

Sygn. akt: KIO 2310/15

POSTANOWIENIE
z dnia 2 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 2 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2015r. przez **wykonawcę M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Milasystem M. C. z siedzibą w Opolu, ul. Gałczyńskiego 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Warszawski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 61**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Milasystem M. C. z siedzibą w Opolu, ul. Gałczyńskiego 9** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę urządzeń medycznych, laboratoryjnych i innego wyposażenia dla potrzeb Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w podziale na pakiety zostało wszczęte publikacją ogłoszenia o zamówieniu publicznym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 sierpnia 2015r. numer 2015/S 164-299850.

W dniu 16 października 2015r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Milasystem M. C. z siedzibą w Opolu, ul. Gałczyńskiego 9 – dalej odwołującego oraz wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez EGERTON Sp. z o. o. , w w Pakiecie 25 - łóżko wózki kąpielowe.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że wymagał, aby wysokość leża była regulowana w zakresie min. 550-810 mm. Tabela ww. formularza (strona 8), jak również materiały informacyjne załączone do oferty (strona 56) wskazują; iż wysokość leża regulowana jest w zakresie 550 mm do 94 mm. Wskazując na powyższe zamawiający uznał, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem zamawiający nie może ustalić górnej granicy wysokości leża, a zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem m.in. Sygn. akt KIO 1632/13, Zamawiający nie może żądać uzupełnienia materiałów informacyjnych w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, w trybie art. 26 ust 3 ustawy, których uzupełnienie prowadziłyby do zmiany treści oferty.

Z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej oraz z czynnością odrzucenia oferty odwołującego, odwołujący się nie zgodził i w dniu 26 października 2015r. wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 października 2015r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 26 października 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy):

1) art. 7 ust 1 i ust. 3 - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności w zakresie oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 - przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i bezpodstawne stwierdzenie, że treść oferty złożonej przez odwołującego jest niezgodna z treścią siwz;
- 3) zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 w odniesieniu do karty katalogowej producenta która zawierała błąd drukarski w zakresie wartości górnej wysokości leża,
- alternatywnie art, 87 ust. 1, a w konsekwencji art. 87 ust 2 pkt. 1 lub art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
- 4) art. 92 ust. 1 pkt. 2 przez brak wskazania podstawy prawnej odrzucenia.

W ocenie odwołującego zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy bezpodstawnie odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego uniemożliwiając temu wykonawcy uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EGERTON Sp.zo.o.;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
- 3) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert, z uwzględnieniem obowiązku jaki wynika z art. 26 ust 3 ustawy stanowiący obowiązek zamawiającego do wezwania dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt. 2) ustawy,
- 4) alternatywnie orzeczenie o zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnienia w trybie art. art. 87 ust. 1, który zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą winien być traktowany obligatoryjnie w przypadkach w których zamawiający podejmuje decyzje o odrzuceniu oferty wykonawcy,
- 5) nakazanie zamawiającemu poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust 2 pkt 1 lub art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy,
- 6) nakazanie wybrania jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
- 7) zasądzenie kosztów zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a w konsekwencji nakazania zamawiającemu unieważnienia wadliwej czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórnej oceny i badania złożonych ofert, to odwołującemu powinno zostać udzielone przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że sam zamawiający, czego dał wyraz w uzasadnieniu odrzucenia miał wątpliwość co do treści złożonej oferty, stwierdzając, że nie był w stanie ustalić górnej granicy wysokości leża. Pomimo wątpliwości, które przy dokonywaniu oceny złożonej oferty jednoznacznie wskazują na oczywistą omyłkę, niezamierzony błąd zamawiający winien wezwać do złożenia wyjaśnień na podstawie ary. 87 ust. 1 ustawy. Co

prawda art. 87 ust. 1 ustawy nie nakłada na zamawiającego obowiązku wzywania do wyjaśnień, jednakże, w przypadku stwierdzenia, że treść oferty odwołującego jest niejasna lub budzi wątpliwości zamawiający powinien takich wyjaśnień zażądać. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonym w wyroku z dnia 29 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO 1514/11 - Wbrew literalnemu brzmieniu art. 87 ust 1 ustawy, z którego można by wywodzić, iż wyjaśnienie treści oferty stanowi wyłącznie uprawnienie zamawiającego (...) trzeba podkreślić - zgodnie z ugruntowanym i jednolitym orzecznictwem Izby - iż skorzystanie z procedury opisanej powołanym przepisem stanowi obowiązek zamawiającego, jeśli stwierdzone niejasności mają skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy. Inne rozumienie komentowanego przepisu stałoby w sprzeczności z zasadą wskazaną w art. 7 ust 1 ustawy i prowadzić by mogło do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza.

Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, a także wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2003 r., UZP/ZO/0-936/03. Tymczasem zamawiający zdecydował, że nie ma potrzeby, aby odwołujący składał mu stosowne wyjaśnienia. W konsekwencji odwołujący został pozbawiony możliwości ustosunkowania się do wątpliwości zamawiającego odnośnie treści oferty, które legły u podstaw decyzji o jej odrzuceniu jako niezgodnej z siwz. W ten sposób zamawiający uniemożliwił odwołującemu skuteczną obronę swoich racji.

Wbrew twierdzeniu zamawiającego w przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią siwz - o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić wtedy gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Ponadto aby zamawiający mógł odrzucić ofertę, to najpierw musi uzyskać pewność co do jej treści a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty, jako odpowiadającą albo nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obowiązek starannego działania w tym zakresie spoczywający na zamawiającym wynika przede wszystkim z faktu, że zamawiający realizując zamówienia na określony przedmiot lub usługę wydatkuje na ten cel środki publiczne.

W ofercie odwołującego oraz dołączonej do oferty karcie katalogowej popełniono oczywistą omyłkę, niezamierzony błąd pisarski polegający na pominięciu "0" w zakresie podanego parametru maksymalnej regulacji wysokości leża; ..jest - 94 mm. a powinno być 940 mm".

Oczywistość tej omyłki wynika z faktu, że nie jest możliwe aby parametr minimalny, w przypadku regulacji wysokości był większy od parametru maksymalnego. Minimalny parametr zarówno wymagany jak i potwierdzony przez wykonawcę to 550mm - 55 cm od podłogi, zatem oczywistą omyłką, jest wpisanie „zakres regulacji wysokości 550 mm do 94 mm (9,4 cm).

Omyłka została popełniona w katalogu, a pracownik wykonawcy dokonujący czynności przepisania danych przepisał dane z karty katalogowej. Okoliczność ta jednak nie ma wpływu na obowiązek prawidłowej oceny oferty i obowiązków wynikających z przepisów prawa. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, istnieje ustawowy obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów załączanych do oferty na potwierdzenie spełnienia wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia, bowiem są to dokumenty wymienione w art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Brzmienie art. 26 ust 3 ustawy nakłada obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy, a zatem również materiałów informacyjnych które zawierają błędy, składanych celem potwierdzenia wymagań zamawiającego. Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób bezsprzeczny taki właśnie charakter nadał materiałom informacyjnym, katalogom, opisom itd. Dał temu wyraz poprzez brzmienie części IX pkt. 10 siwz wskazując , że są to dokumenty „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego Tym samym samo już zaistnienie okoliczności, że dokument nie potwierdza spełnienia wymogów zamawiającego w jakimkolwiek zakresie zobowiązuje do wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do jego uzupełnienia. Zakaz wezwania do uzupełnienia dokumentów odnosi się jedynie do tych dokumentów, na podstawie których dokonuje oceny merytorycznej oferty w ramach kryterium jakości.

Przywołany w treści odrzucenia wyrok KIO odnosi się do zupełnie innego stanu faktycznego. W wyroku wskazanym przez zamawiającego Izba uznała, że istniał zakaz wezwania do uzupełnienia materiałów informacyjnych/katalogów bowiem wykonawca poprzez takie uzupełnienie, zmieniał przedmiot oferty (urządzenie o odmiennym numerze katalogowym). W niniejszym postępowaniu przedmiotem oferty co wynika zarówno z treści oferty (załącznik 2.25) jak i karty katalogowej z omyłkowo podanym parametrem maksymalnej wysokości leża jest łóżko producenta Promareha Model LS-2100. W załączonym do niniejszego odwołania karcie katalogowej wykonawca dowodzi, że błąd pisarski dotyczy tego samego modelu łóżka. Tak więc złożony na wezwanie, uzupełniony dokument dałby podstawę do dokonania poprawienia treści oferty, na podstawie art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy lub art. 87 ust. 2 pkt. 1 nie powodując zmiany treści oferty.

Podkreślił również, że zaistniała omyłkę, w przypadku gdyby zamawiający prawidłowo reagując na zastałą sytuację wezwał do uzupełnienia błędnego katalogu mógłby poprawić w oparciu o przepis art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy, nawet bez konieczności wcześniejszego

wyjaśniania. Zastała omyłka jest na tyle oczywista, że każdy nawet osoba nie posiadająca wiadomości technicznych, (a prawdopodobnie w komisji przetargowej udział brały osoby merytorycznie oceniające ofertę) jest w stanie ją zauważyć, bowiem z racjonalnego punktu widzenia nie jest możliwe aby dokonywać pielęgnacji pacjenta, w tym w szczególności jego mycia na wysokości max 9,4 cm od poziomemu podłogi, przy jednoczesnym parametrze minimalnym 55 cm.

W dniu 26 października 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 28 października 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni w całości zarzuty odwołania wniesionego w dniu 26 października 2015r. przez odwołującego i wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron postępowania oraz orzeczenie o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego nie nastąpiło.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowań odwoławczych.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem

koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołujących na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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: