

WYROK

z dnia 10 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 listopada 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 października 2017 r.** przez wykonawcę: **D. S.A., (...)**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Nauki Kopernik, (...)**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca:

A. C. S.A., (...),

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Centrum Nauki Kopernik:**
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego **D. S.A.** na Część nr 2 zamówienia,
 - 1.2. wezwanie odwołującego do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie punktu 1.2 załącznika nr 5 Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacja Techniczna Zamawianego Sprzętu; Wymagania technologiczne dla zamawianego serwera - obsługa systemów operacyjnych - w pozycji 27 (Serwer musi wspierać system operacyjny Windows Server 2012R2),
 - 1.3. przeprowadzenia ponownej czynności oceny ofert na Część nr 2 zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Centrum Nauki Kopernik, (...)**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **D. S.A., (...)**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Centrum Nauki Kopernik, (...)**, na rzecz odwołującego: **D. S.A., (...)**, kwotę **11 100,00 zł** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wpisu i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zakup specjalistycznego sprzętu stanowiącego wyposażenie serwerowni oraz do wyposażenia biur - część 2”, ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych: nr 597981-N-2017 z dnia 05.10.2017 r., o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w dniu 30 października 2017 r. zostało wniesione w postaci pisemnej odwołanie przez wykonawcę: D. S.A. z siedzibą w W. (dalej zwanym także „odwołującym”). W kopii odwołanie przekazano zamawiającemu w tym samym terminie.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 listopada 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego (w kopii przesłane stronom) po stronie zamawiającego w trybie art. 185 ustawy Pzp złożył w dniu 6 listopada 2017 r. wykonawca C. S.A. z siedzibą w W., który wnosił o oddalenie odwołania. Powołał się na interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść zamawiającego, gdyż w wyniku odrzucenia oferty odwołującego oferta przystępującego jest obecnie najkorzystniejsza. Przywrócenie oferty odwołującego do postępowania uplasowałoby ofertę przystępującego na drugim miejscu.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę C. S.A. z siedzibą w W. do postępowania odwoławczego, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały spełnione. Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca ma wykazać interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zatem władny jest jedynie popierać stanowisko strony, do której przystępuje. Przystępujący natomiast pismem z dnia 9 listopada 2017 r. przedstawił własne uzasadnienie (szersze niż zamawiający) podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący wnosząc odwołanie mógł polemizować jedynie z przyczynami odrzucenia jego oferty podanymi przez zamawiającego w powiadomieniu z dnia 26 października 2017 r., a nie podanymi w odpowiedzi na odwołanie, lub podanymi przez przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - konkurenta. Z tych względów stanowisko przystępującego, wykraczające poza znane odwołującemu przyczyny odrzucenia jego oferty, nie mogło zostać uwzględnione.

Odwołanie wniesiono wobec niezgodnych z prawem czynności i zaniechań zamawiającego, tj., odrzucenia oferty odwołującego dokonanej dnia 26 października 2017 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Centrum Nauki Kopernik w W. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej „ustawą Pzp,” które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj.:

Zarzut I naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z przedmiotowego postępowania, pomimo, że oferta po zastosowaniu procedury poprawienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest zgodna z wymaganiami SIWZ.

Zarzut II naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie złożonej przez odwołującego omyłki polegającej na nie wypełnieniu kolumny zatytułowanej „TAK/NIE” w punkcie 1.2 Wymagania technologiczne dla zamawianego serwera - obsługa systemów operacyjnych - w pozycji 27 (Serwer musi wspierać system operacyjny Windows Server 2012R2. Dostarczenie systemu operacyjnego nie jest wymagane.) - Specyfikacji Technicznej Zamawianych Urządzeń (zwanej dalej „STZU”) str. 14 i 31 oferty, i innych wskazanych w uzasadnieniu.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego
- dokonanie powtórnej oceny ofert
- poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy omyłki w ofercie złożonej przez odwołującego poprzez wstawienie słowa „TAK” w kolumnie zatytułowanej „TAK/NIE” w punkcie 1.2 Wymagania technologiczne dla zamawianego serwera - obsługa systemów operacyjnych - w pozycji 27 (Serwer musi wspierać system operacyjny Windows Server 2012R2. Dostarczenie systemu operacyjnego nie jest wymagane.) - STZU str. 14 i 31 oferty.
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy - poniósł szkodę w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia. Utrzymywał, że w przypadku gdyby zamawiający działał zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, oferta przez niego złożona zostałaby uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to poprawiłby na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ofertę odwołującego poprzez wstawienie słowa „TAK” w punkcie 1.2 Wymagania technologiczne dla zamawianego serwera - obsługa systemów operacyjnych - w pozycji 27 (Serwer musi wspierać system operacyjny Windows Server 2012R2.

Dostarczenie systemu operacyjnego nie jest wymagane.) STZU. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem uplasowała się w rankingu złożonych ofert na pierwszym miejscu. Zamawiający uniemożliwił odwołującemu uzyskanie niniejszego zamówienia - poprzez naruszenie ustawy, które może skutkować unieważnieniem postępowania, uchybiając jednocześnie zasadzie równego traktowania wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wyjaśniał, że po dokonaniu analizy podstaw odrzucenia oferty, uznał stanowisko zamawiającego za niezgodne z zasadami udzielania zamówień publicznych i naruszające przepisy ustawy Pzp. Wykonawca składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z rozdziałem V pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) zobowiązany był do złożenia wypełnionego Załącznika nr 5 do SIWZ - STZU. Odwołujący stosując się do wymagań zamawiającego złożył wraz z ofertą wypełnioną STZU popełniając techniczną omyłkę polegającą na braku wpisania słowa „TAK” w kolumnie zatytułowanej „TAK/NIE” w pkt 1.2 pozycji 27 - str. 14 i 31 złożonej oferty cyt.” Wykonawca wypełniając STZU zobowiązany był wpisać, zgodnie z tytułem kolumny oferowany parametr/ Nazwę produktu lub „TAK/NIE” jedynie w pustych polach tabeli. W kolumnie zatytułowanej „TAK//NIE” wykonawca zobowiązany był do wstawienia we wszystkich wierszach słowa „TAK” ponieważ w przeciwnym wypadku, gdyby wpisał w którymkolwiek wierszu słowo „NIE” jego oferta podlegałaby odrzuceniu. Tym samym wypełnienie kolumny zatytułowanej „TAK/NIE” w ocenie odwołującego, sprowadzało się do technicznego wstawienia w każdym pustym wierszu słowa „TAK”. Odwołujący wyjaśniał, że komputerowo wypełniając przedmiotową kolumnę w każdy pusty wiersz wklejał słowo „TAK” i jedynie przez pomyłkę nie wkleił tego słowa w pkt 1.2. pozycji 27 STZU, str. 14 i 31 złożonej oferty.

Stwierdził, że nie było to działanie zamierzone, a jedynie nieumyślna omyłka techniczna, której źródłem jest zarówno obszerność oferty jak i wielość pozycji do wypełnienia. Argumentował, że całkowicie nieracjonalnym działaniem byłoby niewypełnienie przez odwołującego przedmiotowego pola w sytuacji, gdy nie ma to wpływu na zaofertowany serwer czy też cenę oferty. Tym samym przyznał, iż powyższe przeoczenie -stanowiło wprawdzie niezgodność oferty odwołującego z SIWZ, ale której poprawa nie powodowałaby istotnych zmian w treści oferty, którą zamawiający był zobligowany przeprowadzić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że w ramach przedmiotowej oferty zaofertował zamawiającemu serwer producenta H. P. E. model (...), który wspiera system operacyjny Windows Server

2012R2. Podnosił, że powyższe może sprawdzić każda osoba nie posiadająca nawet wiedzy informatycznej.

Podał dwa sposoby - jak każdy może potwierdzić wsparcie przedmiotowego serwera dla systemu operacyjnego Windows Server 2012R2:

Sposób 1:

Wchodzimy na stronę HPE (producenta serwera) <http://www.hpe.com/us/en/home.html> wyszukujemy Windows Server Certification i otrzymujemy link <http://hl7007.www1.hpe.com/us/en/enterprise/servers/supportmatrix/windows.aspx#WfJeL7puLmE>

zaznaczamy Windows Server 2012 R2 i pokazuje się tablica, w której jest m.in. (...) (oferowany model serwera)

Sposób 2

Wchodzimy na stronę HPE (producenta serwera) <http://www.hpe.com/us/en/home.html> szukamy (...) i klikamy na pierwszą wyszukaną pozycję <https://www.hpe.com/us/en/product-catalog/servers/proliant-servers/pip.specifications.hpe-proliant-dl360-gen9-server.7252836.html> i po prawej stronie odnajdujemy matrycę wsparcia software'owego (software support matrices)

<https://www.hpe.com/us/en/servers/server-operating-svstems.html>

w grupie Microsoft Windows Server klikamy na znajdź informację o wsparciu i certyfikacji (find support and certification information)

<http://hl7007.www1.hpe.com/us/en/enterprise/servers/supportmatrix/windows.aspx#WfJcuhpuLmE>

[WfJcuhpuLmE](http://hl7007.www1.hpe.com/us/en/enterprise/servers/supportmatrix/windows.aspx#WfJcuhpuLmE)

zaznaczamy Windows Server 2012 R2 i pokazuje się tablica, w której jest m.in. (...).

Odwołujący przekonywał, że nie miał żadnego interesu w pominięciu wypełnienia przedmiotowej pozycji, a więc brak wypełnienia STZU w tym miejscu nie wynikał z żadnej próby manipulacji oferty, a był wynikiem zwykłej omyłki.

Odwołujący podnosił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalony jest pogląd, że złożenie oferty - co do zasady- stanowi *de facto* zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań, co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego, jako zasadę należy zatem przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała SIWZ. Tym samym, założył, że wykonawcy składają oferty w dobrej wierze z zamiarem zaoferowania

świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego, zamawiający, aby rzetelnie zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi zanalizować niepełną zgodność oferty z treścią SIWZ przez pryzmat tej zasady, gdyż w przeciwnym wypadku przepis byłby martwy. Zamawiający ma wybrać ofertę nie najbardziej poprawą formalnie, ale najkorzystniejszą i do tego celu zamawiający ma korzystać z instrumentów, w które wyposażył go ustawodawca. Wskazał, że ustawodawca wprowadził przepisy, umożliwiające zamawiającemu w przypadku wystąpienia omyłek - ich poprawienie - co wynika wprost z przepisu art. 87 ust. 2 ustawy. Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których poprawienie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcając w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Odwołujący argumentował, że z przepisu tego wynika zatem zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Tym samym ustawodawca - przyjętymi nowelizacjami - odszedł od formalizmu postępowania, uwzględniając możliwość poprawienia oferty, czy też jej wyjaśnienia. Wobec powyższego nie każda nieścisłość, niezgodność oferty traktowana jest automatycznie jako niezgodność oferty skutkująca jej odrzuceniem. Odwołujący podkreślił, że poprawienie przez zamawiającego przedmiotowej omyłki poprzez wstawienie słowa „TAK” nie wykreuje nowego zobowiązania odwołującego i nie prowadzi do żadnych z nim negocjacji, gdyż zaoferowanie całości przedmiotu zamówienia, w tym spornego elementu wynikało z oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie tj.:

- zaoferowania modelu serwera (...), wspierającego system operacyjny Windows Server 2012R2

- złożenia oświadczenia w pkt 1 formularza ofertowego, że cyt. „Oferuję wykonanie niniejszego zamówienia zgodnie z wymogami: STWZ, wyjaśnień i jej zmian...”

- złożenie oświadczenia w pkt 7 formularza ofertowego cyt. „Zobowiązuję się wykonać przedmiot Zamówienia zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacją Techniczną, określonym w SIWZ oraz na warunkach określonych we wzorze Umowy ”

- złożenie oświadczenia w pkt 8 formularza ofertowego cyt. „Oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania i parametry techniczne określone w SIWZ i jej załącznikach”
- złożenie oświadczenia w pkt 12 formularza ofertowego cyt. „Przy kalkulacji ceny Oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty, które poniesiemy w związku z realizacją Zamówienia, zgodnie z zakresem Zamówienia określonym w SIWZ (w szczególności w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacji technicznej - opisie parametrów oferowanych produktów) i postanowieniami projektu Umowy, a także wszelkie upusty, rabaty itp.”

Odwołujący wskazywał, że odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podlega tylko oferta, której treść jest w sposób zasadniczy i nieusuwalny sprzeczna z treścią SIWZ. Jeśli ta niezgodność taka nie jest, to zamawiający ma obowiązek poprawić w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ nie mających istotnego charakteru, co w przedmiotowym przypadku według odwołującego - ma miejsce. Techniczne pominięcie przez odwołującego wstawienia jednego słowa „TAK” w jednej z pozycji rozbudowanej tabeli uznał za klasyczny przykład innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, na co wskazuje chociażby liczne orzecznictwo w tym zakresie, m.in. Wyrok KIO z dnia 17.05.2016 r., sygn. akt KIO 727/16 cyt.: *„Skoro oferta została przygotowana na podstawie przekazanej dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej to stwierdzenie, iż nie jest ona zgodna z SIWZ jedynie na tej podstawie, iż odbiega w nieistotnym znaczeniu od opisu pozycji przedmiarowej, nie stanowi przeszkody do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Celem postępowania nie jest bowiem dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.”* Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO 35/09 cyt.: *„Dla wypełnienia przez Zamawiającego tego obowiązku konieczne jest ustalenie dwóch okoliczności i łączne ich spełnienie: 1) stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie.”*

Odwołujący zaznaczał, że w ocenianym przez Izbę stanie faktycznym mamy niewątpliwie do czynienia z omyłką, która sprowadza się w efekcie do niezgodności oferty z treścią SIWZ. Omyłka ta bowiem polega na technicznym pominięciu wymaganego zakreszenia pewnej pozycji. Odwołujący nie zakreslił w spornym warunku granicznym ani rubryki "NIE", ani rubryki "TAK", co - przy ilości pozycji w załączniku nr 5 do oferty wymagających zakreszenia oraz stronie graficznej tego załącznika (wers w poz. II. 2 w stosunku do pozostałych wersów, które miały być zakreszone jest nieproporcjonalnie węższy

od pozostałych), jak również tej okoliczności, że odwołujący określił wszystkie pozostałe warunki graniczne w rubryce "TAK"- mogło mieć wpływ na komputerowe wypełnienie tego załącznika i popełnienie w tym zakresie przez odwołującego omyłki, a dokonanie poprawienia przez zamawiającego wskazanej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany oferty. Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1088/17 cyt.: „*Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator "istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Tymczasem Zamawiający w tej sprawie (vide uzasadnienie odrzucenia oferty i odpowiedź na odwołanie) nie był w stanie podać żadnego konkretnego argumentu przemawiającego za istotnością dla całej oferty zmian, które spowodowałyby uzupełnienie oferty o informacje, że wskazany w ofercie dla dwóch typów laptopów układ QUERTY będzie w wersji amerykańskiej, a w zestawie z jeszcze innym typem laptopa będzie rozgałęźnik gniazda mikrofonowo-słuchawkowego na osobne wyjścia. Zamawiający zdaje się negować jakąkolwiek zmianę treści oferty w zakresie przedmiotowo istotnym. Jednakże art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, nie stanowiła ona znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę w powyżej przedstawionym rozumieniu, Jak to słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11): [w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. "kazu lamp na obwodnicy Wrocławia", czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowiska Izba zabrała w wyroku z 24 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2490/10) i w wyroku z 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO1978/10).”*

Odwołujący zaznaczał, że z przedstawionego powyżej stanu faktycznego wynika zamiar złożenia przez niego oferty zgodnej z wymogami zamawiającego, a także okoliczność, iż zamawiający posiada wszystkie dane niezbędne do dokonania poprawy pkt 1.2 pozycji 27 STZU - str. 14 i 31 złożonej oferty, w związku z czym nie będzie zmuszony w sposób istotny ingerować w treść oferty. Z tych względów odwołujący uznał, że przedstawione powyżej uchybienie w treści złożonej oferty - stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, której poprawa nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, zatem powinien znaleźć zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym obowiązkiem zamawiającego, od którego nie może odstąpić jest poprawienie w trybie art. 87

ust.2 pkt 3 ustawy treści oferty złożonej przez odwołującego w zakresie wstawienia słowa „TAK” w kolumnie zatytułowanej „TAK/NIE” w pkt 1.2. pozycji 27 STZU, str. 14 i 31 oferty.

Ponowił argument, że brak wykonania przez zamawiającego przedmiotowej czynności stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych i jako taki prowadzi do unieważnienia wykonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - oferty złożonej przez odwołującego.

Z daleko posuniętej ostrożności proceduralnej odwołujący zaznaczył, że w przypadku gdyby hipotetycznie uznać, że opisane powyżej uchybienie w treści oferty złożonej przez odwołującego nie mogło zostać uznane za inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i poprawione w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy, zamawiający mógłby skorzystać z procedury uzupełnienia oferty określonej w art. 26 ust. 3 ustawy, zgodnie z którą zamawiający miałby podstawy do wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie przedstawienia prawidłowego STZU.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, co następuje.

„Na wstępie należy podkreślić, że tryb określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy obowiązku Zamawiającego, zgodnie z którym powinien dokonać poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W tym konkretnym przypadku brak wypełnienia przez Odwołującego rubryki zatytułowanej „TAK/NIE” w pkt 1.2 Wymagania technologiczne dla zamawiającego serwera - obsługa systemów operacyjnych - w pozycji 27 - nie można uznać za omyłkę w rozumieniu powołanego wyżej przepisu. Celem tej jest umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania oferty.

Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek, tzn.:

1. *zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej art. 87 ustawy Pzp.”*

2. *poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.*

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Poprawienie omyłki nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a więc zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca, którego oferta została poprawiona na podstawie powyższego przepisu może również nie wyrazić zgody na taką zmianę. W tej konkretnej sytuacji poprawienie oferty sprowadzałoby się do wpisania wyrazu „TAK” albo wyrazu „NIE”. Zamawiający nie może podejmować decyzji w imieniu Odwołującego jakiego rodzaju oświadczenie chce złożyć. A ponadto, po upływie terminu składania ofert - w przypadku braków w tych dokumentach, nie jest możliwe ich uzupełnienie, albowiem doszłoby do niedozwolonej zmiany treści złożonej oferty.

Z analizy orzecznictwa KIO wynika, że tryb poprawiania omyłek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykorzystywany jest bardzo często do korygowania nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych. Poprawieniu mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych - zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę całkowitą oferty, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Z tego wynika, że poprawieniu mogą podlegać oczywiste omyłki, które zamawiający może stwierdzić po analizie złożonej oferty. Należy również zgodzić się z faktem, że poprawienie omyłki jest

obowiązkiem zamawiającego, jednakże poprawienie treści oferty, w taki sposób, jak tego by sobie życzył Odwołujący, spowodowałoby istotną zmianę jej treści.

W związku z tym, brak wypełnienia danych w kolumnie w żadnym wypadku nie stanowi omyłki w złożonej ofercie przez Odwołującego, w związku z czym nie było możliwe jej poprawienie, z tego względu oferta ta podlegała odrzuceniu jako nie zawierająca wymaganych w siwz elementów. W przypadku takich niezgodności Zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści siwz.

Zamawiający jednoznacznie wskazał w treści siwz, rozdziału II ust. 1 pkt 3 iż, „Podane parametry techniczno-użytkowe (...) w załącznikach do niniejszej specyfikacji są wymagane. Nieposiadanie jakiegokolwiek parametru daje podstawy Zamawiającemu do odrzucenia oferty,” jak również w treści załącznika nr 5 - SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - SPECYFIKACJA TECHNICZNA ZAMAWIANEGO SPRZĘTU dla części II zamówienia w pkt 1.2 „Wymagania technologiczne dla zamawianego serwera Wykonawca zobowiązany jest wpisać, zgodnie z tytułem kolumny oferowany parametr/Nazwę produktu lub „TAK/NIE” jedynie w pustych polach tabeli” oraz zawarł bezwzględny wymóg wypełnienia tego dokumentu, który odnosi się bezpośrednio do przyszłego zobowiązania Wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres.

Odnosząc się do zarzutu nieskorzystania przez Zamawiającego z procedury opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy jednoznacznie stwierdzić, że tryb ten nie miałby w ogóle zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym ponieważ Zamawiający nie wymagał ani w siwz, ani w ogłoszeniu o zamówieniu oświadczeń lub dokumentów w celu zweryfikowania, tj. czy oferowane przez Wykonawcę dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, jak również załącznik nr 5 - SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - SPECYFIKACJA TECHNICZNA ZAMAWIANEGO SPRZĘTU nie posiadał tego charakteru, stanowiąc integralną treść oferty. Wobec czego powołany przepis nie mógł być zastosowany.” Z tego względu zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, z powiadomienia o wyniku postępowania.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wnosiły o jego uzupełnienie.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Rozdział II pkt 1. Opis przedmiotu zamówienia obejmuje „Zakup specjalistycznego sprzętu stanowiącego wyposażenie serwerowni oraz do wyposażenia biur” - część 2”- zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia - załącznik nr 5, w tym dla części 2.

2. Parametry techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia określają załączniki do niniejszej SIWZ.

3. Podane parametry techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia w załącznikach do niniejszej SIWZ są wymagane.

4. Niepodanie jakiegokolwiek parametru daje podstawy zamawiającemu do odrzucenia oferty.

Kryterium oceny ofert została ustanowiona:

- cena -60%
- termin dostawy - 40%

Załączniki do SIWZ, stanowią między innymi:

- projekt umowy
- formularz ofertowy
- szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 5, w tym dla części 2.

W formularzu ofertowym wykonawca składał ogólne zapewnienie:

- w pkt 1 formularza ofertowego, że cyt. „Oferuję wykonanie niniejszego zamówienia zgodnie z wymogami: STWZ, wyjaśnień i jej zmian...”
- w pkt 7 formularza ofertowego cyt. „Zobowiązuję się wykonać przedmiot Zamówienia zgodnie ze Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacją Techniczną, określonym w SIWZ oraz na warunkach określonych we wzorze Umowy”
- w pkt 8 formularza ofertowego cyt. „Oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania i parametry techniczne określone w SIWZ i jej załącznikach”
- w pkt 12 formularza ofertowego cyt. „Przy kalkulacji ceny Oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty, które poniesiemy w związku z realizacją Zamówienia, zgodnie z zakresem Zamówienia określonym w SIWZ (w szczególności w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacji technicznej - opisie parametrów oferowanych produktów) i postanowieniami projektu Umowy, a także wszelkie upusty, rabaty itp.”

W punkcie 1.2. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 5, dla części 2, wymagania techniczne dla oferowanego serwera - wykonawca zobowiązany był podać: nazwę producenta i model oferowanego urządzenia spełniającego postawione wymagania.

W poz. 27 Obsługa systemów operacyjnych został postawiony wymóg: Serwer musi wspierać system operacyjny Windows Server 2012R2. Dostarczenie systemu operacyjnego nie jest wymagane. Wykonawca był zobowiązany w ostatniej kolumnie załącznika 5 do oferty zamieścić oznaczenie TAK/NIE.

Wykonawca był uprawniony do zaoferowania produktów równoważnych, tj. spełniających postawione wymagania techniczno użytkowe w inny sposób.

W rozdziale II ust. 1 pkt 3 wskazano: Podane parametry techniczno-użytkowe (...) w załącznikach do niniejszej specyfikacji są wymagane. Nieposiadanie jakiegokolwiek parametru daje podstawy Zamawiającemu do odrzucenia oferty.

W treści załącznika nr 5 - SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - SPECYFIKACJA TECHNICZNA ZAMAWIANEGO SPRZĘTU dla części II zamówienia w pkt 1.2 „Wymagania technologiczne dla zamawianego serwera Wykonawca zobowiązany jest wpisać, zgodnie z tytułem kolumny oferowany parametr/Nazwę produktu lub „TAK/NIE” jedynie w pustych polach tabeli” oraz zawarł wymóg wypełnienia tego dokumentu.

Do wyznaczonego terminu 18 października 2017 r. oferty na część 2 zamówienia złożyli:

1. odwołujący D. S.A. z siedzibą w W., cena oferty 368 385,00 zł brutto, termin realizacji 3 tygodnie od zawarcia umowy,
2. C. S.A. z siedzibą w W., cena oferty 398 520,00 zł brutto, termin realizacji 3 tygodnie od zawarcia umowy.

Odwołujący w załączniku nr 5 podał, że oferuje zamawiającemu serwer producenta H. P. E. model (...). Dokument został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale nazwa urządzenia została podana w odwołaniu, zatem nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że odwołujący nie wypełnił ostatniej kolumny pkt 1.2 zał. nr 5 poz. 27.

Zamawiający nie zwracał się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień treści oferty.

Pismo zamawiającego o odrzuceniu oferty z dnia 26 października 2017 r. ma następującą treść. *„Centrum Nauki Kopernik jako Zamawiający, działając zgodnie z art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., 1579 t.j.) zwanej dalej „Ustawą”, uprzejmie informuje o odrzuceniu oferty nr 2 na Część II przedmiotowego zamówienia złożoną przez Wykonawcę: D. S.A., (...).*

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca w tabeli stanowiącej Specyfikację Techniczną Zamawianego Sprzętu dla Części II Zamówienia, w punkcie 1.2 Wymagania technologiczne dla zamawianego serwera, Obsługa systemów operacyjnych - w pozycji 27 (Serwer musi wspierać system operacyjny Windows Serwer 2012R2. Dostarczenie systemu operacyjnego nie jest wymagane) - nie potwierdził wymaganego warunku. Wskazana pozycja nie została wypełniona przez Wykonawcę - pomimo bezwzględnego wymogu wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ.

Brak potwierdzenia przez Wykonawcę wymaganego warunku spełnienia dla zamawianego serwera, uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację oferty, co do zgodności z SIWZ.

Przedmiotowa oferta nie podlega również wyjaśnieniom ani uzupełnieniom treścią Ustawy, iż prowadziłoby to, do istotnej zmiany treści złożonej oferty. Tym samym Zamawiający nie ma możliwości uznać oferty jako spełniającej wymagania Zamawiającego.

Reasumując, oferta Wykonawcy nie odpowiada treści Wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia zawartych w załączniku nr 5 do SIWZ (Specyfikacji Technicznej Zamawianego Sprzętu) i podlega odrzuceniu.”

Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający nie dokonał wyboru oferty na Część 2 zamówienia, co zamawiający potwierdził w trakcie rozprawy

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania, skoro dowodził, że jego oferta na Część 2 zamówienia została bezpodstawnie odrzucona mimo, że popełniona omyłka w ofercie odwołującego kwalifikuje się do poprawy w trybie art. 87 ust. 3 ustawy Pzp, naruszając tym samym interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz narażając odwołującego na poniesienie szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego, na co mogłaby w przeciwnym razie liczyć. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Postępowanie na „Zakup specjalistycznego sprzętu stanowiącego wyposażenie serwerowni oraz do wyposażenia biur - Część 2” jest prowadzone w procedurze o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, z tego tytułu odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przysługuje wyłącznie wobec enumeratywnie wymienionych w tej normie czynności, tj.:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zasadniczym zarzutem odwołania było bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, zatem odwołanie jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący w załączniku nr 5 załącznika Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacja Techniczna Zamawianego Sprzętu; Wymagania technologiczne dla zamawianego serwera podał, że oferuje zamawiającemu serwer producenta H. P. E. model (...).

Zdaniem odwołującego, serwer ten wspiera system operacyjny Windows Server 2012R2, co jest zgodne z wymaganiem dla pozycji 27 załącznika nr 5 do oferty „*Wymagania technologiczne dla zamawianego serwera, Obsługa systemów operacyjnych - w pozycji 27 (Serwer musi wspierać system operacyjny Windows Server 2012R2.)*”

Zamawiający nie zwracał się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień treści oferty w powyższym zakresie. Wobec czego odwołujący dopiero w odwołaniu mógł podnieść, że przeoczenie zaznaczenia w poz. 27 w załączniku nr 5 do SIWZ (Specyfikacji Technicznej Zamawianego Sprzętu), pkt 1.2. słowa TAK - było wynikiem omyłki, którą zamawiający był w stanie samodzielnie wyeliminować, uwzględniając, że zaoferowany zamawiającemu serwer producenta H. P. E. model (...), wspiera system operacyjny Windows Server 2012R2, jak wynika z danych specyfikacji technicznej producenta tego serwera.

Jeżeli podane przez odwołującego sposoby - faktycznie w sposób wiarygodny potwierdzają wsparcie przedmiotowego serwera dla systemu operacyjnego Windows Server 2012R2; tj.:

Sposób 1:

Wchodzimy na stronę HPE (producenta serwera) <http://www.hpe.com/us/en/home.html>

wyszukujemy Windows Server Certification i otrzymujemy link

<http://h17007.www1.hpe.com/us/en/enterprise/servers/supportmatrix/windows.aspx#>.

WfJeL7puLmE

zaznaczamy Windows Server 2012 R2 i pokazuje się tablica, w której jest m.in. (...) (oferowany model serwera)

Sposób 2

Wchodzimy na stronę HPE (producenta serwera) <http://www.hpe.com/us/en/home.html> szukamy (...) i klikamy na pierwszą wyszukaną pozycję

<https://www.hpe.com/us/en/product-catalog/servers/proliant-servers/pip.specifications.hpe-proliant-dl360-gen9-server.7252836.html>

i po prawej stronie odnajdujemy matrycę wsparcia software'owego (software support matrices)

<https://www.hpe.com/us/en/servers/server-operating-svstems.html>

w grupie Microsoft Windows Server klikamy na znajdź informację o wsparciu i certyfikacji (find support and certification information)

<http://hl7007.wwwl.hpe.eom/us/en/enterprise/servers/supportmatrix/windows.aspx#>.

WfJcuhpuLmE

zaznaczamy Windows Server 2012 R2 i pokazuje się tablica, w której jest m.in. (...)

- zachodziłyby podstawy do poprawy oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą ma za zadanie weryfikowanie prawidłowości stosowanej przez zamawiającego procedury udzielenia zamówienia publicznego w odniesieniu zwłaszcza do wzorców wyznaczonych w ustawie Pzp. Izba nie może zastępować zamawiającego w zaniechanych czynnościach i decydować za zamawiającego, czy faktycznie istnieją podstawy do konwalidacji oferty odwołującego w sposób wskazywany przez wykonawcę.

W aktualnym stanie postępowania przetargowego nie jest możliwe kategoryczne stwierdzenie, że oferta odwołującego jest w sposób jednoznaczny i nieusuwalny niezgodna z treścią SIWZ oraz, że nie zachodzą żadne możliwości jej poprawy w sposób dopuszczony ustawą Pzp. Z tych względów w ocenie Izby, zachodzą podstawy do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty, bez względu na to, że odwołujący nie zarzucał zamawiającemu naruszenia tej normy. W zaistniałej sytuacji, skorzystanie z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, immanentnie wiąże się bowiem z koniecznością wyjaśnień treści oferty odwołującego, w oparciu o art. 87 ust 1 Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący będzie mógł składać wyjaśnienia i ewentualne dowody, że z uwagi na podanie w ofercie konkretnego modelu serwera producenta H. P. E. model (...), możliwe jest jednoznaczne ustalenie, że wspiera on system operacyjny Windows Server 2012R2, zatem w wyniku takich wyjaśnień - nie doszłoby do złożenia odmiennego oświadczenia woli od pominiętego słowa

TAK w poz. 27 załącznika nr 5 pkt 1.2. do oferty odwołującego, a ponadto zamawiający dysponowałby wiedzą na podstawie innych danych z tej oferty - umożliwiających samodzielne dokonanie poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przy czym w ocenie Izby, popełnienie omyłki przez przeoczenie wypełnienia danej pozycji, zostało przez odwołującego dostatecznie uprawdopodobnione. Edytowalny formularz załącznika nr 5 obejmował znaczną liczbę pozycji, a jego wypełnienie sprowadzało się do wklejania słowa TAK w odpowiednich polach, zatem mogło dojść do przypadkowego przeoczenia wypełnienia danej pozycji. Zamierzone działanie wykonawcy w tym zakresie byłoby niecelowe skoro zaoferowany model serwera, jak utrzymuje odwołujący, fabrycznie wyposażony jest w funkcjonalność, że wspiera on system operacyjny Windows Server 2012R2.

W przypadku, gdyby postępowanie wyjaśniające potwierdziło, że model serwera producenta H. P. E. model (...), faktycznie wspiera system operacyjny Windows Server 2012R2, zamawiający miałby podstawy do wstawienia w poz. 27 zał. 5 oferty odwołującego pominiętego słowa „TAK”, a więc poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w sposób niepowodujący przy tym istotnych zmian w treści oferty, a więc zgodny z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nieskorzystania przez zamawiającego z procedury opisanej w artykule 26 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiącym, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania - Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że tryb ten nie miałby w ogóle zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym - ponieważ zamawiający nie wymagał ani w SIWZ, ani w ogłoszeniu o zamówieniu oświadczeń lub dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, jak również załącznik nr 5 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Specyfikacja Techniczna Zamawianego Sprzętu - nie posiadał tego charakteru - stanowiąc samą treść oferty.

Postępowanie dowodowe potwierdziło zasadność stawianych zamawiającemu zarzutów:

Zarzut I - naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z przedmiotowego postępowania, pomimo, że oferta po ewentualnym zastosowaniu procedury poprawienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - może być zgodna z wymaganiami SIWZ,

Zarzut II naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie złożonej przez odwołującego omyłki polegającej na nie wypełnieniu kolumny zatytułowanej „TAK/NIE” w punkcie 1.2 Wymagania technologiczne dla zamawianego serwera - obsługa systemów operacyjnych - w pozycji 27 (Serwer musi wspierać system operacyjny Windows Server 2012R2. Dostarczenie systemu operacyjnego nie jest wymagane.) - Specyfikacji Technicznej Zamawianych Urządzeń str. 14 i 31 oferty, gdyż zamawiający powinien dążyć do wyczerpania procedur naprawczych, w tym określonej w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, i uprzednio ustalić podstawy do ich zastosowania z wykorzystaniem instytucji wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W następstwie uwzględnienia zarzutów poprzedzających, potwierdził się również zarzut złamania podstawowych zasad rządzących postępowaniem, tj. nakazu przeprowadzenie postępowania z respektowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przewidzianych w art. 7 ust. 1 Pzp. Przeprowadzenie czynności w postępowaniu niezgodnie z odnośnymi przepisami ustawy Pzp zawsze wiąże się z naruszeniem zasad tego postępowania wyrażonych w art. 7 ust 1 ustawy Pzp, które mają gwarantować przestrzeganie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, i orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

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 i § 5 ust. 2 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, z 2017 poz. 47)

Przewodniczący: