

Sygn. akt: KIO 2581/12

WYROK
z dnia 6 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195b** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie, 70-111 Szczecin, al. Powstańców Wielkopolskich 72**

przy udziale wykonawcy **OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. k.- a., 60-650 Poznań, ul. Piątkowska 161** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, al. Jerozolimskie 195b** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195b** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Philips Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195b** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 PUM w Szczecinie, 70-111 Szczecin, Al. Powstańców Wielkopolskich 72** kwotę **994 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie KIO.

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 Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie, Al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę, montaż, instalację i uruchomienie aparatu RTG do badań naczyniowych wraz z aparatem USG”; znak sprawy: ZP/220/61/12.

Zgodnie z rozdziałem XVII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierował się następującymi kryteriami: (i) cena brutto - o wadze 65% oraz (ii) parametry techniczne - o wadze 35%. Oceniane parametry techniczne oferowanego urządzenia podawane były przez wykonawców w załączniku nr 5 do oferty „Opis przedmiotu zamówienia”.

W części A, rozdziale VIII załącznika nr 5, w pozycji nr 63 Zamawiający wymagał zaoferowania „Matrycy prezentacyjnej” o rozdzielczości równej lub większej 1024x1024 pikseli. Jednocześnie za zaoferowanie matrycy o rozdzielczości równej tej wielkości Zamawiający przyznawał 0 punktów, zaś za wartości większe niż minimalna - 3 punkty.

Wykonawca OK Medical Systems Sp. z o.o., S.K.A., zwany dalej jako OK Medical lub Przystępujący w załączniku nr 5 do swojej oferty podał, że jego urządzenie posiada matrycę prezentacyjną o rozdzielczości równej 1024x1024, co spełniało minimalne wymagania SIWZ.

W związku z rozbieżnymi informacjami w formularzu oferty i załączonych folderach producenta, Zamawiający w dniu 7 listopada 2012 r. zwrócił się do OK Medical o wyjaśnienie m. in. ile faktycznie wynosi wartość rozdzielczości zaoferowanej matrycy prezentacyjnej.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego, OK Medical w dniu 12 listopada 2012 r. wyjaśnił, że podana w ofercie wartość matrycy prezentacyjnej (...) wynosi 1024x1024 i jest rozumiana, jako ta część matrycy oferowanych monitorów TFT/LCD 19” (o matrycy 1280x1024, zgodnie z folderem).

W dniu 14 listopada 2012 r. Zamawiający poinformował OK Medical, iż jego zdaniem podanie w ofercie tego wykonawcy dla parametru nr 63 wartości 1024x1024 stanowiło omyłkę, którą Zamawiający zamierza poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze

zm.), zwanej dalej ustawą Pzp wpisując w tym miejscu wartość 1280x1024.

OK Medical w tym samym dniu wyraziło zgodę na poprawienie omyłki.

W rezultacie poprawienia ww. omyłki Zamawiający oceniając ofertę OK Medical w zakresie parametru nr 63 brał pod uwagę wartość 1280x1024, a nie jak to wynikało z formularza oferty - podaną oryginalnie przez OK Medical wartość 1024x1024.

W dniu 14 listopada 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania:

- a) za najkorzystniejszą została uznana oferta OK Medical o cenie 3.276.230 zł, której Zamawiający przyznał 35 punktów za kryterium parametry techniczne (łącznie 98 punktów);
- b) na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta Odwołującego o cenie 3.165.691,51 zł, której Zamawiający przyznał 31 punktów za kryterium parametry techniczne (łącznie 96 punktów).

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02 - 222 Warszawa w 23 listopada 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione wobec następujących czynności Zamawiającego:

- 1) bezpodstawnego i niezgodnego z prawem poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy OK Medical, a w rezultacie
- 2) wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami Pzp.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegające na bezpodstawnym poprawieniu rzekomej omyłki w ofercie wykonawcy OK Medical w zakresie parametru nr 63 „Matryca Prezentacyjna” w sytuacji, gdy zaoferowane przez tego wykonawcę wartości ww. parametru nie stanowiły o niezgodności jego oferty z SIWZ;
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na nieprawidłowym przyznaniu punktów za kryterium parametry techniczne ofertom Odwołującego i OK Medical, w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji i prowadzący w rezultacie do wyboru oferty, która nie posiada waloru oferty najkorzystniejszej.
- 3) art. 91 ust. 4 ustawy Pzp, polegające na wyborze oferty OK Medical, będącej ofertą o cenie wyższej niż oferta Odwołującego, w przypadku uznania, że bilans ceny i kryteriów poza cenowych oferty Odwołującego i OK Medical jest taki sam.

