

Sygn. akt: KIO 200/15

WYROK
z dnia 16 lutego 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A. S., T. S., J. M. działający pod nazwą Pixel Technology s.c. ulica Piękna 1, 93-558 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Uniwersytet Zielonogórski ulica Licealna 9, 65-417 Zielona Góra przy udziale CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie przy ulicy Do Dysa 9 ,20-149 Lublin zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A. S., T. S., J. M. działający pod nazwą Pixel Technology s.c. ulica Piękna 1, 93-558 Łódź i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A. S., T. S., J. M. działający pod nazwą Pixel Technology s.c. ulica Piękna 1, 93-558 Łódź 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 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 Zielonej Górze.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Uniwersytet Zielonogórski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „*Ucyfrowienie obrazowych pracowni diagnostycznych*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

20 stycznia 2015 roku Zamawiający ogłosił wynik postępowania, odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) oraz poinformował, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 93 ust. 3 ustawy unieważnia postępowanie ponieważ w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

30 stycznia 2015 roku działając na podstawie art. 180 i następne ustawy Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty PIXEL TECHNOLOGY z siedzibą w Łodzi (dalej: Odwołujący) oraz zaniechanie dokonania poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i czynność unieważnienia postępowania pod nazwą „*Ucyfrowienie obrazowych pracowni diagnostycznych*”

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, iż treść oferty nie odpowiada treści zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), tj. przez brak wskazania w załączniku nr 9 do SIWZ, w poz. 2.1.3. w części dotyczącej dostaw realizowanych na rzecz szpitala w Zielonej Górze nazwy systemu / systemów operacyjnych, w sytuacji gdy w realiach niniejszego postępowania brak ten ma charakter innej omyłki, która powinna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a

ponadto nie stanowi niezgodności merytorycznej treści oferty z treścią SWIZ,

- naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania pn. Ucyfrowienie obrazowych pracowni diagnostycznych z powodu braku w tymże postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu w sytuacji gdy brak tych ofert nastąpił wskutek niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania pn. Ucyfrowienie obrazowych pracowni diagnostycznych,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty PIXEL TECHNOLOGY z siedzibą w Łodzi,
- dokonania poprawy oferty Odwołującego w załączniku nr 9 do SIWZ, w poz. 2.1.3. w części dotyczącej dostaw realizowanych na rzecz szpitala w Zielonej Górze poprzez wpisanie nazwy systemu operacyjnego (zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego i treścią jego oferty),
- powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Odwołujący w zakresie wykazania posiadanego interesu w uzyskaniu zamówienia wskazał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. S., T. S., J. M. są wykonawcami posiadającymi interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wskazane w treści odwołania uchybienia spowodują odrzucenie oferty PIXEL TECHNOLOGY, co w konsekwencji doprowadzi do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia oraz związanego z tym zarobku, co jest równoznaczne z poniesieniem przez Odwołującego szkody.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W postępowaniu Zamawiający żądał wskazania w załączniku nr 9, w poz. 2.1.3 nazwy systemu operacyjnego / systemów operacyjnych. W kolumnie pn. Opis parametru Zamawiający ponadto wskazał minimalne parametry techniczne tegoż systemu operacyjnego poprzez wskazanie:

Serwer systemu PACS i systemu dystrybucji obrazów pracują w środowisku 64bitowego, komercyjnego systemu operacyjnego dedykowanego do zastosowań serwerowych, dostarczonego wraz z oprogramowaniem serwera PACS.

Odwołujący uzupełnił kolumnę numer 4 zawierając w niej zapis „Tak, zgodnie z parametrem”.

Pismem z dnia 3 lipca 2014 roku Zamawiający poprosił o wskazanie miejsca w ofercie, w którym Zamawiający określił systemy operacyjne opisane w punkcie 2.1.3. Załącznika nr 9 Zielona Góra. W odpowiedzi z dnia 04 lipca 2014 roku Odwołujący wskazał, iż w załączniku nr 9 Zielona Góra, nr 9 Żary i nr 9 Uniwersytet zostało zaoferowane to samo oprogramowanie systemu Archiwizacji medycznych obrazów diagnostycznych PACS spełniające te same wymagania dotyczące systemów operacyjnych. W punkcie 2.1.3 załącznika nr 9 Żary oraz w punkcie 2.1.3 załącznika nr 9 Uniwersytet zostały podane oferowane systemy operacyjne, ten sam system został zaoferowany dla lokalizacji Zielona Góra. Zamawiający na podstawie załącznika nr 9 Żary i załącznika nr 9 Uniwersytet uzyskał informację na temat oferowanego systemu operacyjnego, na którym będzie pracował system PACS.

W tym zakresie sytuacja Odwołującego jest odmienna od sytuacji wykonawcy, którego oferta została wcześniej odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, tj. Compu Group Medical z siedzibą w Lublinie. Wyjaśnienia Odwołującego nie zmierzają bowiem do uzupełnienia oferty, tylko do interpretacji zapisu zawartego w Załączniku nr 9 Zielona Góra w punkcie 2.1.3 w kolumnie oferowane parametry o treści „Tak, zgodnie z parametrem”. Wskutek wezwania do złożenia wyjaśnień przystępujący wskazał, iż sformułowane „Tak, zgodnie z parametrem” oznacza, iż zgodnie z parametrem wskazanym w załączniku nr 9 Żary i Uniwersytet Zielonogórski, gdzie zostały zaoferowane te same systemy operacyjne, Windows Server w wersji 2012.

Powyższe nie stanowi prowadzenia negocjacji jak twierdzi Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty PIXEL TECHNOLOGY. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 kwietnia 2014 r. KIO 667/14: *Negocjacje to proces zmierzający do ustalenia pomiędzy stronami określonych faktów, w celu osiągnięcia porozumienia. Trudno więc mówić o negocjacjach w przypadku jednokrotnego wezwania wykonawcy przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty. Przepis art. 87 ust.1 p.z.p. jednoznacznie uprawnia zamawiającego do podjęcia takich kroków.*

Oferta stanowi oświadczenie woli składającego ofertę. Zgodnie z zasadami prawa cywilnego przy wykładni oświadczenia woli postuluje się, zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie, życzliwą

interpretację. Taką, która pozwala przyjąć, iż dokonana czynność prawna jest ważna. Powyższa dyrektywa wykładni oświadczeń woli prowadzi do preferowania takiego znaczenia oświadczenia woli, które pozwala na utrzymanie czynności prawnej i uznanie jej za zgodną z prawem. Za przyjęciem takiej reguły przemawia przede wszystkim okoliczność, że żaden racjonalnie działający oferent nie składa oferty, której treść byłaby niezgodna z treścią SIWZ. Oświadczenia woli są bowiem składane są po to, aby wywołać określone skutki prawne. Należy wskazać, iż celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert zawierających niewielkie błędy. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Ustawodawca wprowadzając zmiany w treści przepisu art. 87 ust 2 ustawy i dopuszczając możliwość poprawiania omyłek w treści ofert, polegających na ich niezgodności z SIWZ, w taki sposób, by jednocześnie nie prowadziło to do istotnych zmian w treści oferty, miał na celu ograniczenie sytuacji, w których oferty były odrzucane tylko z powodu zaistnienia nieistotnych omyłek, które w żaden sposób nie wpływały na zakres i przedmiot zamówienia oraz na oświadczenie woli wykonawcy w tym zakresie (wyrok KIO 460/14; KIO 463/14 z dnia 27 marca 2014 roku). Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 sierpnia 2014 roku (KIO 1515/14): Z brzmienia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieściśłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie.

Poprawienie omyłki w sposób wskazany przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 4 lipca 2014 roku nie stanowi istotnej zmiany jego oferty. W przedmiotowym postępowaniu każdy z wykonawców obowiązany był do złożenia 11 załączników do oferty, zawierających parametry oferowanego sprzętu, odnoszących się do poszczególnych lokalizacji. W każdym załączniku wykonawca obowiązany był wypełnić kilkadziesiąt pozycji. Wpisanie przez Zamawiającego nazwy systemu operacyjnego jednego z modułów (dokładnie PACS) całego systemu (składającego się z serwerów, PACS i RIS) w odniesieniu do tylko jednej z jedenastu lokalizacji nie stanowi istotnej zmiany treści oferty. Dokonanie takiej zmiany nie wpłynęłoby w żaden sposób na przedmiot zamówienia, zgodność oferowanego sprzętu z parametrami wskazanymi przez Zamawiającego (Odwołujący w poz. 2.1.3 potwierdził, iż oferowany system operacyjny spełnia wymogi techniczne wskazane przez Zamawiającego), na oferowaną cenę.

Ponadto należy zauważyć, iż zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, iż elementy podlegające takim

zmianom stanowią merytoryczną treść oferty. Należy bowiem wskazać na cel żądania przez Zamawiającego wskazania nazwy systemu operacyjnego. Informacja ta jest żądana w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Zamawiający nie miał podstaw do przypuszczenia, iż oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia nie jest zgodny z specyfikacją. Odwołujący wyraźnie wskazał, iż system operacyjny będzie zgodny z parametrem określonym przez Zamawiającego.

Ponadto wykonawca wskazał nazwę systemu operacyjnego serwera PACS i systemu dystrybucji obrazów w innych lokalizacjach (Żary, Uniwersytet), w którym oferuje to samo oprogramowanie systemu PACS - Pixel Technology s. c. ExPACS Serwer Archiwacji i Dystrybucji Obrazów (wskazany we wszystkich pozycjach 2.1.1). Zamawiający posiadał więc informacje zawarte w innej części oferty umożliwiające uzupełnienie nazwy systemu operacyjnego serwera systemu PACS w jednej z jedenastu lokalizacji, tj. w Zielonej Górze. Nie można więc w przedmiotowym postępowaniu, w stosunku do oferty Odwołującego stwierdzić merytorycznej niezgodności oferty z treścią SIWZ. Niezgodność powyższa ma charakter tylko formalny, co nie stanowi wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty.

Podobne stanowisko przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2014 r. (KIO 459/14) przyjmując, iż dopuszczalne jest poprawienie przez Zamawiającego, na podstawie wyjaśnień wykonawcy, oznaczenia cyfrowego tomografu, jako innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (z TSX-101A (Astelion) na model TSX-034A (Astelion)). Izba przyjęła, iż wobec spełnienia przez sprzęt oferowany przez wykonawcę wszystkich wymaganych parametrów dokonana zmiana treści oferty nie może być uznana za zmianę istotną, a powyższa poprawka może być dokonana na podstawie wyjaśnień wykonawcy, które w tej sytuacji nie stanowią niedozwolonego uzupełnienia oferty.

O przyjęciu ww. wykładni oświadczeń woli wykonawców zawartych w ofertach, tj. nie zawężającej i dążącej do utrzymania w mocy oferty świadczy również wyrok KIO z dnia 28 lipca 2014 roku wydany w sprawie 1397/2014, połączonej ze sprawami o sygn. akt 1388/2014, 1398/2014 i 1403/2014. W wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż dopuszczalne jest na podstawie samych wyjaśnień wykonawcy poprawienie omyłki w postaci błędnego wpisania przez wykonawcę do dwóch kolumn tabeli, zawartej w formularzu ofertowym, ilości zaproponowanych materiałów audio i wideo. Należy wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił minimalne wymagane ilości w odniesieniu do materiałów multimedialnych -

odpowiednio - audio: minimum 60 pozycji i video: minimum 100 pozycji. Wykonawca był zobowiązany podać w formularzu ofertowym proponowane ilości materiałów multimedialnych audio i video nie mniejsze niż wskazane w treści SIWZ. Podanie przez Wykonawcę ilości materiałów audio lub video ponad ustalone przez zamawiającego minimum stanowiło podstawę do przyznania większej ilości punktów w ramach jednego z kryteriów oceny ofert. Wykonawca podał w formularzu ofertowym następujące ilości w odniesieniu do materiałów multimedialnych - audio 141 pozycji, video - 85 pozycji. Tym samym podana przez Wykonawcę ilość zaproponowanych materiałów multimedialnych video była poniżej wymaganej minimalnej ilości dla tego typu materiałów, określonej przez zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych pozwalają zamawiającemu na poprawę tej omyłki i zamienienie wartości wskazanych w tych kolumnach. Przyjmując taką wykładnię Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, iż racjonalny wykonawca składa ważną ofertę, a przepis art. 87 nie może być interpretowany zawężająco, prowadząc do odrzucania ofert z powodu błahych uchybień.

Niniejsze odwołanie dotyczy postępowania, w którym nazwa serwera nie była jednym z kryteriów oceny ofert, ani też jedną z dwóch wartości wpisywanych przez wykonawców w formularzu ofertowym. Jak wyżej wskazano stanowiła ona tylko część wpisu, którego powinien dokonać Wykonawca w jednej z kilkuset pozycji załączników do oferty. z tych powodów nie ma podstaw do przyjęcia odmiennej wykładni art. 87 ustawy niż wykładania dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyżej wymienionych sprawach.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 stycznia 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdził on na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie przy ulicy Do Dysa 9 ,20-149 Lublin. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 2 lutego 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 5 lutego 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- (dowód nr 1) oświadczenie firmy Microsoft Sp. z o.o. z dnia 2 lutego 2015 roku,
- (dowód nr 2) oświadczenie DELL sp. z o.o. z dnia 12 lutego 2015 roku,

- (dowód nr 3) raport certyfikacji sprzętu systemu Windows (dwie karty wydruk wersji elektronicznej).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Zamawiający poprawia w ofercie (...) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została a dotyczącego odrzucenia oferty
Odwołującego i zaniechania poprawy inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert w zakresie nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności z treścią SWIZ tj. przez brak wskazania w załączniku nr 9 so SWIZ w pozycji 2.1.3 w części dotyczącej dostaw realizowanych na rzecz szpitala w Zielonej Górze nazwy systemu / systemów operacyjnych – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w złożonej ofercie przez Odwołującego brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniem jakie złożył Odwołujący a wymaganiami Zamawiającego.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia

publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne.

Istotnym i znamionym jest również fakt, iż wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (porównaj: wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z 17 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1092/09). Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy. Jak wskazuje Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...)W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)*".

Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy 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. Natomiast oferty zawierające inne omyłki, których nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy podgalać odrzuceniu i stanowi to obowiązek Zamawiającego, który płynie z treści art. 89 ust.1.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję

zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania.

W załączniku nr 9 do SWIZ w punkcie 2.1.3 dla Zielona Góra w kolumnie „opis parametru” Zamawiający wskazał: *Serwer systemu PACS i systemu dystrybucji obrazów pracują w środowisku 64-bitowego, komercyjnego systemu operacyjnego dedykowanego do zastosowań serwerowych, dostarczonego wraz z oprogramowaniem serwera PACS. Wykonawca podaje nazwę systemu / systemów operacyjnych.* W kolumnie „oferowane parametry” tego samego wiersza Odwołujący podał: *Tak, zgodnie z parametrem.*

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2014 roku wezwał Odwołującego do wskazania miejsca w ofercie, w którym Odwołujący określił system / systemy operacyjne opisany w punkcie 2.1.3 Załącznika nr 9 Zielona Góra.

Odwołujący pismem z dnia 4 lipca 2014 roku przesłał Zamawiającemu informację wyjaśniającą: *że zapis w kolumnie „oferowane parametry” w załączniku nr 9 Zielona Góra w punkcie 2.1.3 należy potraktować zgodnie z art. 87 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z załącznikiem: nr 9 Zielona Góra, nr 9 Żary, nr 9 Uniwersytet zostało zaoferowane to samo oprogramowanie systemu Archiwizacji medycznych obrazów diagnostycznych (PASC) o tych samych wymaganiach dotyczących systemów operacyjnych. W pkt 2.1.3 załącznika nr 9 Żary oraz w pkt 2.1.3 załącznika nr 9 Uniwersytet zostały podane oferowane systemy operacyjne, ten sam system został zaoferowany w dla lokalizacji Zielona Góra. Zamawiający na podstawie załączników nr 9 Żary oraz nr 9 Uniwersytet uzyskał informację na temat oferowanego systemu operacyjnego na którym będzie pracował system PASC. Powyższe wyjaśnienia nie prowadzą do zmiany treści oferty oraz nie zawierają przesłanek do uznania ich za niedozwolone negocjacje treści oferty.*

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego.

Nie jest sporne, że Odwołujący nie wskazał w załączniku nr 9 dla Zielonej Góry w punkcie 2.1.3 oferowanego systemu operacyjnego. Zaznaczyć również należy, że w załączniku nr 9 Szpital w Żarach Odwołujący wskazał w pozycji 2.1.3 – Windows Server 2012 natomiast w załączniku nr 9 Uniwersytet Zielonogórski – Windows Server.

Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że we wszystkich lokalizacjach z wyjątkiem Zielona Góra Szpital wskazał nazwę tego samego systemu operacyjnego tylko w różnych wersjach, zaznaczając równocześnie, że Zamawiający nie wymagał podania wersji oprogramowania. Zaznaczyć należy, że w ofercie Odwołującego w pięciu lokalizacjach został podany oferowany system Windows Server 2008, w jednej pozycji Windows Server 2012, w lokalizacji Żary został podany Windows Server, natomiast w lokalizacji Zielona Góra Szpital nie została podana nazwa żadnego komercyjnego systemu operacyjnego.

Istotnym jest, że nie zostały określone żadne wymagania w SWIZ dotyczące oferowanego przez wykonawców systemu operacyjnego, to wykonawca zobowiązany był do zaoferowania systemu operacyjnego odpowiedniego do oferowanej konfiguracji sprzętowo programowej oraz do podania jego nazwy. Z wyjaśnień Odwołującego (pismo z 4 lipca 2014 roku) jak również ze stanowiska przedstawionego na rozprawie wynika, że w treści oferty Odwołujący nie wskazał nigdzie jaki system operacyjny oferuje Odwołujący dla lokalizacji Zielona Góra Szpital. Wykazywanie, przez odniesienie się do zaoferowanych systemów operacyjnych dla innych lokalizacji, że oferowany dla szpitala w Zielonej Górze system operacyjny jest taki sam jak w innych lokalizacjach nie może zostać uznane za prawidłowe. Odwołujący sam wyjaśnił na rozprawie, że oferowany przez niego serwer Dell T620 może współpracować z innym komercyjnym systemem operacyjnym, i nie zmiana tego faktu to, że Odwołujący wyjaśnił, że oferuje serwer DELL T620 z systemem Windows Server. Jednoznacznie bowiem zostało stwierdzone, że oferowany serwer może pracować z innym komercyjnym systemem operacyjnym, tym samym brak wskazania w ofercie oferowanego systemu operacyjnego dla danej lokalizacji przesądza o braku w ofercie, którego nie można uzupełnić w świetle obowiązujących przepisów przez odniesienie się do oferowanych systemów operacyjnych dla innych lokalizacji. Zasadność powyższego potwierdza również to, że dla różnych lokalizacji Odwołujący zaoferował różne wersje oprogramowania i choć jest to jedno oprogramowanie podstawowe to jego wersje wskazują na oferowanie różnych produktów – różnych jego wersji co potwierdza to również oświadczenie producenta oprogramowania (dowód nr 1). W raporcie certyfikacji sprzętu systemu Windows (dowód nr 3) wskazany został poziom kwalifikacji dla oferowanego serwera, który również wskazuje na odrębność w certyfikacji z uwagi na różne wersje oprogramowania, odpowiednio Windows 2008 oraz

Windows 2012 co wskazuje na to, że sam producent oprogramowania zaznacza różnice w wersjach oprogramowania systemowego - jednocześnie dowody te nie wskazują, że Odwołujący w złożonej ofercie dla lokalizacji szpital Zielona Góra zaoferował oprogramowanie systemowe Windows Serwer, jak również nie wynika z nich w jakiej wersji owo oprogramowanie miałyby być zaoferowane w złożonej ofercie. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym na rozprawie producent oprogramowania systemowego zalecił migrację systemów operacyjnych z wersji 2008 na 2012, co też wskazuje na różnorodność produktów. Z przedstawionych przez Odwołującego dowodów wywieść należy, że zgodnie z oświadczeniem Odwołującego oferowany serwer jest certyfikowanym rozwiązaniem wraz z systemem Windows Serwer (dowód nr 2) jednakże nie przesądza to o tym, że takie zostało zaoferowane w ofercie Odwołującego, bowiem brak jest w ofercie oświadczenia, z którego to wynika.

Reasumując, Odwołujący nie wskazał w którym miejscu oferty została zawarta informacja na temat oferowanego systemu operacyjnego dla lokalizacji szpital Zielona Góra, tak informacja nie znajdowała się w treści oferty. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach jedynie przez odniesienie się do innych lokalizacji dokonywał wykładni złożonego w ofercie oświadczenia, że zaoferował rozwiązanie zgodne z parametrem, jednakże w przypadku braku danych ich wskazanie w terminie późniejszym – a w tym przypadku nawet brak jednoznacznego wskazania – stanowi uzupełnienie oferty o nową treść, co nie stanowi o jej poprawieniu lecz uzupełnieniu, a to w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust.

3 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 ze zmianami).

Przewodniczący: