

WYROK
z dnia 12 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2019 r. przez wykonawcę TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Wojewódzkiemu Wielospecjalistycznemu Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nakazuje temu Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie przepisu art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp oraz nakazuje mu poprawienie omyłki w nazwie zaferowanego duplikatora, a także nakazuje mu unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego przetargu,

2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi i:

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

2.2 zasądza od Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi na rzecz TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź wszczął postępowanie 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, znak sprawy: EZ.28.73.2019.

W postępowaniu tym została złożona jedna oferta - oferta Odwołującego: TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa złożona w dniu 26 sierpnia 2019 r.

Zamawiający pismami z dnia 22 listopada 2019 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ i unieważnieniu przetargu.

Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy z powodu niezgodności, w jego ocenie oferty, w zakresie zaoferowanego systemu nagrywającego płyty to jest duplikatora.

W swoim uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie EPSPON PP-e100II nie istnieje i nigdy nie było produkowane. Natomiast zaoferowany duplikator EPSON PP-100II został zastąpiony od 1.09.2019r. modelem EPSON PP-100III.

Stwierdził, że w oparciu o posiadane dane nie jest w stanie sam ustalić, które urządzenie ostatecznie zostało zaoferowane.

Podkreślił przy tym, że postępowanie objęte jest dofinansowaniem ze środków z budżetu UE, co oznacza, że nieprawidłowe zastosowanie art.87 ust.12 pkt 3 ustawy Pzp obarczone jest ryzykiem nałożenia korekty finansowej w wysokości 25% wartości umowy.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 2 grudnia 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art 7. ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp 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 Pzp 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 Pzp przez unieważnienie postępowania podczas gdy w postępowaniu została złożona oferta Odwołującego, która nie powinna być odrzucona.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp:

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

Jednocześnie wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w swojej ofercie wskazał, w tabeli stanowiącej Załącznik Nr 2 do SIWZ w sekcji XI Szkolenia, Asysta i Wyposażenie Dodatkowe w pkt. 13.

Zauważył, że 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).

Odwołujący podniósł przy tym, że wymogi Zamawiającego dotyczą wyłącznie oprogramowania, niezależnie od obsługiwanej sprzętu.

Jego zdaniem - 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.

Wskazał, że Zamawiający nie żądał żadnych wymogów dotyczących modelu duplikatora, a wyłącznie jego oprogramowania. Co więcej, w wymogach oprogramowania w pkt. j) zaznaczył, że oprogramowanie miało 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.

Podniósł również, że 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.

Odwołujący wyjaśnił, że po złożeniu przez niego oferty Zamawiający, pismem z dnia 11.09.2019 r., a następnie pismem z dnia 11.09.2019 r., 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 r. 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.

Odwołujący stwierdził, że w uzasadnieniu 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 r. wypuścił nową wersję duplikatora PP-100III i wersja PP-100II nie jest już, w ocenie Zamawiającego, dostępna.

W związku z tym zarzucił Zamawiającemu, że ten 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 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego - obie czynności Zamawiającego są wadliwe i naruszają przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, 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 podał, 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 technicznej) konieczne jest podanie nazwy i modelu sprzętu komputerowego.

W opinii Odwołującego - okoliczność ta jest w pełni zasadna przy sprzęcie komputerowym, który co pewien, krótki, czas podlega zmianie technologicznej na nowszy i bardziej rozbudowany.

Odwołujący wywodził, że w pkt XI ppkt 13 formularza jego oferty 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.

Odwołujący wskazał, 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 Pzp, a w konsekwencji - o ile budziło wątpliwości Zamawiającego - powinno zostać przez Zamawiającego wyjaśnione i sprostowane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na okoliczność oświadczenia 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.

W ocenie Odwołującego - oczywistość omyłki w tym zakresie nie powinna więc budzić żadnych wątpliwości - co wynika nawet z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Wykonawcy.

Odwołujący zaznaczył, że w piśmie z dnia 27.09.2019 r., 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.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający sam pozyskał informację, że producent EPSON zdecydował się na zakończenie produkcji z dniem 1.09.2019 r. modelu PP-100 w wersji II i wprowadzeniem modelu PP-100 w wersji III.

W ocenie Odwołującego - 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 r. urządzenia nie są nadal dostępne.

Zdaniem Odwołującego - 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.

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.

Według Odwołującego treść jego oferty jest klarowna, oczywista i nie może nastroczać wątpliwości co do tego, co ostatecznie jest przedmiotem oferty.

Odwołujący uznał decyzję Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty za przejaw nadmiernego formalizmu.

Nie zgodził się z uzasadnieniem decyzji Zamawiającego, że została ona podjęta z uwagi na fakt, że nie wie on co jest przedmiotem oferty.

Twierdził, że z jego wyjaśnień 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 wymogi SIWZ.

Nie do przyjęcia dla Odwołującego jest stanowisko Zamawiającego, że zamierzał zaoferować sprzęt nie tylko niezgodny z treścią SIWZ pomimo, iż dysponował sprzętem odpowiadającym oczekiwaniom Zamawiającego - na dowód czego przedstawiono w ofercie odpowiednie dokumenty.

W konsekwencji zatem nie można przyjąć – zdaniem Odwołującego, iż Wykonawca - posiadając sprzęt o odpowiednich parametrach i wskazując na niego za pomocą dokumentów pochodzących od producenta, oferowałby przedmiot niezgodny z treścią SIWZ.

Wskazał przy tym, 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.

Zdaniem Odwołującego - dokumenty stanowią zatem całość wraz z treścią Załącznika nr 2, występuje ściśle powiązanie pomiędzy dokumentami producenta potwierdzającymi parametry i formularzem oferty.

Odwołujący podniósł 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 wskazał również, że Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty TMS, że duplikator EPSON w PP-100II jest niezgodny z SIWZ, nie wykazał nawet, że opisywany przez Zamawiającego jako następcą 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 zwrócił także uwagę, iż Zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Zamawiający nie poprawił zatem omyłki, pomimo wyraźnych ku temu przesłanek, czym naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, mimo że czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny, a Zamawiający nie miał prawa uchylić się od jej wykonania.

Zarzucił, że 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 podkreślił, 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.

Wyraził zdanie, iż niedopuszczalna jest zawężająca interpretacja pojęcia „omyłka”, bowiem z celu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika jednoznacznie, iż priorytetem jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert zawierających niewielkie błędy.

Istotne jest przy tym dla Odwołującego, iż jednocześnie nie zaistniała sytuacja, że wskutek omyłki treść oferty stała się rozbieżna z oczekiwaniami Zamawiającego, a 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.

Podkreślił, że dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ, 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 – zdaniem Odwołującego - uznać, że zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania, a tym samym Zamawiający naruszył art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Pismem z 10 grudnia 2019r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości, gdzie podkreślił swoje dotychczasowe stanowisko, że nie był w stanie samodzielnie dokonać poprawienia tej innej omyłki.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, zestawienia parametrów technicznych, warunków gwarancji oraz szkoleń – załącznik nr 2, wezwania Zamawiającego z dnia 11 września 2019r. do złożenia dokumentów w trybie przepisu art.26 ust.1 ustawy Pzp, przekazanej przez Odwołującego w następstwie tego wezwania karty technicznej duplikatora płyt Epson PP-100N LP.270 Discproducer, wezwania Zamawiającego z dnia 11 października 2019r. do uzupełnienia prawidłowych dokumentów w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, przekazanej przez Odwołującego w następstwie tego wezwania karty produktu duplikatora płyt Epson PP-100II Discproducer, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 10 grudnia 2019r., jak również na podstawie złożonych przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.87 ust.1 zd.1 ust.2 pkt 1 i 3, art.89 ust.1 pkt 2 oraz art.93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający wprowadził do SIWZ załącznik nr 2 - Zestawienie Parametrów Technicznych, Warunków Gwarancji oraz Szkoleń, gdzie uczynił uwagę, że 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). Zamawiający ma prawo wystąpić do wykonawców o udzielenie dalszych wyjaśnień niezbędnych dla weryfikacji udzielonych odpowiedzi.

Nadto, Izba stwierdziła, że w pkt 13 rozdziału XI powyższego załącznika nr 2 do SIWZ pod nazwą Szkolenia, Asysta i Wyposażenie Dodatkowe Zamawiający opisał parametry urządzenia w następujący sposób:

„Duplikator płyt do zapisu badań pacjenta z możliwością nadruku danych pacjenta na płycie. Oprogramowanie duplikatora ma zapewniać:

- 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 etykiety 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 nagranego 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 aplikacji informatycznych: Zabbix, Nagios”.

Izba ustaliła również, że w swojej ofercie w rubryce Parametry Oferowane Odwołujący złożył oświadczenie w postaci potwierdzenia spełniania parametru - TAK i dokonał opis parametrów oferowanych, podając zakresy w następujący sposób:

„TAK, zgodnie z opisem parametru Zestaw Q-Burner składający się z duplikatora EPSON PP-e100II wraz komputerem sterującym AiO (i oprogramowaniem):

Duplikator płyt do zapisu badań pacjenta z możliwością nadruku danych pacjenta na płycie. Oprogramowanie duplikatora ma zapewniać:

- 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 etykiety 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 nagranego 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 aplikacji informatycznych: Zabbix, Nagios.”.

Ustalono również, że pismem z dnia 1 września 2019r. Zamawiający wezwał w trybie przepisu art.26 ust.1 ustawy Pzp Odwołującego do złożenia oryginalnych ulotek producenta, katalogów, ulotek o produkcie, karty danych technicznych w języku polskim potwierdzających wymagane parametry oferowanego przedmiotu zamówienia – w zakresie niezbędnym do oceny parametrów bezwzględnie wymaganych określonych w załączniku nr 2 do SIWZ.

Izba stwierdziła przy tym, że w wykonaniu wezwania Zamawiającego w trybie przepisu art.26 ust.1 ustawy Pzp z dnia 1 września 2019r. Odwołujący przekazał kartę techniczną duplikatora płyt Epson PP-100N LP.270 Discproducer, z której wynikało, że ten produkt nie jest już dostępny.

Zdaniem Izby Zamawiający powyższą wadę dostrzegł, bowiem w piśmie z dnia 11 października 2019r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia prawidłowych materiałów informacyjnych dotyczących duplikatora EPSON PP-e100II wymienionego w punkcie XI.13 załącznika nr 2.

W następstwie tego wezwania Odwołujący w piśmie z dnia 17 października 2019r. oświadczył, że zaistniała oczywista omyłka pisarska, edytorska polegająca na błędnym wpisaniu oznaczenia Discproducer PP-e100II, zamiast właściwego Discproducer PP-100II i wnosił o poprawienie ww. oczywistej omyłki pisarskiej wskazując sposób jej poprawienia. Dodatkowo, załączył kartę produktu Discproducer PP-100II.

Po przeanalizowaniu powyższego materiału dokumentacyjnego, zdaniem Izby - działania Zamawiającego w przedmiotowej sprawie należało uznać za niedokończone, pomijające istotne z punktu widzenia realizacji celów ustawy Pzp instytucje prawne służące do eliminacji z obrotu zamówień publicznych drobnych uchybień w ofertach wykonawców.

Wymaga wskazania, że procedury te zostały określone w przepisie art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Kontynuacją powyższej instytucji jest przepis art.87 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Według zapatrywania Izby powołane wyżej przepisy prawa mają pierwszeństwo w zastosowaniu przed dyspozycją przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, na podstawie, którego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, w myśl, którego, to przepis Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Oceniając przedmiotową sprawę, Izba dostrzegła, że motywacja Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego zawarta w piśmie z dnia 22 listopada 2019r w ogóle nie zawiera jakiegokolwiek wskazania faktycznego potwierdzającego istnienie sprzeczności

treści oświadczenia woli z treścią SIWZ. Brak jest powołania w uzasadnieniu konkretnych elementów oświadczenia woli wykonawcy pozostającego w kolizji z danymi postanowieniami SIWZ(nie przytoczono żadnego postanowienia SIWZ).

Sama obawa przed zastosowaniem przepisu art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp wynikająca z ryzyka ewentualnego nałożenia korekty finansowej w wysokości 25% wartości umowy nie uzasadnia – zdaniem Izby – możliwości skorzystania z przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba przy rozstrzygnięciu przedmiotowej sprawy, wzięła również pod uwagę przytoczone na wstępie postanowienia SIWZ nie zawierające wymogu podania nazwy modelu duplikatora, a także okoliczność żądania przez Zamawiającego na gruncie SIWZ jedynie spełniania wymogów przez samo oprogramowanie(zaoferowane w ramach zestawu Q-Burner), a nie urządzenie.

Nie bez znaczenia dla oceny całokształtu przedmiotowej sprawy pozostają fakt pozytywnej oceny zaoferowanego urządzenia przez Zamawiającego, a także dostępność zaoferowanego duplikatora płyt EPSON PP100II, co potwierdziło oświadczenie dostawcy Resqmed sp. z o.o. z dnia 27 listopada 2019r.

Analizując dalej omawiany przypadek, w przekonaniu Izby - taki stan rzeczy powoduje bezpośrednio, że podstawa prawna wskazana przez Zamawiającego w cyt. wyżej piśmie jest wadliwa, a zastosowany przez niego przepis art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za powołany bezzasadnie.

Na tle tej sprawy, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający mając wątpliwości, co do tego jaki model duplikatora został zaoferowany powinien wystąpić o wyjaśnienie treści oferty w spornym zakresie w trybie przepisu art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp.

Po stosownych wyjaśnieniach mógł on podjąć decyzję o poprawieniu oferty w zakresie nazwy aplikatora w trybie przepisu art. 87 ust.2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – stanowisko Odwołującego ma charakter niebudzący wątpliwości, a omyłka w nazwie modelu miała charakter oczywisty, była omyłką pisarską, powstałą w trakcie edycji tekstu. Brak jest jakichkolwiek dowodów, że omyłka ta miał charakter zamierzony i powodowała zmianę oświadczenia woli Odwołującego.

Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał istnienia jakiegokolwiek sprzeczności treści oświadczenia woli Odwołującego z treścią SIWZ, a zatem nie mógł w ogóle jej stwierdzić, skoro nie wyjaśnił treści oferty.

W związku z powyższym, działania Zamawiającego należało potraktować, jako pozostające poza granicami przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art.87 ust.1 zd.1 i ust.2 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp, co oznacza, że odrzucenie oferty Odwołującego było bezzasadne z pominięciem czynności wyjaśnienia treści oferty i poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....