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

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności poprawienia omyłki w ofercie OK Medical w zakresie parametru nr 63 „Matryca Prezentacyjna” i uwzględnienie podczas oceny ofert wielkości „1024x1024” podanej przez tego wykonawcę w ofercie;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 4) dokonania wyboru oferty Philips, jako najkorzystniejszej, po przeprowadzeniu oceny kryterium parametry techniczne zgodnie z wymogami SIWZ oraz przepisami Pzp.

Ponadto zgłosił wniosek o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu bezprawność dokonanych przez niego czynności między innymi poprzez poprawienie rzekomej omyłki w ofercie OK Medical, które to działanie w ocenie Odwołującego rażąco narusza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podniósł, że warunkiem koniecznym do skorzystania przez Zamawiającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a taka sytuacja nie miała miejsca w postępowaniu w odniesieniu do oferty OK Medical, bowiem zaoferowany przez tego wykonawcę parametr nr 63 o wartości 1024x1024 bez wątpienia spełniał minimalne (graniczne) wymagania określone przez Zamawiającego.

Wskazał także, że z korespondencji między Zamawiającym a OK Medical nie wynika jakoby Zamawiający uznawał ofertę OK Medical za niezgodną z SIWZ z powodu rzekomo błędnego podania w ofercie wartości dla parametru nr 63, a tym samym poprawienie przez Zamawiającego omyłki było całkowicie niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż poprawienie omyłki jest dopuszczalne jedynie w wyjątkowych okolicznościach, w celu „uratowania” oferty przed odrzuceniem na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednak Zamawiający nie może poprawiać oferty wykonawcy w celu przyznania jej wyższej liczby punktów i wywindowania jej na pierwsze miejsce w rankingu, a na wykonawcy ciąży obowiązek prawidłowego sporządzenia oferty, zgodnie z wzorcem należytej

staranności wymaganej od przedsiębiorcy.

Według Odwołującego OK Medical podając w swojej ofercie dla parametru nr 63 wartość 1024x1024 działał z należytym rozeznaniem i znajomością SIWZ, zaś Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia jego oferty w tym zakresie, gdyż zaoferowany parametr nie powodował niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Wskazał również, iż zaoferowanie przez OK Medical matrycy o rozdzielczości 1024x1024 nie może zostać uznane za jakąkolwiek inną z omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż nie chodzi tutaj o mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części pod warunkiem, że dotyczą spraw nieistotnych dla treści oferty.

Zauważył, że oczywistość omyłki polega na tym, że określona niedokładność nasuwa się sama każdemu bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych ustaleń.

Wskazał, że bezprawne poprawienie przez Zamawiającego omyłki w ofercie OK Medical naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców i miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, a w wyniku bezpodstawnego przyznania OK Medical dodatkowych 3 punktów za parametr nr 63, oferta tego wykonawcy została błędnie uznana za najkorzystniejszą, co nie miałoby miejsca gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy Pzp w przedmiotowym postępowaniu.

Zaznaczył przy tym, iż Zamawiający oceniając oferty zastosował nieznanym Odwołującemu i niewynikającym z SIWZ sposób zaokrąglania przyznanych punktów do pełnych wartości.

Jednocześnie podkreślił, iż oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu niezależnie od przyjętego sposobu zaokrąglania punktów uzyskanych za poszczególne kryteria.

Zwrócił uwagę, że z załączonego do protokołu postępowania dokumentu Ocena punktowa proponowanych parametrów w ofertach na rtg angiograficzne z dnia 14.11.2012 r. wynika, iż za kryterium parametry techniczne oferta OK Medical otrzymała 51 punktów, podczas gdy oferta Odwołującego - 45 punktów.

Wywodził, że gdyby Zamawiający nie dopuścił niedozwolonego poprawienia parametru nr 63 w ofercie OK Medical, wykonawca ten za kryterium parametry techniczne

otrzymałby jedynie 48 punktów.

W rezultacie ostateczna punktacja – zdaniem Odwołującego - (uwzględniając przyjęte przez Zamawiającego niezrozumiałe założenie o zaokrągleniu punktów) powinna przedstawiać się następująco:

I. Oferta Odwołującego:

- kryterium cena: 65 punktów (najniższa zaoferowana cena);
- kryterium parametry techniczne: 33 punkty ($45/48 \times 35\% \times 100$; z zaokrągleniem do jedności);

Razem: 98 punktów

II. Oferta OK Medical

- kryterium cena: 63 punkty ($3.165.691,51 \text{ zł}/3.276.230 \text{ zł} \times 65\% \times 100$; z zaokrągleniem do jedności);
- kryterium parametry techniczne: 35 punktów (48 pkt - najwyższa ilość punktów za parametry techniczne);

Razem: 98 punktów.

Według Odwołującego z powyższego zestawienia wynika, że gdyby przyjąć sposób zaokrąglenia punktów przyjęty przez Zamawiającego, oferty Odwołującego i OK Medical uzyskałyby taką samą ilość punktów (98 pkt), a w takiej sytuacji Zamawiający na zasadzie art. 91 ust. 4 ustawy Pzp byłby zobowiązany do wyboru oferty z niższą ceną tj. oferty Odwołującego, czego jednak bezpodstawnie nie uczynił.

Nadto zauważył, że gdyby z kolei przyjąć (inaczej niż to uczynił Zamawiający), że przyznawane ofertom punkty powinny cechować się większą dokładnością (do czterech miejsc po przecinku), wówczas punktacja przedstawiałaby się następująco:

I. Oferta Odwołującego:

- kryterium cena: 65 punktów (najniższa zaoferowana cena);
- kryterium parametry techniczne: 32,8125 punktów ($45/48 \times 35\% \times 100$);

Razem: 97,8125 punktów

II. Oferta OK Medical

- kryterium cena: 62,8069 punktów ($3.165.691,51 \text{ zł}/3.276.230 \text{ zł} \times 65\% \times 100$);
- kryterium parametry techniczne: 35 punktów (48 pkt - najwyższa ilość punktów za parametry techniczne);

Razem: 97,8069 punktów.

W ocenie Odwołującego z powyższego zestawienia wynika, że również w tym przypadku oferta Odwołującego okazuje się ofertą korzystniejszą od oferty OK Medical - o

0,0056 punktu.

W dniu 29 listopada 2012r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: OK Medical Systems sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 listopada 2012r., wezwania Zamawiającego z dnia 7 listopada 2012r., odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia 12 listopada 2012r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 29 listopada 2012r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 5 grudnia 2012r., pisma Przystępującego z dnia 4 grudnia 2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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 nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu, art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, jednak Zamawiający swoim działaniem naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, które to naruszenie prawa nie miało wpływu i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w rozpatrywanej sprawie jest kwestia czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do poprawienia w ofercie OK Medical Systems sp. z o.o. omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, a w związku z tym czy punktacja złożonych ofert dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa.

Zgodnie z art.87 ust.2 ustawy Pzp 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.

Izba stoi na stanowisku, że wpisane przez Przystępującego do formularza wymiary matrycy prezentacyjnej - parametr 1024x1024 odpowiadały tym wymaganym treścią SIWZ, a zatem Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania dyspozycji przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy, bowiem nie występowała sytuacja prawna polegająca na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, która stanowi przesłankę do zastosowania powołanego wyżej przepisu prawa.

Jednak rozpoznając kompleksowo przedmiotową sprawę należy stwierdzić, że w ofercie OK Medical Systems sp. z o.o. zachodziła jedynie wewnętrzna sprzeczność pomiędzy treścią podaną na stronie 173 oferty w poz.63 matryca prezentacyjna - parametr 1024x1024, a treścią ze strony 111 podającą wielkość 1280x1024 dotyczącą wielkości obrazu, która to kolizja została prawidłowo wyeliminowana przez Zamawiającego w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp.

W wyniku powyższych wyjaśnień Zamawiającego ustalono w sposób niebudzący wątpliwości Izby, że Przystępujący zaoferował monitor o wielkości obrazu 1280x1024 z matrycą prezentacyjną tej samej wielkości.

Przystępujący wyjaśnił, że podana w ofercie wartość matrycy prezentacyjnej(część A pkt. VIII załącznika nr 5 do formularza oferty) wynosi 1024x1024 i jest rozumiana, jako część matrycy oferowanych monitorów TFT/LSD 19 (o matrycy 1280x1024, zgodnie z folderem), na której wyświetlany/prezentowany jest obraz angiograficzny.

Dalej Przystępujący wskazał w powołanych wyjaśnieniach, że pozostała część matrycy monitorów przeznaczona jest na tzw. pasek narzędziowy(obszar ekranu wykorzystywany przez producentów angiografów np.; do wyświetlania danych dot. pozycji aparatu, ustawień akwizycji, komunikatów systemowych itp.).

Ostatecznie Przystępujący potwierdził, że wartość 1280x1024 odpowiada matrycy oferowanych monitorów.

Odwołujący treści złożonych przez Przystępującego powyższych wyjaśnień nie kwestionował w odwołaniu.

Z przytoczonych informacji - zdaniem Izby – wynika, że sama matryca prezentacyjna nie może być mniejsza od wielkości obrazu. Potwierdzeniem takiego wniosku jest również oświadczenie producenta firmy Siemens Healthcare z dnia 22 października 2012r., że jako wytwórca systemu rentgenowskiego do angiografii Artis zee potwierdza brak oferowania własnych systemów z monitorami o rozdzielczości 1024x1024.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Przystępujący nie mógł w ogóle zaoferować monitora o rozdzielczości 1024x1024, a omyłkowe wpisanie do formularza tej wartości było spowodowane brakiem zdefiniowania przez Zamawiającego pojęcia matrycy prezentacyjnej w SIWZ.

Izba uznała również argumentację Przystępującego, że wpisanie powyższej wartości do formularza wynikało z dotychczasowego rozumienia w branży pojęcia matrycy prezentacyjnej w sensie węższym, obejmującym jedynie obraz angiograficzny, podczas gdy Zamawiający w tym przetargu wymagał podania całego obrazu prezentowanego na monitorze, to jest obejmującego obraz angiograficzny oraz prezentowane pozostałe informacje.

Powyższe ustalenia doprowadziły Izbę do wniosku, że wielkość zaoferowanej przez Przystępującego matrycy prezentacyjnej wynosiła 1280x1024.

Ponieważ zgodnie z rozdziałem XVII SIWZ Zamawiający dokonywał oceny ofert, w kryterium parametrów technicznych na podstawie informacji o parametrach technicznych oferowanego sprzętu, podanych przez wykonawcę w załączniku nr 5 do druku oferty, o którym mowa w rozdz. I pkt. XIV ppkt 3 lit f SIWZ, a informacja ta została wyjaśniona w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp poprzez prawidłowe przyporządkowanie wartości parametru wynikającej z oświadczenia Przystępującego ze strony 111 oferty, taka sytuacja dawała Zamawiającemu – według zapatrywania Izby - podstawę do przyznania 3 punktów za matrycę prezentacyjną.

Podejście Zamawiającego przyznającego inną punktację w spornym kryterium każdemu z dwóch konkurujących ze sobą wykonawców, z których każdy zaoferował matrycę o takiej samej rozdzielczości oznaczałoby naruszenie przez Zamawiającego art.91 ust. 1 w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Jednocześnie stwierdzając naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp, wobec jednoznacznego ustalenia oświadczenia woli Przystępującego, co do wielkości matrycy prezentacyjnej, Izba uznała, że powyższe naruszenie prawa nie miało

wpływu i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie znalazł także uznania Izby zarzut Odwołującego o nieprawidłowym zaokrągleniu przez Zamawiającego wyniku oceny w ramach kryterium oceny ofert z powodu niewykazania przez niego, iż metoda liczenia punktów z czterema miejscami po przecinku, a nie dwoma miejscami po przecinku mogłaby wpłynąć na korzystniejszy wynik, wobec przyjęcia zasadności przyznania przez Zamawiającego 3 punktów za sporny parametr.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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 2010r. 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: