

**WYROK**  
**z dnia 20 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Emil Kawa**

**Protokolant:** **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2014 r. przez wykonawcę **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa**.

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty odwołującego, dokonania poprawy w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp nazwy modelu tomografu komputerowego wskazanego w załączniku nr 2 Formularza ofertowego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę oferty.

2. kosztami postępowania obciąża **Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa** na rzecz **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** 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 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę tomografu komputerowego 16 rzędowego dla potrzeb Zakładu Medycyny Sądowej Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego. Znak sprawy: AEZ/S-313/2013.

Zamawiający wszczął postępowanie ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28.12.2013 r., o nr 2013/S 251-440059.

W postępowaniu ofertę złożył jeden wykonawca - TMS Sp. z o.o – dalej „odwołujący”. W dniu 28 lutego 2014 r., zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania.

Od takich czynności zamawiającego, odwołujący w dniu 10 marca 2014 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz niezasadne unieważnienie postępowania.

Stwierdził, że dokonując powyższych czynności zamawiający naruszył :

- Art. 89 ust 1pkt 2 w zw. z art 7. ust 1 Ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, pomimo uzupełnienia żądanych wyjaśnień oraz podczas gdy oferta ta jest w całości zgodna z SIWZ.
- Art. 87 ust. 1 i 2 pkt 1 i 3 Ustawy przez niezastosowanie tego przepisu wobec jego niezastosowania i niewezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień odnośnie błędnej nazwy modelu, wskazanej w Załączniku nr 2 oraz niepoprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie.

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
4. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty i żądania odwołujący wskazał, że w złożonej ofercie podano omyłkowo inne oznaczenie oferowanego tomografu niż to miało mieć miejsce w rzeczywistości. Podał, że pismem z dnia 11 lutego 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia treści oferty pismem nr AEZ/362/311/2014/BB z dnia 11.02.2014 r., w którym wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających parametry stanowiące podkryteria oceny ofert w kryterium „Parametry techniczne” modelu „TSX-101A (Astelion)”, który został omyłkowo wpisany zamiast modelu „TSX-034A (Astelion)”, W piśmie tym zamawiający stwierdził, że dokumenty załączone do

oferty dotyczą innego modelu niż model TSX- 101A (Astelion)

W odpowiedzi, odwołujący pismem nr Lw/GK.2014 z dnia 17.02.2014 r. wyjaśnił, że w wyniku oczywistej omyłki pisarskiej wpisał nazwę „TSX-101A (Astelion)” zamiast właściwej „TSX-034A (Astelion)” oraz ponownie przesłał dokumenty potwierdzające parametry stanowiące podkryteria oceny ofert w kryterium „Parametry techniczne”. Podniósł, że z wszystkich przedłożonych wraz z ofertą dokumentów wynikało, iż modelem oferowanym jest model „TSX-034A (Astelion)”. Dlatego też błąd w treści Załącznika nr 2, traktować należało jako oczywistą omyłkę pisarską dotyczącą niewłaściwego wpisania trzech cyfr w oznaczeniu modelu. Ponadto odwołujący dodał, że, iż nie funkcjonuje nazwa modelu „TSX-101A”, bowiem jego prawidłowa nazwa brzmieć musi „TSX-101A (Aquiliony). Zastosowanie więc do modelu TSX-101A nazwy „Astelion” musi być uznane za omyłkę, bowiem produktu takiego nie ma, co zostało zresztą potwierdzone przez samego producenta urządzenia.

Zamawiający w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i podał, że odwołujący w treści załącznika nr 2 do SIWZ (str. 3 oferty) zaoferował model tomografu komputerowego pod nazwą TSX-101A (Astelion). Jednocześnie zgodnie z rozdziałem IX ust. 10 SIWZ - na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego przedłożył wraz z ofertą kartę katalogową modelu tomografu TSX - 34A (Astelion) oraz „Deklarację Zgodności”, dla modeli serii TSX-034A (Astelion). Podniósł, że nie podzielił stanowiska odwołującego jakoby wpisanie w treści załącznika nr 2 do SIWZ modelu oferowanego tomografu pod nazwą TSX-101A (Astelion) było oczywistą omyłką pisarską w świetle art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Taka omyłka winna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów oferty, czy wyjaśnień wykonawcy.

Odnosząc się do treści oferty oraz wyjaśnień odwołującego wskazał, że odwołujący z jednej strony w ofercie wskazał na model TSX-101A (Aquiliony), zaś z drugiej strony na model TSX-034A (Astelion), dla którego jednocześnie odwołujący uzupełnił właściwą kartę katalogową. Tym samym w wyniku analizy załącznika nr 2 do SIWZ nie można było jednoznacznie wywieść wniosku, że odwołujący zaoferował zamawiającemu model TSX-034A (Astelion) pomimo załączenia do oferty karty katalogowej wskazującej na model TSX-34A (Astelion). Na równi z powyższym z analizy treści załącznika nr 2 do SIWZ oraz kart katalogowych (w tym na podstawie uzyskanych wyjaśnień od odwołującego) można było wysnuć wniosek, że odwołujący zaoferował model TSX-101A (Aquiliony) oraz dołączył do oferty błędne karty katalogowe dotyczące innego modelu tomografu komputerowego.

Tym samym stwierdził, że odrzucenie oferty odwołującego było uzasadnione.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia**

**publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu biorąc pod uwagę fakt, że była to jedyna oferta złożona w tym postępowaniu.

Przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym była kwestia czy zamawiający winien był dokonać poprawy omyłki odwołującego w oznaczeniu oferowanego tomografu komputerowego uznając ją, jako oczywistą omyłkę pisarską, bądź jako inną omyłkę o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

W trakcie rozprawy Izba ustaliła, że odwołujący podał iż oferuje tomograf komputerowy o symbolu TSX-101A (Astelion)" i wskazał w tymże załączniku parametry techniczne właściwe dla tego tomografu, który odwołujący chciał zaferować tj. oznaczonego symbolem TSX - 034A Astelion, chociaż w części tych dokumentów wskazał na tomograf o oznaczeniu TSX - 34A Astelion. Omyłka dotyczyła tylko jednego punktu załącznika nr 2, pozostała treść zarówno oferty jako całości, jak i ww. załącznika dotyczyła modelu tomografu TSX - 034A Astelion. Dodatkowo na potwierdzenie spełniania wskazanych w załączniku parametrów odwołujący załączył dokumenty przedmiotowe mające potwierdzać spełnianie przez oferowany tomograf wymagań zamawiającego wskazanych w załączniku nr 2 w kolumnie „parametry wymagane”. Odwołujący wywiódł również (czemu zamawiający nie oponował), że w złożonej ofercie wielokrotnie zostało użyte określenie modelu oferowanego tomografu tj. TSX - 034A Astelion. Można to było wywieść np. z deklaracji zgodności zawartej na str. 36-38 oferty, z załączonego powiadomienia zgłoszenia do rejestru wyrobów medycznych str. 36, z danych technicznych urządzenia str. 25, jak również z opisu uzupełniającego danych technicznych str. 27. Tym samym z załączonej dokumentacji technicznej, a także opisu parametrów można było bez problemu wywieść, że oferowanym tomografem komputerowym jest tomograf 16 rzędowy o oznaczeniu TSX- 034A Astelion.

Izba ponadto ustaliła, że odwołujący wypełniając załącznik nr 2 w zakresie parametrów oferowanych, spełnił stawiane przez zamawiającego wymagania w zakresie parametrów wymagalnych - granicznych. Tak więc złożona oferta była zgodna z wymaganiami wskazanymi w SIWZ. Ponadto odwołujący wykazał, że gdyby zamawiający

dokonał porównania modelu wskazanego w ofercie tomografu tj TSX-101A (Astelion) z modelem wskazanym w załączonych w ww. dokumentach przedmiotowych tj TSX- 034A Astelion to nie powinien mieć wątpliwości, że oferowanym tomografem był tomograf TSX-034A Astelion, gdyż oba ww. tomografy różnią się w spełnianiu wielu wymaganych przez zamawiającego parametrach. Ponadto nie istnieje tomograf o oznaczeniu TSX-101A (Astelion) lecz posiada on oznaczenie „Aqulion”. Zamawiający nie wykazał ponadto, że istnieje model tomografu o symbolu TSX-34A (Astelion), który spełniałby wykazane przez odwołującego w załączniku nr 2 parametry. W tym zakresie stwierdzić również należy także, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia nawet niepodanie producenta i modelu oferowanego tomografu nie mogło być uznane za istotny brak oferty. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ świadczy zgodność zaoferowanych parametrów tomografu z parametrami wymagalnymi. Natomiast oznaczenie producenta i modelu w myśl dokonanego opisu miało służyć tylko możliwości weryfikacji przez zamawiającego czy zaoferowany model posiada oferowane parametry.

Przechodząc do rozpatrzenia kwestii dotyczącej możliwości poprawy zaistniałej omyłki w trybie art. 87 ust. 1 lub 3 – o co wnosil odwołujący, wskazać należy, że w orzecznictwie tak Izby, jak i sądów powszechnych, ukształtował się pogląd, iż odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może dokonać jedynie w sytuacji, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma charakter merytoryczny oraz niemożliwy do usunięcia. O niezgodności o charakterze merytorycznym można mówić w sytuacji, gdy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji wymaganiom zamawiającego w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter nieusuwalny w sytuacji, gdy nie można dokonać jej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W tym postępowaniu stwierdzić należy, że sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że z *analizy załącznika nr 2 do SIWZ nie można było jednoznacznie wywieść wniosku, że odwołujący zaoferował zamawiającemu model TSX-034A (Astelion).*

Takie stanowisko zamawiającego świadczy o tym, że oferta odwołującego została odrzucona niejako z ostrożności, a zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy tylko wtedy gdy jednoznacznie ustalili, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Podstawą odrzucenia oferty może być tylko jednoznacznie wykazana niezgodność czy też sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji, a nie sama ocena odwołującego i niedookreślony stopień „odpowiadania” oferty wymogom SIWZ” (sygn. akt KIO/UZP 110/09). Czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. winno nastąpić dopiero po

wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24 listopada 2010 r. w spr. o sygn. akt II Ca 803/10).

Izba zgadza się z prezentowanym przez zamawiającego stanowiskiem, że stwierdzona w ofercie odwołującego pomyłka nie mogła być poprawiona w trybie oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż nie spełniała wymogu oczywistości. Natomiast w sposób wystarczający zaistniały w sprawie przesłanki do poprawy oznaczenia oferowanego tomografu, jako innej omyłki o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Za niezasadne należało uznać stanowisko zamawiającego iż dokonanie poprawy nazwy tomografu wymagałoby dodatkowej dogłębnej analizy oferty oraz zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienie jaki model tomografu zaoferował ( str. 4 odpowiedzi), gdyż po pierwsze, wymóg dogłębnej analizy złożonej oferty jest bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego, a po drugie brak było potrzeby pytania odwołującego o model zaoferowanego tomografu.

Poprawa treści oferty w ramach „innej omyłki” w tym postępowaniu winna była nastąpić w ten sposób, że zamawiający dokonując analizy treści oferty jako całości, i stwierdzając, że oferowane parametry tomografu oraz załączone do oferty dokumenty przedmiotowe wskazują na zaoferowanie tomografu o symbolu TSX- 034A Astelion, a nie o symbolu TSX-101A (Astelion) winien był poinformować odwołującego o dokonanej zmianie oznaczenia modelu tomografu wraz z informacją, iż dla jej skuteczności potrzebna jest jego zgoda o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, pod rygorem odrzucenia oferty. Tak dokonana zmiana treści oferty nie mogłaby zostać ponadto uznana za zamianę istotną, gdyż dotyczyłaby tylko zmiany trzech cyfr w nazwie tomografu, natomiast nie powodowałaby żadnych zmian w załączniku nr 2 do SIWZ dotyczących podanych oferowanych parametrów tomografu.

Zamawiający nie dokonał możliwej poprawy treści oferty, a tym samym naruszył przepis art. 89 ust.1 pkt 2 który umożliwia odrzucenie oferty wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ tylko wtedy, kiedy nie jest możliwe zastosowanie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczącego poprawy „*innych*” omyłek w treści oferty. Tym samym odrzucenie oferty odwołującego i będące jego konsekwencją umorzenie postępowania było niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) 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 .....