

WYROK

z dnia 30 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 września 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 września 2014 r.** przez wykonawcę **TOSHIBA TEC POLAND S.A.**, z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa urządzeń wielofunkcyjnych wraz z instalacją, uruchomieniem oraz świadczeniem usług serwisu gwarancyjnego*

prowadzonym przez zamawiającego Najwyższą Izbę Kontroli

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. **TOSHIBA TEC POLAND S.A.** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego TOSHIBA TEC POLAND S.A. tytułem wpisu od odwołania.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) 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

Zamawiający – Najwyższa Izba Kontroli – (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieorganicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) (dalej „**ustawa Pzp**” lub „**Pzp**”) pn. *Dostawa urządzeń wielofunkcyjnych wraz z instalacją, uruchomieniem oraz świadczeniem usług serwisu gwarancyjnego.*

W dniu 15 września 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy TOSHIBA TEC Poland S.A. (dalej „**Odwołujący**”) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na odrzuceniu i niedopuszczeniu do końcowej oceny oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- (i) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie przejawiające się w odrzuceniu oferty Odwołującej, co nastąpiło w wyniku arbitralnego przyjęcia przez Zamawiającego, że zaoferowane przez Odwołującego materiały eksploatacyjne są przeznaczone do urządzenia Toshiba e-studio 287cs i tym samym nie są kompatybilne z oferowanym urządzeniem Toshiba e-studio 264cs, podczas gdy - jak wynika z całości dokumentacji ofertowej - Odwołująca faktycznie oferowała urządzenie Toshiba e-studio 287cs, a oznaczenie urządzenia jako „264cs” pojawiło się tylko i wyłącznie w jednym miejscu jednego dokumentu (Załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 2) w wyniku typowej omyłki pisarskiej;
- (ii) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego poprawienia w ofercie Odwołującego typowej omyłki pisarskiej, która niewątpliwie wystąpiła w ofercie Odwołującej;
- (iii) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki stanowiącej niezgodność oferty Odwołującego ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „**SIWZ**”), ale nie powodującej

istotnych zmian w treści tej oferty - w przypadku uznania, że nie mamy do czynienia z typową omyłką pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp;

- (iv) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego bezprawne zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo braku zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako że jej treść w pełni odpowiadała wymaganiom statutowanym przez Zamawiającego w SIWZ, a stwierdzona przez Zamawiającego „niezgodność” stanowi typową omyłkę pisarską podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1) lub 3) ustawy Pzp;
- (v) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o: (a) uwzględnienie odwołania; (b) unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty firmy KONICA MINOLTA Business Solutions Polska Sp. z o.o.; (c) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu i niedopuszczeniu do końcowej oceny oferty Odwołującego; (d) nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu; (e) nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert dopuszczonych do tego postępowania i nieodrzuconych; (f) nakazanie Zamawiającemu wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w SIWZ z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu; (g) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT nr 10/09/2014/044 z dnia 11 września 2014 r.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 10 września 2014 r. Zamawiający pismem z tej samej daty poinformował Odwołującego o zakończeniu postępowania w sprawie zamówienia publicznego i wyborze najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę urządzeń wielofunkcyjnych wraz z instalacją, uruchomieniem oraz świadczeniem usług serwisu gwarancyjnego.

W ocenie Zamawiającego najkorzystniejsza okazała się oferta złożona przez firmę KONICA MINOLTA Business Solutions Polska Sp. z o.o. Ponadto z treści ww. pisma wynikało, że oferta Odwołującej została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. Zamawiający podniósł, że w pkt 6 Lp. 2 (strona 2 oferty) Odwołujący zaoferował urządzenie TOSHIBA e-studio 264 cs. Materiały eksploatacyjne do niego wyszczególniono w pkt. 8 i 9 (strona 11 i 12 oferty). Materiały te są jednak przeznaczone do innego urządzenia (TOSHIBA e-studio 287 cs) i nie są kompatybilne z oferowanym urządzeniem TOSHIBA e-studio 264 cs. Powyższą informację Odwołujący potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 13 sierpnia 2014 r.

Odwołujący podkreślił, iż nieprawdziwe są stwierdzenia Zamawiającego jakoby Odwołujący potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 13 sierpnia 2014 r. twierdzenia Zamawiającego o niekompatybilności materiałów eksploatacyjnych z oferowanym urządzeniem. Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 13 sierpnia 2014 r. firma TOSHIBA jednoznacznie sprecyzowała, że oferowanym urządzeniem jest model e-STUDIO 287cs, a nie, jak uznaje Zamawiający, e-STUDIO 264cs. Odwołujący wyjaśnił również, że błędne oznaczenie modelu pojawiło się tylko w jednym miejscu dokumentacji ofertowej na skutek typowej omyłki pisarskiej, a pozostała dokumentacja świadczy dobitnie o rzeczywistym zaoferowaniu urządzenia e-STUDIO 287cs, spełniającym wszelkie wymogi stawiane przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że do oferty zostały załączone ulotki - specyfikacje dotyczące tylko i wyłącznie urządzeń E-STUDIO3555CSE i E-STUDIO287CS. Odwołujący nie przedłożyła żadnych dokumentów dla urządzenia e-STUDIO264CS.

Odwołujący podkreślił również, że:

- na stronie 14 - 17, w ulotkach - specyfikacjach obejmujących dane techniczne oferowanych przez Odwołującego urządzeń wskazane są modele e-STUDIO3555CSE i e-STUDIO287CS;
- na stronie 18, w tabeli EU Energy Star widnieją tylko i wyłącznie dwa modele urządzeń, tj. Toshiba e-STUDIO3555CSE oraz Toshiba e-STUDIO287CS;
- na stronie 23 - 26; w EU-Declaration of Conformity wskazany jest model urządzenia e-STUDIO3555CSE;
- na stronie 27 i 28, w Deklaracji Zgodności UE wskazany jest model urządzenia e-STUDIO3555CSE;
- na stronie 29 i 30, w Deklaracji Zgodności UE wskazany jest model urządzenia e-STUDIO287CS;

- na stronie 32 i 33, w EU-Declaration of Conformity wskazany jest model urządzenia e-STUDIO287CS;
- na stronie 35, w oświadczeniu z dnia 17 lipca 2014 r. czytamy: „w imieniu firmy TOSHIBA TEC POLAND S.A. ul. Mineralna 1502-274 Warszawa oświadczamy, że oferowane urządzenia TOSHIBA e-STUDIO287cs oraz e-STUDIO3555cse są zgodne z normą ISO 1043 dla elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 gram; oferowane urządzenia TOSHIBA e-STUDIO287cs oraz e-STUDIO3555cse spełniają wymagania dyrektywy 2002/95/EC z dnia 27 stycznia 2003 na temat zakazu użycia niebezpiecznych substancji w wyposażeniu elektrycznym i elektronicznym (...); oferowane urządzenia TOSHIBA e-STUDIO287cs oraz e-STUDIO3555cse spełniają wymogi dyrektywy WEEE 2002/96/EC z dnia 27 stycznia 2003 r. dotyczącej odpadów elektrycznych i elektronicznych”;
- na stronie 46, w tabeli „Informacja o urządzeniu”, w wierszu czwartym wskazana jest nazwa urządzenia - TOSHIBA e-STUDIO3555cse;
- na stronie 47, w tabeli „Informacja o urządzeniu”, w wierszu czwartym wskazana jest nazwa urządzenia - TOSHIBA e-STUDIO555cse;
- na stronie 48, w tabeli „Informacja o urządzeniu”, w wierszu czwartym wskazana jest nazwa urządzenia - TOSHIBA e-STUDIO287CS;
- na stronie 49, w tabeli „Informacja o urządzeniu”, w wierszu czwartym wskazana jest nazwa urządzenia -TOSHIBA e-STUDIO287CS.

W ocenie Odwołującego uwzględniając powyższe należy bezsprzecznie dojść do przekonania, że Odwołujący zaoferowała tylko i wyłącznie dwa urządzenia o oznaczeniu modelowym: e-STUDIO3555CSE i e - STUDIO287CS. W żadnym dokumencie nie ma mowy o urządzeniu e-STUDIO264cs - to oznaczenie pojawiło się tylko w jednym miejscu, na skutek typowej omyłki pisarskiej Odwołującej.

Odwołujący wskazał również, że nawet gdyby uznać, że „błąd” w ofercie Odwołującego nie można zakwalifikować jako typową omyłkę pisarską – czemu Odwołujący stanowczo przeczy - to i tak bez wątplenia winien być on samodzielnie sprostowany przez Zamawiającego w trybie przewidzianym w pkt 3) tego artykułu.

Odwołujący wskazał, że odrzucenie oferty następuje dopiero po otrzymaniu oświadczenia wykonawcy o braku zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosując się zatem do procedury przewidzianej w art. 87 Pzp, po analizie dokumentacji wyraźnie wskazującej na zaoferowanie przez Odwołującego dwóch urządzeń. (e-STUDIO3555CSE i e-STUDIO287CS), dostrzegając jednak wyjątkowo, w jednym miejscu inne oznaczenie modelowe, Zamawiający powinien w pierwszej kolejności zbadać, czy nie jest to

typowa omyłka pisarska. Jeżeli jednak Zamawiający nie zakwalifikowałby owego błędu do typowej omyłki pisarskiej, bądź miałby w tym zakresie wątpliwości, wówczas - stojąc na stanowisku, iż jest to błąd powodujący niezgodność oferty z treścią SIWZ - powinien uznać, że jest to inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3), poprawić ją i zawiadomić o tym wykonawcę - Odwołującą. Gdyby natomiast wykonawca sprzeciwił się tej czynności, dopiero wtedy Zamawiający miałby możliwość odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych. W ocenie Odwołującej tak powinna wyglądać modelowa procedura postępowania Zamawiającego w przypadku dostrzeżenia błędów w ofercie.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 145009 - 2014 z dnia 4 lipca 2014 r. wraz z ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 17 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia; (ii) protokół z otwarcia ofert z dnia 22 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia ofert złożonych w postępowaniu; (iii) pismo Odwołującego dnia 23 lipca 2014 r. skierowana do Zamawiającego na okoliczność ustalenia treści wyjaśnień oferty złożonej przez Odwołującego; (iv) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenie jej treści; (v) protokół z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 8 sierpnia 2014 r. na okoliczność ustalenia złożonych ofert oraz braków w ofercie Odwołującego; (vi) pismo z dnia 8 sierpnia 2014 r. skierowana przez Zamawiającego do Odwołującego na okoliczność ustalenia treści żądanych wyjaśnień oferty Odwołującego; (vii) pismo Odwołującego z dnia 13 sierpnia 2014 r. skierowana do Zamawiającego na okoliczność ustalenia treści wyjaśnień; (viii) protokół z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 10 września 2014 r. na okoliczność ustalenia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowania którego przedmiotem jest dostawa 5 szt. urządzeń wielofunkcyjnych (drukowanie, kopiowanie, skanowanie w kolorze oraz karta faksu) do formatu A-3 oraz 8 szt. urządzeń wielofunkcyjnych (drukowanie, kopiowanie, skanowanie w kolorze oraz karta faksu) do formatu A-4, wykonanie montażu (instalacji) i uruchomienia wszystkich dostarczonych urządzeń; zapoznanie pracowników Zamawiającego (po dwie osoby na każde urządzenie) z obsługą i funkcjami urządzeń; zapewnienie serwisu gwarancyjnego, świadczonego przez autoryzowany serwis producenta urządzeń lub gwaranta. (dowód: SIWZ)

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3.1.7 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dostarczyli wszystkie materiały eksploatacyjne (w tym tonery) niezbędne do uruchomienia urządzeń oraz pozwalające na wykonanie m.in. 15 tysięcy wydruków/kopii (format A-4, 6% pokrycia) dla urządzeń A-3 i min. 2 tysiące wydruków/kopii (format A-4, 6% pokrycia) dla urządzeń A-4. (dowód: SIWZ)

Ponadto, zgodnie z pkt 6.6 SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi będące przedmiotem zamówienia odpowiadają wymaganiom Zamawiającego wykonawcy byli zobowiązani załączyć do oferty: (i) nie wypełnioną kartę (karty) gwarancyjne na oferowane modele urządzeń; (ii) dokumentację techniczną dla każdego oferowanego urządzenia (specyfikacje techniczne, foldery) oraz inne dokumenty potwierdzające spełnienie parametrów o których mowa w pkt 4 ppkt 1 – 17 załącznik nr 1 do SIWZ (dla urządzenia A-3) oraz pkt 5 ppkt 1 – 13 załącznika nr 1 do SIWZ (dla urządzenia A-4). (dowód: SIWZ)

Izba ustaliła, że Odwołujący na stronie 2 formularza oferty l.p. 2 zaoferował urządzenie Toshiba e-studio 264 cs. (dowód: oferta Odwołującego)

Na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ Odwołujący załączył wraz z ofertą:

- folder oferowanego urządzenia E-STUDIO3555CSE - str. 14-15;
- folder oferowanego urządzenia E-STUDIO287CS - str. 16-17;
- deklaracja zgodności UE dla urządzenia TOSHIBA E-STUDIO3555CSE - str. 23 - 28;
- deklaracja zgodności UE dla urządzenia TOSHIBA E-STUDIO287CS - str. 29 - 34.

Ponadto, Izba ustaliła, że:

- na stronie 14 - 17, w ulotkach - specyfikacjach obejmujących dane techniczne oferowanych przez Odwołującego urządzeń wskazane są modele e-STUDIO3555CSE i e-STUDIO287CS;
- na stronie 18, w tabeli EU Energy Star widnieją dwa modele urządzeń, tj. Toshiba e-STUDIO3555CSE oraz Toshiba e-STUDIO287CS;
- na stronie 23 - 26; w EU-Declaration of Conformity wskazany jest model urządzenia e-STUDIO3555CSE;
- na stronie 27 i 28, w Deklaracji Zgodności UE wskazany jest model urządzenia e-STUDIO3555CSE;

- na stronie 29 i 30, w Deklaracji Zgodności UE wskazany jest model urządzenia e-STUDIO287CS;
- na stronie 32 i 33, w EU-Declaration of Conformity wskazany jest model urządzenia e-STUDIO287CS;
- na stronie 35, w oświadczeniu z dnia 17 lipca 2014 r. znajduje się następujące oświadczenie: „w imieniu firmy TOSHIBA TEC POLAND S.A. ul. Mineralna 1502-274 Warszawa oświadczamy, że oferowane urządzenia TOSHIBA e - STUDIO287cs oraz e-STUDIO3555CSE są zgodne z normą ISO 1043 dla elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 gram; oferowane urządzenia TOSHIBA e-STUDIO287cs oraz e-STUDIO3555CSE spełniają wymagania dyrektywy 2002/95/EC z dnia 27 stycznia 2003 na temat zakazu użycia niebezpiecznych substancji w wyposażeniu elektrycznym i elektronicznym (...); oferowane urządzenia TOSHIBA e - STUDIO287cs oraz e - STUDIO3555cse spełniają wymogi dyrektywy WEEE 2002/96/EC z dnia 27 stycznia 2003 r. dotyczącej odpadów elektrycznych i elektronicznych”;
- na stronie 46, w tabeli „Informacja o urządzeniu”, w wierszu czwartym wskazana jest nazwa urządzenia - TOSHIBA e-STUDIO3555CSE;
- na stronie 47, w tabeli „Informacja o urządzeniu”, w wierszu czwartym wskazana jest nazwa urządzenia - TOSHIBA e-STUDIO3555CSE;
- na stronie 48, w tabeli „Informacja o urządzeniu”, w wierszu czwartym wskazana jest nazwa urządzenia - TOSHIBA e-STUDIO287CS;
- na stronie 49, w tabeli „Informacja o urządzeniu”, w wierszu czwartym wskazana jest nazwa urządzenia -TOSHIBA e-STUDIO287CS.

Pismem z dnia 23 lipca 2014 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że w dniu 22 lipca 2014 r. podczas otwarcia ofert zorientował się, że w tabeli na stronie nr 2 oferty omyłkowo została wpisana błędna nazwa urządzenia TOSHIBA e-studio 264cs. Poprawna nazwa oferowanego urządzenia to TOSHIBA e-studio287cs. (dowód: pismo Odwołującego z dnia 23 lipca 2014 r.)

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 sierpnia 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień czy części oraz materiały eksploatacyjne dla urządzenia A-4 wyszczególnione w wykazach na stronach 11 – 12 oferty są odpowiednie dla urządzenia Toshiba e-studio 264cs. (dowód: pismo z dnia 8 sierpnia 2014 r.) Pismem z dnia 13 sierpnia 2014 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia. Wskazał, że części oraz materiały eksploatacyjne dla urządzenia A-4 wyszczególnione w wykazach na stronach 11 – 12 oferty są odpowiednie dla urządzenia Toshiba e-studio 287 cs. Podkreślił, że wycena zamówienia została również

przygotowana dla urządzenia Toshiba e-studio 287 cs, a wskazanie na stronie 2 oferty urządzenia Toshiba e-studio 287 cs stanowiło oczywistą omyłkę pisarską. (dowód: pismo z dnia 13 sierpnia 2014 r.)

Zgodnie z informacją zawartą w protokole z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 10 września 2014 r. oferta Odwołującego nie była oceniona. Oferta została odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. Zamawiający wskazał m.in., że Odwołujący zaoferował urządzenia Toshiba e-studio 264 cs. Materiały eksploatacyjne do niego wyszczególnione w pkt 8 i 9 oferty, przeznaczone są one jednak dla innego urządzenia Toshiba e-studio 287 cs i nie są kompatybilne z oferowanym urządzeniem Toshiba e-studio 264 cs, co potwierdził sam Odwołujący w piśmie z dnia 13 sierpnia 2014 r. (dowód: protokół z dnia 10 września 2014 r.)

W dniu 25 września 2014 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą w ocenie kryteriów oceny ofert, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że zmiana nazwy (symbolu) urządzenia wskazanego w treści formularza oferty nie mogła być dokonana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i zakwalifikowana jako oczywista omyłka pisarska Odwołującego.

Istota zagadnienia wskazanego w powyższym zarzucie sprowadza się do wykładni art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Na wstępie należy zaznaczyć, że stosowanie wskazanej regulacji winno

charakteryzować się daleko posuniętą ostrożnością, i w żadnej mierze nie powinna regulacja ta stanowić podstawy do łamania bądź omijania zasad regulujących rozstrzygnięcie zamówienia publicznego, w tym w szczególności art. 7 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że oczywista omyłka pisarska jest zwykle wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nigdy zaś uchybienia merytorycznego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Mimo tego że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści ofert, to należy pamiętać, że będzie tak jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym. W wyniku zatem poprawienia omyłki nie zmienia się treść oferty w sensie treści oświadczenia woli wykonawcy. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i w orzecznictwie sądowym. Dla przykładu warto wskazać tu na wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2001 r., (II SA 863/00) odnoszącym się, co prawda do pojęcia „błąd pisarski” z art. 113 k.p.a., możliwym jednak do zastosowania przy definiowaniu omyłki pisarskiej, „błąd pisarski – to widoczne, wbrew zamierzeniu (...), niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie omylna pisownia albo widoczne, niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów”. W żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane natomiast wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. (tak np. SO w Olsztynie z dnia 5 października 2009 r., sygn. akt IX Ca 661/09).

W przedmiotowym sprawie, bezspornym jest, iż Zamawiający wymagał podania na stronie drugiej formularza ofertowego l.p.2 modelu oferowanego urządzenia. Odwołujący w treści formularza oferty wskazał model: A-4 TOSHIBA e-studio264 CS. Nie doszło więc do niezamierzonego opuszczenia wymaganej w formularzu oferty treści, niewłaściwej pisowni czy też wskazania więcej niż jeden modelu. Nie doszło również, w ocenie Izby, do niewłaściwego użycia wyrazu, rozumianego jako błąd językowy polegający na popełnieniu błędu gramatycznego, błędu składniowego, błędu stylistycznego, słowotwórczego czy też błędu leksykalnego. Z żadną z powyższych sytuacji nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał bowiem w formularzu oferty urządzenie znajdujące się w jego ofercie produktów będących w sprzedaży, użył istniejącego symbolu, co więcej, jak sam potwierdził podczas rozprawy, urządzenie wskazane w treści formularza ofertowego o symbolu A-4 TOSHIBA e-studio 264 CS spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Nie ma więc podstaw do przyjęcia, że wskazanie modelu urządzenia A-4 TOSHIBA e-studio 264 CS winno być potraktowane przez Zamawiającego jako oczywista omyłka pisarska.

W ocenie Izby brak możliwości skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wynika również z faktu, iż omyłce na którą powołuje się Odwołujący nie można przypisać znamion oczywistości. W swojej argumentacji Odwołujący podnosił, że użycie błędnego symbolu oferowanego urządzenia tj. A-4 TOSHIBA e-studio 264 CS nastąpiło tylko w jednym miejscu dokumentacji ofertowej przedłożonej przez Odwołującego tj. w formularzu oferty. Wszelkie inne materiały dołączone do formularza oferty w sposób oczywisty wskazywały, że Odwołujący zaoferował urządzenie o symbolu TOSHIBA e-studio 287 CS i w konsekwencji Zamawiający winien dokonać poprawienia oczywistej omyłki w formularzu oferty. W ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do dokonania takiej zmiany w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nie wynika bowiem z treści oferty oraz materiałów do niej dołączonych w sposób oczywisty jakie urządzenie zostało zaoferowane. Treść oferty oraz treść materiałów do niej załączonych odwołują się do dwóch różnych urządzeń, zaś Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia za Odwołującego decyzji co zaoferował w przedmiotowym postępowaniu przetargowym: czy urządzenie o symbolu: TOSHIBA e-studio 287 CS czy urządzenie o symbolu A-4 TOSHIBA e-studio 264 CS. Oczywistym dla Izby jest, że dokonanie proponowanej przez Odwołującego zmiany w treści formularza ofertowego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowiłoby zmianę treści oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego, a czynność taka jest niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. W niniejszej sprawie brak jest podstaw do uznania, że w treści oferty Odwołującego znalazła się omyłka, która mogłaby zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze - oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie - niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie - poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (a contrario - możliwe jest wprowadzenie do treści oferty zmian innych niż istotne). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, a ogólne sformułowanie tego przepisu wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się m.in. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do jej essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.

W ocenie Izby, analiza zakresu ewentualnych zmian w treści formularz ofertowego żądnych przez Odwołującego prowadził do wniosku, że poprawienie omyłki powodowałoby faktyczną istotną zmianę w treści złożonej oferty. Zamawiający bowiem po otrzymaniu wyjaśnień od Odwołującego, już po otwarciu ofert, zaoferowałby zupełnie inne urządzenia niż pierwotnie wskazane w treści swojej oferty. Zmiana taka nosi znamiona zmiany istotnej i w konsekwencji jest niedopuszczalna w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokonanie takiej zmiany przez Zamawiającego prowadziłoby bowiem do wytworzenia odmiennego, nowego oświadczenia woli Odwołującego w przedmiocie oferowanego urządzenia. Izba podkreśla, że Zamawiający winien wyjaśnić treść oferty w przypadku wystąpienia w niej niejasności, nieścisłości, wewnętrznych sprzeczności. W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący sprecyzował w sposób jednoznaczny treść oświadczenia woli – zaoferował urządzenia oznaczone symbolem TOSHIBA e- studio 264 CS. W treści oferty brak było wewnętrznych sprzeczności, gdyż wskazany został tylko i wyłącznie jeden model urządzenia spełniającego wymagania Zamawiającego. Odwołujący załączył niewłaściwe dokumenty do zaoferowanego urządzenia, ale dokumenty te nie stanowią treści oferty. Dokumenty te podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże zarzut naruszenia przywołanego artykułu nie został podniesiony w treści odwołania i Izba, będąc związana zarzutami zawartymi w treści odwołania, nie była uprawniona do przeprowadzenia analizy czy doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba przychyliła się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, że poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno następować w sytuacji, w której Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy, może dokonać takiej czynności. Wyjaśnienia winny w ograniczonym zakresie wpływać na decyzję Zamawiającego i mogą wyjaśniać treść zawartą w ofercie danego wykonawcy, nie prowadzić zaś do wytworzenia nowego świadczenia woli. Stanowisko zaprezentowane zaś przez Odwołującego sprowadza się do tego, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią oferty a pozostałymi dokumentami, treści oferty ustalona byłaby na podstawie woli wykonawcy wyrażonej po otwarciu ofert. Analiza bowiem treści oferty i dokumentów do niej dołączonych pozwala przyjąć, że możliwe są co najmniej dwie sytuacje: (i) Zamawiający stwierdza, że wskazanie wskazany w treści oferty symbol urządzenia jest wynikiem omyłki, za prawidłowe uznaje natomiast informacje

wynikające z innych dokumentów; albo (ii) za prawidłową uznaje nazwę urządzenia wynikającego w treści oferty, w konsekwencji uznając, że pozostałe dokumenty dotknięte są omyłką. Wskazuje to w sposób jednoznaczny, że Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie określić, które oświadczenie jest zgodne z wolą wykonawcy, a które dotknięte omyłką, a treść oferty Odwołującego zostaje ustalona dopiero po otwarciu ofert.

Izba podkreśla, że postępowania o zamówienie publiczne prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że dokumenty opracowywane przez każdą ze stron będą czytelne i konsekwentne, zaś składana przez wykonawcę oferta, składające się na nią dokumenty będą odpowiadały wymaganiom stawianym w SIWZ. Cechy obrotu profesjonalnego, jakim jest postępowanie o zamówienie wymagają przy tym zachowania dokładności wykonawców w przedkładanych dokumentach. W niniejszym postępowaniu Odwołujący był zobowiązany wskazać markę/symbol oferowanego urządzenia wyłącznie w jednym miejscu formularza ofertowego, który miał zaledwie dwie strony i nie cechował się wysokim stopniem skomplikowania. Argument Odwołującego jakby wskazany w treści oferty symbol urządzenia TOSHIBA e- studio 264 CS nie został usunięty z formularza ofertowego użytego przez Odwołującego w innym postępowaniu nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje wysoki stopień sformalizowania, i choć ów formalizm nie powinien stanowić sam w sobie celu, to jednak zarówno wykonawcy jak i zamawiający winni dokładać należytej staranności przygotowując dokumentację postępowania i ponosić wszelkie konsekwencje związane z własnymi zaniechaniami.

W ocenie Izby motywy czy przyczyny zaistniałego błędu w ofercie Odwołującego nie mogą decydować o zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu przez Odwołującego. Oczywistym jest, że w przedmiotowej sprawie Izba nie ma możliwości obiektywnej weryfikacji motywów jakimi kierował się Odwołujący przedkładając ofertę z symbolem urządzenia innego niż wskazanego w treści dokumentacji technicznej. Być może, jak twierdzi Odwołujący, był to tylko błąd ludzi. W ocenie Izby jednak Odwołujący mógł się również kierować innymi motywami. Dla przykładu, nie można wykluczyć, że na etapie składania oferty Odwołujący nie miał pewności, które z dwóch wskazanych urządzeń będzie mógł dostarczyć Zamawiającemu w wymaganym terminie i chcąc się zabezpieczyć przez takim ryzykiem wskazał na dwa różne modele. Choć ryzyko to może być tylko teoretyczne, to jednak należy podkreślić, że Odwołujący w sposób jednoznaczny sprecyzował w treści oferty przedmiot świadczenia, zaś ani Izba ani Zamawiający nie są uprawnieni do zmiany przedmiotu świadczenia na tym etapie postępowania w oparciu o obiektywnie nieweryfikowalne okoliczności wskazane przez Odwołującego.

W ocenie Izby umożliwienie Odwołującemu dokonania zmiany przedmiotu świadczenia stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i umożliwiałyby wykonawcy kształtowanie treści oferty w zakresie jej najistotniejszych elementów już po otwarciu ofert, a to z kolei rodziłoby ryzyko manipulacji przez wykonawców ofertami złożonymi w postępowaniu.

Wobec braku stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz 3 ustawy Pzp, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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: