

**WYROK**  
z dnia 9 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo  
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2011 r. przez wykonawcę  
**CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Szpital Powiatowy w Nowym Mieście Lubawskim Sp. z o.o.**  
**ul. Mickiewicza 10, 13-300 Nowe Miasto Lubawskie**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Szpitalowi Powiatowemu w Nowym Mieście Lubawskim Sp. z o.o.: unieważnienie czynności odrzucenia oferty CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty złożonej przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. w sposób wskazany w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża Szpital Powiatowy w Nowym Mieście Lubawskim Sp. z o.o. ul. Mickiewicza 10, 13-300 Nowe Miasto Lubawskie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin tytułem wpisu od odwołania,

**2.2. zasądza od Szpitala Powiatowego w Nowym Mieście Lubawskim Sp. z o.o. ul. Mickiewicza 10, 13-300 Nowe Miasto Lubawskie na rzecz CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin 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 2010 r. 113, poz. 759 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 Elblągu.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1617/11**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Szpital Powiatowy w Nowym Mieście Lubawskim Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „ucyfrowienie Pracowni RTG oraz informatyzację szpitala” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 1 lutego 2011 r., wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

29 lipca 2011 r. Odwołujący – CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty, zaniechanie poprawy niezgodności

w ofercie polegającej na błędnym wskazaniu wymiarów oferowanej szafy serwerowej, w sytuacji gdy poprawka ta nie powodowałaby zmiany żadnego istotnego elementu oferty i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i nie zachodziły przesłanki do dokonania tej czynności.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz oceny i odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego,
3. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty oraz dokonania poprawy oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że w wyniku pierwotnej oceny jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA LLC, a oferta Odwołującego została uznana za zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Przy powtórnej ocenie ofert, przeprowadzonej w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 czerwca 2011 r., sygn. KIO 1144/11 (wyrok dotyczył poprawności wyboru oferty wykonawców ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA LLC) Zamawiający dokonał odrzucenia obu ofert i unieważnił postępowanie. W przypadku Odwołującego Zamawiający odrzucił ofertę nie zwracając się o udzielenie wyjaśnień co do treści oferty, uznając, iż zaoferowana przez Odwołującego szafa serwerowa nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem nie ma ona minimalnych wymaganych parametrów co do głębokości (900 mm) oraz wysokości (2060 mm). Czynności ta, zdaniem Odwołującego, jest wadliwa.

W załączniku nr 1 do oferty w odniesieniu do wymaganej szafy krosowej (część K tabeli: Elementy sieci, poz. 2) Odwołujący podał:

1. w kolumnie „Wymagany sprzęt – rodzaj sprzętu, opis”: Szafy krosowe w budynkach i pomieszczeniach: Szafa stojąca 19" 42U, 600x900 mm, otwierane drzwi frontowe i tylne, drzwi frontowe wykonane z jasnego szkła, zdejmowane panele boczne, profile montażowe ze stali ocynkowanej, kółka i nóżki do szafy, możliwość zamontowania wentylatora, wymiary 600/900/2060 (szerokość/głębokość/wysokość),
2. w kolumnie „Potwierdzenie – Wymagania” podał: „TAK. 42U Szafa stojąca CobiNet MM 600x800x2057 (szer/gł/wys) z cokołem 100 mm”.

Chociaż podane w kolumnie „Potwierdzenie – Wymagania” parametry wielkościowe odbiegają od warunków wskazanych w kolumnie „Wymagany sprzęt”, nie uprawniało to jednak Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego. W kolumnie „Potwierdzenie wymagania” zawarto potwierdzenie, iż oferowana szafa spełnia warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na co wskazuje użycie słowa „TAK”. Potwierdzając warunek wykonawca miał podać jedynie typ szafy (szafa stojąca 42U), Zamawiający nie wymagał podania producenta, modelu oraz innych parametrów oferowanej szafy. W treści oferty Zamawiający zadeklarował więc dostarczenie szafy zgodnej z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Opis parametrów wielkościowych nie służył potwierdzeniu wymaganego warunku, przez co zgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie powinna być weryfikowana tym opisem.

Niezależnie od powyższego irracjonalne byłoby założenie, iż jego intencją było złożenie oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wyraźnie zadeklarował potwierdzenie warunków wymaganych przez Zamawiającego. Nawet więc jeśli uznać, iż opis urządzenia podany w kolumnie „Potwierdzenie – Wymagania” ma służyć weryfikacji warunku, pomiędzy tym opisem a złożonym potwierdzeniem zachodzi ewidentna sprzeczność, która stanowi o niejasności złożonej oferty. Zamawiający na jej podstawie nie mógł uznać, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Wskazuje na to chociażby pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w ww. wyroku sygn. akt KIO 1144/11, iż wprawdzie przepis art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje w tym zakresie uprawnienie zamawiającego, jednak utrwalone już orzecznictwo wskazuje na kompetencję, która przeradza się właściwie w obowiązek, gdy w toku badania oferty ustalone zostanie, że zawiera ona postanowienia niejasne lub budzące wątpliwości.

Wymiary podane w kolumnie „Potwierdzenie wymagania” zostały wpisane omyłkowo i dotyczą katalogowego wymiaru szafy CobiNet, jednak Odwołujący nie oferował sprzętu katalogowego, lecz szafę spełniającą wymagania Zamawiającego, która zostanie wykonana na indywidualne zamówienie Odwołującego.

Ponadto cokół o wysokości 100 mm jest standardowym elementem każdej szafy serwerowej firmy CobiNet, w tym także szafy oferowanej przez Odwołującego, będzie ona dostarczona z kółkami, zgodnie z wymogiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymiar podany przez Odwołującego dotyczył zaś wymiaru szafy bez kółek, które są wyposażeniem dodatkowym, zatem szafa osiągnie wymiar wysokościowy określony przez Zamawiającego. Poza tym Zamawiający nie określił sposobu pomiaru wysokości szafy tj. nie wskazał, iż wysokością szafy będzie np. tylko wysokość ramy, bez cokołu i kółek, Odwołujący miał więc prawo zakładać, iż określona wysokość szafy obejmuje wymiar liczony od podłogi do krawędzi szafy, łącznie z cokołem. Brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia nie może

obciążać Odwołującego. Zaś parametr głębokości został podany omyłkowo, bowiem prawidłowy wymiar to 900 mm.

Odwołujący w ofercie nie wskazał konkretnego modelu szafy, ale jej typ. Opisując wymiar szafy popełnił pomyłkę polegającą na błędnym wpisaniu parametru głębokości (800 zamiast 900) oraz wpisaniu parametru wysokości bez uwzględnienia wysokości kółek wymaganych przez Zamawiającego. Pomyłka ta jest widoczna, albowiem opisując wymiary w tej samej pozycji tabeli Odwołujący potwierdził spełnianie przez oferowany sprzęt warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Omyłka nie ma charakteru istotnego i nie wpływa na cenę oferty oraz zmianę typu oferowanej szafy. Tym samym należy uznać, iż omyłka ta podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do czego Zamawiający był zobowiązany.

Zatem Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty (przy czym w tym samym czasie dwukrotnie wzywał do takich wyjaśnień wykonawców ISH Polska Sp. z o.o. i ISH INFORMATIKA LLC) oraz poprawienia oferty złożonej przez Odwołującego, co doprowadziło do nieuprawnionego uznania oferty Odwołującego za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że w jego ocenie zaistniała niezgodność nie ma charakteru omyłki. Zamawiający nie miał wątpliwości co do treści oferty i jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie miał więc obowiązku uzyskiwania wyjaśnień od Odwołującego. Podania niezgodnych z wymaganiami wymiarów nie można uznać za omyłkę wymagającą poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Omyłką byłoby podanie zamiast liczby 800 liczby np. 80 czy 8000 lub 2600 zamiast 2060, a nie 2057, dodatkowo z dopiskiem „z dodatkiem cokołu 100 mm”. Te wymiary wykonawca podał świadomie i wyraźnie widać, że nie były one wynikiem omyłki. Zatem oferta ta podlegała odrzuceniu.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny między Stronami.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w punkcie 6.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący jako część oferty złożył przygotowany przez Zamawiającego załącznik nr 1 do specyfikacji, wypełniony przez niego o dodatkowe informacje o oferowanym sprzęcie. W załączniku tym w kolumnie „Wymagany sprzęt – rodzaj sprzętu, opis” figuruje: „Szafy krosowe w budynkach i pomieszczeniach: Szafa stojąca 19" 42U, 600x900 mm, otwierane drzwi frontowe i tylne, drzwi frontowe wykonane z jasnego szkła, zdejmowane panele boczne, profile montażowe ze stali ocynkowanej, kółka i nóżki do szafy, możliwość zamontowania wentylatora, wymiary 600/900/2060 (szerokość/głębokość/wysokość)”, w kolumnie „Warunek – Opis” figuruje informacja „Tak, podać typ”, w kolumnie „Potwierdzenie – Wymagania” podano: „TAK, 42U, Szafa stojąca CobiNet-MM 600x800x2057H (szer/gł/wys) z cokołem 100 mm”. Wpisy w kolumnach „Wymagany sprzęt – rodzaj sprzętu, opis” i „Warunek – Opis” zostały przygotowane przez Zamawiającego we wzorze formularza, natomiast wykonawcy mieli jedynie uzupełnić kolumnę „Potwierdzenie – Wymagania” – w tych miejscach i o dane, które były przez Zamawiającego wymagane w poszczególnych pozycjach tabeli. Zatem ta część oświadczenia wykonawcy składającego się na ofertę była zbudowana w klasyczny dla zamówień publicznych sposób – poprzez połączenie części „stałej” przygotowanej przez Zamawiającego oraz pochodzącej od wykonawcy w postaci wskazań typów, modeli, parametrów itd. konkretnie oferowanych urządzeń.

Niezależnie od tego, czy Zamawiający wymagał podania modelu i parametrów oferowanych szaf krosowych, skoro Odwołujący dane takie zawarł w swoim oświadczeniu, są one jego częścią – treścią oferty, której Zamawiający nie może zignorować, gdyż mogłoby to doprowadzić w trakcie realizacji umowy do sytuacji, w której nie będzie on mógł otrzymać przedmiotu zamówienia zgodnego i ze swoimi wymaganiami, i z ofertą.

W sytuacji, która zaistniała w ofercie Odwołującego – w przypadku niezgodności parametrów wskazanych przez Zamawiającego oraz wpisanych indywidualnie przez wykonawcę – w orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym zamówień publicznych wytworzył się jednolity pogląd, że jest to niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem oferta podlega odrzuceniu. Jednak od momentu wejścia w życie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przed odrzuceniem takiej oferty

zamawiający musi wpieryw m.in. stwierdzić, czy stwierdzona niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie da się usunąć w oparciu o ww. przepis.

W takim przypadku wyjaśnienia, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczyć będą nie tyle treści oświadczenia, które w tym wypadku jest rzeczywiście jednoznaczne, ale ustalenia, z jakiego powodu zostało ono w taki sposób sformułowane.

Oczywiście niemożliwe jest ustalenie przez zamawiającego rzeczywistego stanu świadomości osoby sporządzającej ofertę, dlatego już od wprowadzenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych utarł się pogląd, że racjonalnie działający wykonawca nie oferuje celowo zamawiającemu przedmiotu zamówienia niezgodnego z jego wymaganiami, ponosząc wysiłek i koszty związane z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wiedząc przy tym, że konsekwencją takiego działania będzie odrzucenie jego oferty. Szczególnie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia odnosi się do produktów szeroko oferowanych na rynku i wykonawca ma do wyboru wiele modeli urządzeń lub wykonuje przedmiot według indywidualnego opisu zamawiającego. Zatem można stwierdzić, że co do zasady przyjmuje się pewne założenie, iż zaistniała niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest lub może być omyłką, a w przypadku ewentualnych wątpliwości – można ustalić to w drodze wyjaśnień treści oferty – jak również kwestię, w jaki sposób wykonawca swoje oświadczenie chciał sformułować.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest wyłącznie omyłką pisarską, z którą utożsamia ją Zamawiający, nie musi być także omyłką oczywistą – stąd konieczność lub sposób jej poprawienia może wynikać z wyjaśnień wykonawcy – jedynym wymogiem ustawowym jest to, aby jej poprawienie nie spowodowało istotnej zmiany w treści oferty.

W niniejszym przypadku Izba uznała, że dokonana poprawka dotyczy jedynie niewielkiej zmiany jednego z parametrów jednego z wielu wymaganych sprzętów / urządzeń, zatem takiej istotnej zmiany nie spowoduje. Jednocześnie z przedstawionych przez Odwołującego oświadczeń dystrybutora – autoryzowanego przedstawiciela producenta szaf wynika, że dostawa szaf o wymaganych rozmiarach jest możliwa, a więc świadczenie takie jest możliwe do spełnienia.

Tym samym Zamawiający, może poprawić ofertę Odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, według swojego wyboru, kierując się informacjami Odwołującego zawartymi w odwołaniu i udzielonymi podczas rozprawy lub, jeśli uzna je za niewystarczające, prosząc Odwołującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

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).

**Przewodniczący:** .....