Sygn. akt: KIO 1105/11

WYROK
z dnia 7 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2011 r. przez
CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o.
ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin
w postępowaniu prowadzonym przez
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Parczewie
ul. Kościelna 124, 21-200 Parczew
przy udziale **ESAPROJEKT Sp. z o.o. ul. Bytkowska 1b, 40-955 Katowice** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2. zasądza od CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Parczewie, ul. Kościelna 124, 21-200 Parczew kwotę 3 939 zł 25 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści dziewięć złotych dwadzieścia pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Lublinie.

Przewodniczący: ……..……..……

Sygn. akt: KIO 1105/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Parczewie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup specjalistycznego sprzętu medycznego oraz informatyzację SPZOZ w Parczewie w celu poprawy jakości i dostępności ochrony zdrowia w powiecie parczewskim” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

27 maja 2011 r. Odwołujący – CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne unieważnienie czynności wyboru oferty oraz odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał wcześniej wyboru oferty najkorzystniejszej znając okoliczności podane później jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, nie wskazując też żadnych okoliczności stanowiących o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również odstępując od obowiązku poprawy omyłki w treści oferty polegającej na błędnym wskazaniu dystrybutora systemu finansowo – – księgowego w rubryce „Producent" formularza cenowego, w sytuacji gdy poprawka ta nie powodowałaby zmiany żadnego istotnego elementu oferty,
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i nie zachodziły przesłanki do dokonania tej czynności.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegających na unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
ewentualnie o: unieważnienie czynności polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawy oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

Prawo zamówień publicznych oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert.
W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, która to czynność została poprzedzona wezwaniem do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w zakresie wskazania, czy Piotr Nowak prowadzący działalność pod firmą „Pracownia Techniki Komputerowej TECH – Piotr Nowak", który został wymieniony w ofercie jako producent systemu informatycznego w części administracyjnej, posiada prawa majątkowe do zaoferowanego oprogramowania, a nadto do wyjaśnienia, pod jaką nazwą handlową funkcjonuje zaoferowane oprogramowanie.
Odwołujący wyjaśnił, iż zamierza dostarczyć Zamawiającemu system SYMFONIA, którego producentem jest spółka SAGE, zaś wskazany powyżej podmiot, będący podwykonawcą Odwołującego wymienionym w ofercie, jest dystrybutorem systemu i nie przysługują mu do niego autorskie prawa majątkowe – jednak Zamawiający nie wymagał, aby system dostarczany był bezpośrednio od producenta, a oferta w części dotyczącej systemu administracyjnego spełnia wszystkie warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Zatem Zamawiający, dokonując wyboru oferty Odwołującego uznał, iż jego oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a wskazanie nazwy dystrybutora oprogramowania zamiast jego producenta nie narusza jej postanowień. Odwołujący nie otrzymał zawiadomienia o dokonaniu przez Zamawiającego poprawy w treści oferty, przez co należy uznać, iż na tym etapie postępowania Zamawiający uznał, iż wskazanie nazwy producenta oprogramowania ma jedynie znaczenie informacyjne.
Już po wyborze oferty, opierając się na piśmie spółki ESAPROJEKT, Zamawiający wezwał Odwołującego do ustosunkowania się do podniesionych przez nią zarzutów, m.in. iż Piotr Nowak nie jest producentem oprogramowania administracyjnego. Wskazała więc na okoliczności znane już Zamawiającemu, które dodatkowo były już wcześniej przedmiotem wyjaśnień ze strony Odwołującego. W odpowiedzi Odwołujący złożył wyjaśnienia podtrzymując wcześniejsze stanowisko.
Zamawiający jednak unieważnił czynność oceny ofert, a następnie odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, iż wskazanie nazwy dystrybutora oprogramowania zamiast jego producenta prowadzi do niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po czym unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Te czynności Zamawiającego naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.
Wymagania funkcjonalne stawiane systemowi finansowo – księgowemu Zamawiający określił w załączniku nr 2 do specyfikacji, który w tym zakresie obejmował 97 parametrów.
W złączniku tym Zamawiający nie wymagał wskazania producenta oprogramowania ani jego nazwy handlowej, wskazanie producenta znajduje się jedynie w formularzu cenowym.

Odwołujący w treści formularza cenowego omyłkowo w rubryce „Producent” wskazał nazwę dystrybutora, który w przedmiotowym postępowaniu miał być podwykonawcą, omyłka ta nie oznacza jednak, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż Zamawiający nie wymagał wskazania nazwy oferowanego oprogramowania, co pozwoliłoby na jednoznaczną identyfikację produktu. Z kolei określenie producenta nie ma istotnego znaczenia dla treści oferty, skoro Zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia systemu informatycznego nie tylko przez producenta, ale także przez inny podmiot, który będzie miał prawo odpłatnego oferowania systemu.
Zamawiający nie kwestionował, iż system SYMFONIA spełnia wymagane parametry, jedyna niezgodność miałaby polegać na różnicy w nazwie producenta. Wskazanie to nie stanowiło jednak istotnego elementu oferty i miało jedynie walor informacyjny. Potwierdza to fakt, iż Zamawiający wiedząc o istniejącej rozbieżności, dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, nie stwierdzając nawet, iż zachodziła potrzeba poprawienia oferty. Od tego momentu Zamawiający nie powziął żadnej dodatkowej wiedzy odnośnie treści oferty Odwołującego, a unieważniając czynność wyboru ofert nie wskazał na żadne przesłanki, które legły u podstaw tej decyzji.
Poza tym Zamawiający uznając nawet, że wskazanie dystrybutora zamiast producenta oprogramowania stanowiło niezgodność ze specyfikacją, powinien rozważyć, czy rozbieżność nie może zostać usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Piotr Nowak został wskazany jako podwykonawca Odwołującego, co jednoznacznie wskazuje, iż Odwołujący od początku planował udział tej firmy w realizacji części zamówienia. Dodatkowo Zamawiający sam ustalił, iż Piotr Nowak nie jest producentem żadnego oprogramowania administracyjnego, trudno więc uznać, iż wskazanie go jako producenta było wynikiem celowego działania, a nie omyłki. Zmiana ta nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty, modyfikacji nie ulegają bowiem: cena, ilość, funkcjonalność, termin realizacji, okres i warunki gwarancji, a Odwołujący w dalszym ciągu oferuje ten sam system finansowo – księgowy, na tych samych zasadach i o tych samych cechach.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie negując zarzuty Odwołującego i wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego i zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania.
Odwołujący w formularzu cenowym podał informację, że producentem zaoferowanego systemu jest Pracownia Techniki Komputerowej TECH – Piotr Nowak, co wzbudziło wątpliwości Zamawiającego, bowiem uzyskał on informacje, że nie jest ona producentem systemu informatycznego, a jedynie dysponując aktualną wiedzą w zakresie sprzętu, oprogramowania i organizacji sieci komputerowych oraz rozwiązań informatyczno – organizacyjnych, zajmuje się

opracowaniem i realizacją planów kompleksowej informatyzacji. W wyjaśnieniach Odwołujący przyznał, że zaoferowany przez niego system informatyczny w części administracyjnej funkcjonuje na rynku pod nazwą handlową SYMFONIA i system ten ma zamiar zakupić od podwykonawcy, którym jest Pracownia Techniki Komputerowej TECH – Piotr Nowak, który nie posiada praw autorskich do systemu SYMFONIA, a więc nie jest producentem zaoferowanego rozwiązania, a jedynie jego dystrybutorem, producentem natomiast jest Sage Sp. z o.o.
Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające i dokonał wyboru oferty Odwołującego, jednak powtórnie zweryfikował treść wyjaśnień, do czego był uprawniony.
Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zdefiniował „producenta systemu informatycznego” jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która posiada autorskie prawa majątkowe do oprogramowania aplikacyjnego. Skoro Odwołujący wskazał na jego dystrybutora, była to wystarczająca przesłanka, aby uznać, że oferta nie jest zgodna z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie uzasadnienie zostało przez Zamawiającego przytoczone w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert oraz o unieważnieniu postępowania, zatem zarzut braku podania okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest chybiony.
Nie zaistniały też przesłanki, które obligowałyby go do poprawienia rzeczowej omyłki, w trybie

art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wymagał dostarczenia oprogramowania przez producenta, ale wymagał, by wskazał tego producenta. Wskazanie producenta systemu nie miało waloru wyłącznie informacyjnego, lecz doprecyzowanie i identyfikację zaoferowanego rozwiązania informatycznego z uwagi na jego przeznaczenie i potrzebę zapewnienia jego zintegrowania i kompatybilności z innymi zaoferowanymi rozwiązaniami informatycznymi. Umożliwia też Zamawiającemu wstępną weryfikację złożonej oferty, zwłaszcza że Zamawiający nie wymagał złożenia materiałów informacyjnych.
W ocenie Zamawiającego nie był on zobligowany do poprawienia tej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Omyłki te powinny mieć taki charakter, aby czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Jeżeli zatem Zamawiający nie posiada wszystkich niezbędnych danych do dokonania poprawy treści oferty, musiałby w sposób istotny ingerować w jej treść. Do oceny Zamawiającego należy uznanie, czy zaistniała omyłka podlega poprawieniu, a w konsekwencji, czy będzie miała wpływ na ostateczny kształt oferty. Zamawiający po dokonaniu weryfikacji wyjaśnień Odwołującego uznał, że dokonanie poprawienia spornego zapisu będzie stanowiło naruszenie przepisów ustawy. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogą mieć wpływu na zdolność Zamawiającego do samodzielnego poprawienia tych omyłek, to jest bez ingerencji wykonawcy. To oznacza, że wyjaśnienie treści

oferty nie może zawierać nowej informacji, na przykład pominiętej w ofercie lub niewymaganej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą Zamawiający wykorzysta do poprawienia omyłki, co tym bardziej potwierdza niedopuszczalność poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiła ESAPROJEKT Sp. z o.o. uznając czynności Zamawiającego za prawidłowe. Stwierdziła też, że oferowany program nie współpracuje ze wszystkimi wskazanymi przez Zamawiającego systemami operacyjnymi, co jednak wykracza poza zarzuty odwołania – i zakres odrzucenia oferty – zatem nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy oraz przedłożonych dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że przedstawiony przez Strony stan faktyczny nie jest sporny i nie budzi wątpliwości, a ze względu na jego przytoczenie powyżej, nie ma potrzeby jego powtarzania.

Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, a zaistniały w ofercie błąd nie podlega poprawieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Chociaż Zamawiający w części „instrukcyjnej" specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, że w ofercie należy podać producenta m.in. oferowanego oprogramowania, wynika to z treści formularzy, zgodnie z którymi należało przygotować ofertę – tabeli zawartej w formularzu cenowym. Odwołujący też tych producentów wskazał, z tym, że w poz. 22, jak następnie stwierdził w wyjaśnieniach – błędnie.
Wbrew twierdzeniu Odwołującego wpis ten nie ma jedynie charakteru informacyjnego, lecz jest częścią oświadczenia określającego, nawet jeśli tylko częściowo, przedmiot oferty. Jest on również dla obu Stron obligatoryjny, gdyż Odwołujący nie mógłby dostarczyć, a Zamawiający odebrać oprogramowania wytworzonego przez innego producenta niż to

wynika z treści oferty. Tymczasem, jak wynika z ustaleń, takie oprogramowanie nie istnieje i nie będzie przez pana Nowaka wytworzone, zatem Odwołujący nie będzie w stanie zrealizować świadczenia w tym zakresie.
Oferta nie podlega w tym zakresie poprawieniu, chociaż zasadniczo nie ma przeszkód, by Zamawiający posiłkował się informacjami otrzymanymi od wykonawcy, gdyż „inna omyłka", o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie musi być, jak w punkcie 1 i 2 tego przepisu, omyłką oczywistą, a więc taką, której sposób poprawienia „sam się narzuca" Zamawiającemu. Jednak, jak wskazano powyżej, przedmiotowa informacja stanowi część oferty i jej zmiana, byłaby zmianą dotyczącą przedmiotu świadczenia, a więc istotną. Z tego też powodu uznaje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, iż podany w ofercie producent i model oferowanego urządzenia albo wersja oprogramowania co do zasady (poza pewnymi wyjątkami, które w tym przypadku nie zachodzą) nie podlega poprawieniu ani jako omyłka pisarska, ani inna omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Biorąc pod uwagę, że w treści oferty nigdzie nie podano nazwy oprogramowania, która dałaby podstawę do weryfikacji producenta, a oprogramowanie może napisać każdy podmiot posiadający odpowiednie umiejętności, Odwołujący równie dobrze mógł rzeczywiście zaoferować program opracowany przez pana Nowaka. Fakt, że pan Nowak został wskazany jako podwykonawca nie ma znaczenia, gdyż oświadczenie to mogłoby dotyczyć zarówno sytuacji, gdy byłby on producentem, jak i dystrybutorem przedmiotowego oprogramowania. Zamawiający rzeczywiście powinien był odrzucić ofertę Odwołującego po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień, lecz nie ma to wpływu na ocenę obecnie dokonanej czynności.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 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).

Przewodniczący: ……