

**WYROK**  
z dnia 20 lipca 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21.05.2021 r. przez wykonawcę **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Decsoft S.A., Aleje Jerozolimskie 179/poziom +2, 02-222 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Computex Sp. z o.o. Sp. k., NeckerIT Sp. z o.o., ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów 2 i 3 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie poprawy omyłki w ofercie odwołującego **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** w zakresie ilości oferowanych szaf Rack z 2 szt. na 1 szt. w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
3. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
4. zasądza od zamawiającego Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom na rzecz odwołującego **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice**, kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych tytułem zwrotu 2/3 kwoty uiszczonego wpisu od odwołania oraz 2 400,00 (dwa tysiące czterysta) złotych tytułem zwrotu 2/3 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129.) na niniejsze orzeczenie- w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

**UZASADNIENIE**

Centrum Informatyki Resortu Finansów ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom, zwane dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa obiektowego systemu składowania danych o efektywnej dostępności dla danych i metadanych pojemności użytecznej nie mniejszej niż 450 TB wraz z wdrożeniem oraz udzieleniem gwarancji na okres 59 miesięcy” , znak sprawy PN/68/20/GDYP.

Zamawiający ostatniego wyboru najkorzystniejszej oferty dokonał w dniu 11.05.2021r. W informacji o wyborze oferty zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez Decsoft S.A. Bud. Blue Office I, Al. Jerozolimskie 179 p. +2, 02-222 Warszawa, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Nadto poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy WASKO S.A. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, zwanego dalej „odwołującym”, który to wykonawca od czynności odrzucenia jego oferty wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wniesionym odwołaniu odwołujący zakwestionował następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

1. Czynność odrzucenia oferty odwołującego z postępowania na podstawie rzekomej niezgodności treści oferty odwołującego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), co stanowi naruszenie przepisów art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 2004;
2. Zaniechanie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie powodów wpisania cyfry „2” przy ilości szaf Rack 19” oraz w zakresie możliwości instalacji całego rozwiązania w jednej szafie Rack 19”, co stanowi naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp 2004;
3. Z ostrożności (tj. na wypadek uznania przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, że oferta odwołującego wymaga poprawy) odwołujący podnosi zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp 2004, co stanowi naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stawiając powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania;
2. Wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie powodów wpisania cyfry „2” przy ilości szaf Rack 19” oraz w zakresie możliwości instalacji całego rozwiązania w jednej szafie Rack 19”;

3. Jako żądanie ewentualne (związane z zarzutem nr 3) - poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, tj. zmianę ilości szaf Rack 19" z ilości „2" na ilość „1".

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, iż w dniu 11.05.2021r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp 2004r podając jako uzasadnienie faktyczne niespełnienie wymogu z postanowienia SIWZ TOM III OPZ ust. II pkt 1 ppkt 1.5.

Odwołujący nie zgodził się z takim stanowiskiem i wskazał, że treść oferty odwołującego, wbrew uzasadnieniu faktycznemu odrzucenia oferty podanemu przez zamawiającego, nie jest niezgodna z treścią wymagania z SIWZ TOM III OPZ ust. II pkt 1 ppkt 1.5.

Zgodnie z przedmiotowym wymaganiem: *1.5. Całe rozwiązanie powinno być dostarczone i zainstalowane maksymalnie w jednej szafie Rack 19". Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia szafy Rack 19".* Powyżej zacytowane wymaganie jest zatem dwuczłonowe:

- Całe rozwiązanie powinno być dostarczone i zainstalowane maksymalnie w jednej szafie Rack 19";

- Wykonawca zobowiązany do dostarczenia szafy Rack 19".

Z treści oferty odwołującego ani nie wynika, że rozwiązanie nie będzie dostarczone i zainstalowane w jednej szafie, ani nie wynika z niej również, że odwołujący nie oferuje dostarczenia wymaganej przez zamawiającego szafy Rack 19". Nie zachodzi sytuacja sprzeczności treści oferty odwołującego z wymaganiem cytowanego powyżej wymagania z pkt 1.5. Podniósł, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą koncepcji, czy też opisu oferowanego rozwiązania / sposobu wykonania zamówienia. Wymagane było złożenie formularza 2.2. „Specyfikacja techniczna sprzętu" (dalej jako „Formularz 2.2" lub „Specyfikacja techniczna sprzętu"), który jest zestawieniem ilościowym oferowanych komponentów. Ze złożonej przez odwołującego Specyfikacji technicznej sprzętu nie wynika sposób realizacji zamówienia, w szczególności nie wynika z niej sposób instalacji poszczególnych elementów w szafie Rack. Zamawiający nie miał zatem podstaw, aby w oparciu o informacje zawarte w ofercie odwołującego stwierdzić, że oferta odwołującego jest niezgodna z pkt 1.5. (cytowanym powyżej). Wymaganie to ma charakter stricte realizacyjny - mowa w nim o dostarczeniu i zainstalowaniu w jednej szafie.

Bezspornym jest, że odwołujący w Formularzu 2.2 w wierszu określającym ilość szaf Rack wpisał cyfrę „2". Zamawiający na tej podstawie (zapewne pod wpływem wcześniejszego odwołania konkurencyjnego Wykonawcy Decsoft S.A.) zdecydował o odrzuceniu oferty odwołującego, wskazując, że w tym właśnie zakresie (podanie ilości szaf jako „2") oferta odwołującego jest niezgodna z wymaganiem z SIWZ TOM III OPZ ust. 11 pkt

1 ppkt 1.5. Odwołujący jednak tej niezgodności nie dostrzega, ponieważ (jak już zostało powyżej wskazane) w przedmiotowym postępowaniu nie było obowiązku opisywania w jaki sposób oferowane komponenty będą instalowane. Odrzucenie oferty odwołującego oparte musi być więc w tym przypadku o nadinterpretację treści oferty odwołującego i przyjęcie, że wpisanie przez odwołującego w Formularzu 2.2 przy szafie Rack ilości „2” oznacza, że rozwiązanie odwołującego będzie na etapie realizacji zamówienia dostarczone i zainstalowane w dwóch szafach. Odwołujący podkreślił jednak, że jest to nadinterpretacja, ponieważ informacja taka nie wynika ze złożonej przez odwołującego oferty. Sposób instalacji sprzętu w szafie nie wynika z treści oferty złożonej przez odwołującego (nie było wymogu, aby opisywać ten sposób w ofercie). Jeżeli natomiast chodzi o drugi człon wymagania z pkt 1.5, czyli wymóg dostarczenia zamawiającemu szafy Rack 19”, to w przypadku oferty odwołującego nie występuje sytuacja braku szafy, ale występuje w tym zakresie nadmiarowość. Nie jest to jednak niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł również zarzut nierównego traktowania wykonawców przez zamawiającego. W stanie faktycznym sprawy zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z uwagi na zaoferowanie dwóch szaf Rack. Odwołujący wskazał, że ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert złożył Decsoft S.A. Z oferty tego wykonawcy wynika, że oferuje on także dwie szafy do realizacji zamówienia. W Formularzu 2.2 Decsoft S.A. wpisał, że dla zamówienia podstawowego przewidziano jedną szafę Rack i dla zamówienia opcjonalnego drugą szafę Rack. Łącznie daje to dwie szafy Rack dla całego rozwiązania, co pozostaje (według uzasadnienia faktycznego sporządzonego dla odrzucenia oferty odwołującego) w sprzeczności z wymaganiem SIWZ TOM III OPZ ust. II pkt 1 ppkt 1.5.

W zakresie zarzutu drugiego z odwołania wobec wpisania przez odwołującego w Formularzu 2.2. jako określenie dla ilości szaf Rack cyfry „2”, w ocenie odwołującego, zamawiający miał wszelkie podstawy do tego, aby wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w celu ustalenia jaki jest powód podania ilości „2” w odniesieniu do szaf Rack. Drugą kwestią, która przy podaniu ilości szaf „2” powinna wywołać u zamawiającego wątpliwość to kwestia, czy całość oferowanego przez odwołującego rozwiązania zmieści się w jednej szafie Rack, czy też potrzebne są dwie szafy. Te właśnie kwestie powinny zostać wyjaśnione. Istotna jest zwłaszcza kwestia druga, tj. czy całość rozwiązania zmieści się w jednej szafie (tj. czy może być w jednej szafie poprawnie zainstalowana), ponieważ jest to kwestia bezpośrednio związana z wymaganiem z pkt 1.5, zgodnie z którym całość rozwiązania musi zostać dostarczona i zainstalowana w jednej szafie Rack 19”. Gdyby nie było możliwe zmieszczenie/zainstalowanie całego zaoferowanego rozwiązania w jednej szafie Rack to właśnie to byłaby podstawa do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z SIWZ TOM III OPZ ust. II pkt 1 ppkt 1.5.

Zamawiający nie zdecydował się jednak na wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień, tylko podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty. Odwołujący wyjaśniał, że wpisanie ilości „2” w formularzu 2.2. w wierszu dotyczącym szaf Rack jest wynikiem powielenia przez odwołującego błędu, który znalazł się wcześniej w ofercie otrzymanej od producenta i dostawcy rozwiązania (tj. autoryzowanego dystrybutora producenta Hitachi Vantara). Zamawiający zna tą ofertę dostawcy, ponieważ była ona złożona zamawiającemu jako dowód w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zgodnie z informacjami otrzymanymi przez odwołującego od dostawcy, błąd w ofercie dostawcy wynika z kolei z powielenia błędu popełnionego przez automatyczny konfigurator udostępniany przez producenta Hitachi Vantara.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego podnoszonego jako zarzut ewentualny wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że wpisanie w Formularzu 2.2 dla szafy Rack ilości „2” (czyli zaoferowanie zamawiającemu nadmiarowej szafy) stanowi w tym zakresie niezgodność z pkt 1.5, to stanowi to taką niezgodność, która powinna zostać poprawiona przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp 2004. W tym przypadku zmiana ilości z „2” na „1” nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty odwołującego. Podkreślił, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z szafą nadmiarową a nie szafą brakującą. Odwołujący zmianę uważa za nieistotną, ponieważ:

1. Dostawa szaf Rack nie jest kluczowa w przypadku tego postępowania, tj. postępowanie nie jest postępowaniem stricte na dostawę szaf Rack. Dostarczenie szaf Rack nie jest istotą tego zamówienia;

2. Wartość jednej szafy to wartość 4 230 zł netto co przy ofercie odwołującego lub wartości szacunkowej zamówienia stanowi wartość znikomą.

**Zamawiający** w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie całości zarzutów odwołania, jako niezasadnych.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego z odwołania podał, że zgodnie z Rozdziałem II. 1/1.5 OPZ, całe rozwiązanie, powinno być dostarczone i zainstalowane maksymalnie w jednej szafie Rack 19. Cyt. „1.5. *Całe rozwiązanie powinno być dostarczone i zainstalowane maksymalnie w jednej szafie Rack 19*”. *Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia szafy Rack 19*”. Ponadto, w treści Formularz 2.2 - Specyfikacja techniczna sprzętu, wykonawcy powinni wskazać (z podziałem na zamówienie podstawowe oraz zamówienie w ramach prawa opcji i poszczególne zadania) jaki sprzęt dostarczą w celu wykonania przedmiotu zamówienia. W ofercie odwołującego, wyraźnie wskazano, że odwołujący oferuje dostawę 2 szaf Rack: Minkels Uniwersał (includes doors and sides) 42U w ilości 2 szt.

