brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty w przedmiotowym postępowaniu, gdyż oferta złożona jest w pełni zgodna z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Odwołujący podaje, że Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazał w SIWZ, że dla wyposażenia dodatkowego, w tym systemu nagrywającego, w skład którego wchodzi duplikator (którego wymagania opisane zostały jako mające spełniać określone wymagania techniczne) konieczne jest podanie nazwy i modelu sprzętu komputerowego. Okoliczność ta jest w pełni zasadna przy sprzęcie komputerowym, który co pewien, krótki, czas podlega zmianie technologicznej na nowszy i bardziej rozbudowany.

W pkt XI ppkt 13 formularza oferty Wykonawca nie tylko potwierdził zaoferowanie zestawu nagrywającego, w tym duplikatora spełniającego wymogi Zamawiającego podając „TAK” ale opisał szczegółowo parametry jakie oferowany przez niego zestaw Q-Burner posiada.

Wykonawca wskazując w ofercie zamierzony do dostarczenia zestaw Q-Burner, jako wyposażenie dodatkowe tomografu, podał w formularzu – poza potwierdzeniem wszystkich parametrów technicznych – wchodzący w skład zestawu duplikator EPSON PP-100. Na dzień składania oferty i składania wyjaśnień dostępny w zestawie Q-Burner był model duplikatora EPSON-PP100 w wersji II.

Dowód: - oferta zestawu Q-Burner wraz z duplikatorem EPSON PP-100II.

Odwołujący wskazuje, że z uwagi na fakt, iż całkowicie omyłkowe, w zakresie jednej litery - oznaczenie jednego z elementów zamówienia, który stanowi wyposażenie dodatkowe dla głównego przedmiotu oferty w formularzu stanowi jedynie inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, a w konsekwencji – o ile budziło wątpliwości Zamawiającego – winno zostać przez Zamawiającego wyjaśnione i sprostowane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Jak wskazała Izba w wyroku 2 kwietnia 2015 roku sygn.. KIO 532/15 „Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją, oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.”

Wykonawca oświadczył w piśmie z dnia 11 października 2019 roku, że oczywista omyłka pisarka w zakresie zaoferowanego modelu Duplikatora wchodzącego w skład zestawu nagrywającego wraz z wymaganym przez Zamawiającego oprogramowaniem (którego zgodnie z wytycznymi

Zamawiającego w ogóle mógł nie podawać) polegała na omyłkowym dodaniu do nazwy modelu EPSON PP-100 II litery „e”. Produkt o podanej pierwotnie nazwie „EPSON PP-e-100 II” w ogóle nie istnieje i występuje w obrocie, w przeciwieństwie do istniejącego modelu EPSON PP-100 II, który w dniu składania oferty był dostępny w sprzedaży, a Wykonawca zabezpieczył na dzień składania ofert i składania wyjaśnień możliwość jego dostawy. Oczywistość omyłki w tym zakresie nie powinna więc budzić żadnych wątpliwości – co wynika nawet z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Wykonawcy.

Odwołujący w piśmie z dnia 27.09.2019 roku, przedstawiając ulotkę techniczną do oferowanego duplikatora, spełniającego wszystkie wymagane wymogi Zamawiającego, wskazał, że wnosi o poprawienie omyłki wyłącznie w tym zakresie i nie dał Zamawiającemu jakichkolwiek podstaw do zmiany jego oferty poza wykreślenie omyłkowo wpisanej litery „e”. Nawet ta jednak zmiana w ogóle nie powodowała niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż Zamawiający nie wymagał w SIWZ w ogóle podania konkretnego modelu duplikatora. Zamawiający w sekcji XI pkt 13 Załącznika Nr 2 do SIWZ wymagał de facto spełnienia przez wykonawcę parametrów technicznych odnoszących się do oprogramowania nagrywającego, które spełnia oferowany przez Odwołującego zestaw Q-Burner.

Dowód: - broszura systemu Q-Burner

Zamawiający sam pozyskał informację, że producent EPSON zdecydował się na zakończenie produkcji z dniem 1.09.2019 roku modelu PP-100 w wersji II i wprowadzeniem modelu PP-100 w wersji III. Jest to naturalne dla wszystkich sprzętów komputerowych, które zostają przez producentów systematycznie ulepszone i zmieniane na nowe wersje - jednak irrelewantne dla oferty Odwołującego oraz dla Zamawiającego, gdyż zaoferowany model duplikatora PP-100, który nie został wycofany z obrotu, spełnia wymogi SIWZ tak przy dostawie wersji II jak i III. Pozyskanie przez Zamawiającego informacji, że producent wprowadził nową wersję nie oznacza przez to, że wszystkie wyprodukowane do dnia 1.09.2019 roku urządzenia nie są nadal dostępne.

Powyższe nie oznacza również, że zaoferowanie modelu zgodnego z SIWZ w postaci duplikatora EPSON PP-100, niezależnie od wersji, narusza którykolwiek z zapisów SIWZ. Zamawiający nie wymagał bowiem w ogóle podania w ofercie ani nazwy, ani rodziny ani modelu duplikatora.

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 17 grudnia 2018 (sygn.. akt KIO 2503/18) w sprawie dotyczącej zamówienia przez Zamawiającego sprzętu komputerowego bez wymagania podania modelu – Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy „nie mając jednoznacznego potwierdzenia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z wymaganiami SIWZ.”

W konsekwencji Zamawiający wstępnie słusznie uznał, że błędne oznaczenie w treści formularza ofertowego modelu duplikatora, którego Odwołujący mógł w ogóle nie wskazywać – powinno być uznane jako inna omyłka niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, a więc Zamawiający powinien poprawić oznaczenie modelu zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez Wykonawcę na EPSON PP-100 II. Treść oferty Wykonawcy jest bowiem klarowna i oczywista i w ocenie Odwołującego nie może nastroczać wątpliwości co do tego, co ostatecznie jest przedmiotem oferty Odwołującego.

Odwołujący uznaje decyzję Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty za przejaw nadmiernego formalizmu.. Nie można zgodzić się bowiem z uzasadnieniem decyzji Zamawiającego, że została ona podjęta z uwagi na fakt, że nie Zamawiający nie wie co jest przedmiotem oferty. Z wyjaśnień Wykonawcy wynika jednoznacznie, że oferuje on duplikator płyt marki EPSON Model PP-100II, a Zamawiający de facto sam powziął niepoparte jakimikolwiek podstawami wątpliwości czy Wykonawca oferuje duplikator w wersji II czy III i w tym zakresie uznał, że Wykonawca nie wskazał przedmiotu dostawy – co jest oczywiście błędne, gdyż odwołujący wskazał, że oferuje zestaw Q-Burner spełniający wszystkie wymagania SIWZ.

Trudno przyjąć, iż Odwołujący zamierzał zaoferować sprzęt nie tylko niezgodny z treścią SIWZ pomimo, iż dysponował sprzętem odpowiadającym oczekiwaniom Zamawiającego – na dowód czego przedstawiono w ofercie odpowiednie dokumenty.

Należy przy tym podkreślić, iż – jak wskazano w treści aktualnego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej – „doświadczenie życiowe, jak również sam fakt ubiegania się o udzielenie zamówienia, wskazuje, że celem i istotą działania wykonawcy jest to, by zaoferować przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający treści SIWZ, a nie w sposób z nią sprzeczny” (wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 749/15; KIO 751/15; KIO 757/15). W konsekwencji zatem nie można przyjąć, iż Wykonawca – posiadając sprzęt o odpowiednich parametrach i wskazując na niego za pomocą dokumentów pochodzących od producenta, oferowałby przedmiot niezgodny z treścią SIWZ.

Wskazać należy, iż dokumenty wspomniane powyżej, a wskazujące na przedmiot oferty i jego parametry, zostały załączone zgodnie z wymaganiami SIWZ dotyczącymi obowiązku przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie wszystkich parametrów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 2 do SIWZ. Dokumenty stanowią zatem całość wraz z treścią Załącznika nr 2, występuje ścisłe powiązanie pomiędzy dokumentami producenta potwierdzającymi parametry i formularzem oferty. Wykonawca podnosi przy tym, że nawet w przypadku wątpliwości w zakresie dostępności oferowanego wyposażenia dodatkowego, którego wartość wynosi około 0,0042 wartości zamówienia – to zgodnie z zasadą proporcjonalności Zamawiający mógł zwrócić się do Wykonawcy o potwierdzenie dostępności dostawy i spełniania przez zestaw Q-Burner wymagań SIWZ – którą z pewnością by otrzymał. Wykonawca wskazuje przy tym, że Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty TMS, że duplikator EPSON w PP-100II jest niezgodny z SIWZ, nie wskazał nawet, że opisywany przez Zamawiającego jako następca wersji II model PP-100III jest z SIWZ niezgodny – tylko sam wywnioskował z materiałów jakie rzekomo pozyskał od producenta – że Wykonawca, wbrew oświadczeniu w ofercie, nie dostarczy systemu nagrywającego zgodnego z SIWZ - co jest całkowicie pozbawione podstaw.

Odwołujący wskazuje także, iż Zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 Ustawy wobec jego niezastosowania i niewezwania Odwołującego, jeśli miałby uzasadnione podstawy do wątpliwości który z modeli duplikatora Wykonawca ma zamiar oferować – nieistniejący czy istniejący - do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie Zawarte w treści przepisu art. 87 ust. 1 Ustawy określenie „w toku badania i oceny ofert” należy rozumieć jako obejmujące etap od otwarcia ofert aż do czasu

wyboru najkorzystniejszej oferty, podczas którego Zamawiający może i powinien żądać od wykonawców wyjaśnień odnoszących się do treści złożonych ofert. Jak wskazuje się szeroko w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zaniechanie przez Zamawiającego tego trybu postępowania rektyfikacyjnego, w sytuacji gdy takie wątpliwości istniały, może być uznane za naruszenie przepisów postępowania (np. wyrok KIO z 5 listopada 2009 r., KIO/UZP 1443/09, LexPolonica,). Należy podnieść, iż także w doktrynie wskazuje się, iż „możliwość (wezwania do złożenia wyjaśnień – przyp. aut.) przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy” (Babiarz Stefan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, LexisNexis). Jak wskazała zresztą KIO w wyroku z 12 marca 2010 r. (sygn. KIO/UZP 112/10) „zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty uznając, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, jeżeli nie zbada treści oferty pod kątem możliwości dokonania poprawy w ofercie innych omyłek, określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Wyłączenie stosowania ww. przepisu stanowi naruszenie przepisu ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a jednocześnie wadę postępowania, która mogłaby skutkować brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy”.

Zamawiający nie poprawił zatem omyłki, pomimo wyraźnych ku temu przesłanek, czym naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, mimo że czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny, a Zamawiający nie miał prawa uchylić się od jej wykonania. Zamawiający zignorował wyjaśnienia Odwołującego na czym polegała jego omyłka, oraz fakt, że pomimo jej popełnienia przedmiot oferty się nie zmienia, w dalszym ciągu jest zgodna z SIWZ, a oferta nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący podkreśla, iż dokonane w toku postępowania usunięcie tej oczywistej omyłki w żadnym stopniu nie wpłynęłoby na zmianę treści oferty. Zmiana jednej cyfry w treści formularza ofertowego nie stanowi ingerencji w treść oferty, skoro ta jest jasna.

Należy wskazać bowiem, iż niedopuszczalna jest zawężająca interpretacja pojęcia „omyłka”, bowiem z celu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy wynika jednoznacznie, iż priorytetem jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert zawierających niewielkie błędy. Jak wskazano w wyroku z 11 czerwca 2012 r. „omyłka z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie musi mieć charakteru omyłki pisarskiej, do tego oczywistej, i może odnosić się do każdego elementu oferty, a jedynie nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Nie musi to być omyłka pisarska, lecz także w sferze faktów, świadomości czy zamiarów wykonawcy. Pojęcie omyłki w ww. artykule ustawy pzp nie musi być także „oczywista”, więc zamawiający przy jej poprawianiu może posiłkować się różnymi narzędziami, także wyjaśnieniami wykonawcy” (wyrok KIO z 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1095/12, wyrok z 6 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1071/12).

Istotne jest przy tym, iż jednocześnie nie zaistniała sytuacja, że wskutek omyłki treść oferty Odwołującego stała się rozbieżna z oczekiwaniami Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, w zakresie przedmiotowo istotnym, czyli zaoferowania systemu Q-Burner, w skład którego wchodzi duplikator EPSON, bez podania w ogóle jego nazwy, oferta Odwołującego odpowiadałaby

oczekiwaniom Zamawiającego i wciąż stanowiłaby najkorzystniejszą ofertę złożoną w niniejszym postępowaniu.

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia z dnia 26 sierpnia 2019 r., sygn. akt. KIO 1553/19 „niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.”

Dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ (wyrok KIO z 10 marca 2015 r., sygn. KIO 369/15), a w niniejszym postępowaniu Zamawiający takiej pewności osiągnąć nie mógł, gdyż oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ - co czyni odrzucenie oferty Odwołującego niezgodnym z prawem.

Konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego, która była jedyna w postępowaniu – było unieważnienie postępowania, na co wskazał Zamawiający.

Skoro jednak Zamawiający nie powinien był odrzucić oferty Odwołującego to nie można uznać, że zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania, a tym samym Zamawiający naruszył art. 93 ust 1 pkt 1 Ustawy.

Unieważnienie czynności odrzucenia oferty powoduje konieczność unieważnienia więc czynności unieważnienia postępowania – co w sprawie jest oczywiste i nie wymaga dodatkowego uzasadnienia.

Mając na uwadze wszystko powyższe, wobec faktu, iż niniejszej odwołanie jest uzasadnione i konieczne, wnosimy jak na wstępie.

Z poważaniem

Załączniki do Odwołania:

1. Dowód wniesienia opłaty od odwołania
2. Kopia aktualnego KRS
3. Dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu
4. Oferta ResQmed z dnia 15 lipca 2019 roku.