Taka treść oferty pozostaje w jednoznacznej sprzeczności z zacytowanym wyżej wymogiem. Wobec powyższego, na zamawiającym spoczywał obowiązek odrzucenia oferty

odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, jako niezgodnej w sposób oczywisty z postanowieniami SIWZ wyrażonymi w rozdziale II.1/1.5 OPZ.

Podniósł, że zamawiający na gruncie postępowania, prawidłowo ustalił niezgodność złożonej przez odwołującego oferty z SIWZ, która to niezgodność przejawiała się w nieprawidłowej ilości zaoferowanych urządzeń - szaf Rack, wobec tego zamawiający obowiązany był do odrzucenia oferty odwołującego. Twierdzenia odwołującego, wskazujące na formalny charakter niezgodności jego oferty z SIWZ, są zdaniem zamawiającego bez znaczenia dla sprawy, bowiem jak wskazuje ugruntowane orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 24 marca 2021 r. sygn. akt: KIO 475/21) sporządzenie i przedstawienie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (atak, przy uwzględnieniu argumentacji odwołującego należałoby interpretować podanie nieprawidłowej liczby oferowanych szaf) również prowadzi do odrzucenia oferty.

Odnosząc się do zarzutu nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, podkreślił, że także zarzut ten jest bezzasadny. Zarzut opiera się na twierdzeniu, że wykonawca Decsoft S.A., również zaoferował 2 szafy Rack 19". Tym niemniej jak słusznie zauważył odwołujący, wykonawca Decsoft S.A. zaoferował szafy: jedną szafę w ramach zamówienia podstawowego oraz jedną szafę w ramach części zamówienia objętej prawem opcji, co jest w pełni zgodne z treścią wymogów SIWZ oraz znajduje odzwierciedlenie w sposobie sformułowania składanego wraz z ofertą Formularza 2.2 - Specyfikacji technicznej sprzętu w którego treści wyodrębniono sprzęt oferowany w ramach zamówienia podstawowego od sprzętu oferowanego w ramach prawa opcji. Podał, że zamawiający podkreśla, że w ramach postanowienia, iż cały sprzęt należy umieścić w jednej szafie RACK nie posłużył się pojęciem: „rozwiązania”, zdefiniowanym w jakiś szczególny sposób, w szczególności wyrażenie: „rozwiązanie” nie oznacza rozwiązania zarówno w zakresie zamówienia podstawowego jak i w zakresie prawa opcji. W ocenie zamawiającego wyrażenie całe rozwiązanie należy odnosić do całego rozwiązania w zakresie zamówienia podstawowego lub całego rozwiązania w zakresie prawa opcji.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, zamawiający wskazał, że wobec faktu, iż oferta odwołującego jest oczywiście niezgodna z SIWZ, bowiem nie da się logicznie wyjaśnić, że tak sformułowana oferta jest zgodna z SIWZ. Podkreślił, że zamawiający stoi na stanowisku, że są bez znaczenia dla decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego rozważania, czy oferta została złożona w takiej formie intencjonalnie, czy jest to błąd, który prowadzi do niezgodności SIWZ. Skutki w obu przypadkach są tożsame i polegają na odrzuceniu oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jakiegokolwiek wyjaśnienia nie mogą prowadzić bowiem do zmiany oferty, po terminie składania ofert i nadania jej brzmienia zgodnego z SIWZ. Stwierdził, że zamawiający nie był uprawniony do prowadzenia z wykonawcą negocjacji w zakresie

wskazanej ilości komponentów - szaf Rack, w szczególności zamawiający nie mógłby dokonać zmiany złożonego przez odwołującego Formularza 2.2. Specyfikacji technicznej sprzętu bowiem byłaby to niedozwolona zmiana oferty, wobec czego zamawiający nie był również obowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnieniu podlega jedynie treść wyrażona w ofercie, która w ofercie odwołującego, w zakresie ilości szaf Rack, jest jednoznaczna - zaoferowano 2 szafy Rack. Podał, że zamawiający stoi na stanowisku, że zaoferowanie przez odwołującego w ramach Formularza 2.2 - Specyfikacji technicznej sprzętu, 2 sztuk szaf Rack w miejsce jednej, nie może być rozumiane jako omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, tj. inna omyłka polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zmiana oferty w tym zakresie jest zmianą istotną, bowiem dotyczy przedmiotu zamówienia i treści oferty, która kształtuje zobowiązanie wykonawcy. Ponadto dokonanie wskazanej przez wykonawcę zmiany na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w sposób oczekiwany przez wykonawcę, prowadziłyby do zmiany oferty, która skutkowałaby jej sanowaniem i zgodnością z SIWZ, co byłoby wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców. Zamawiający wskazał także, iż nie mógłby dokonać poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp również z tego powodu, że nie jest w stanie stwierdzić, czy w treści oferty odwołującego, w zakresie ilości zaoferowanych szaf Rack, doszło do omyłki czy oświadczenie woli odwołującego została wyrażone prawidłowo.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Descoft S.A, dalej zwany „przystępującym” poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. W złożonym piśmie procesowym podniósł, że stanowisko odwołującego co do rzekomego opisanie w pkt 1.5 OPZ wymagania dotyczy sfery wykonania zamówienia jest niezasadne, gdyż wskazane wymaganie, wbrew twierdzeniom odwołującego zawarte w odwołaniu, nie odnosi się do sposobu wykonania zamówienia, a elementów składowych oferowanego rozwiązania - rozwiązanie powinno być przede wszystkim dostarczone maksymalnie w jednej szafie, a tym samym w niej zainstalowane. Ppkt ten w żaden sposób nie opisuje sposobu wykonania, tj. sposobu instalacji - w jaki sposób wykonawcy mają zainstalować rozwiązanie w szafie czy też tym bardziej nie odnosi się do potencjalnej możliwości zmieszczenia rozwiązania w jednej szafie - co podnosi w swojej argumentacji odwołujący. Ponadto zauważyć należy, że wymaganie, jako całość zawarte w jednym punkcie, cały czas mówi o jednej i tej samej szafie, w liczbie pojedynczej. Zamawiający zdaniem drugim jedynie potwierdził, że wymaga dostarczenia szafy, o której mówił w zdaniu poprzedzającym. Nie ma możliwości innej interpretacji tego wymagania, gdyż takie jest jego literalne brzmienie. Ze złożonego przez odwołującego Formularza 2.2 wynika jasno, że oferowane przez niego rozwiązanie, już w samym zamówieniu podstawowym, składa się z dwóch szaf rack, które zostaną zamawiającemu dostarczone-



zgodnie z formularzem 2.2-, i które tym samym zostały skalkulowane w ofercie. Sam odwołujący w treści odwołania przyznaje, że formularz 2.2 „jest zestawieniem ilościowym oferowanych komponentów”, co de facto kłóci się z resztą jego argumentacji. Treść odwołania potwierdza również, że zaoferowana przez odwołującego ilość szaf jest nadmiarowa w stosunku do oczekiwań zamawiającego, co oznacza, że odwołujący oferuje zamawiającemu tych szaf więcej niż jedną, już w samym zamówieniu podstawowym. Zauważył, że nie sposób przyznać też racji odwołującemu, jakoby zaoferowana nadmiarowość w zakresie szaf nie stanowiła niezgodności z SIWZ i wymaganiami zamawiającego. Gdyby wymagania opisane w dwóch zdaniach w Tom III OPZ ust. II pkt. 1 ppkt 1.5 odczytywać oddzielnie, zaoferowanie większej ilości szaf zamawiającemu mogłoby być odczytywane jako pewnego rodzaju korzyść dla zamawiającego, jednak nadal stanowi o dostawie zamawiającemu elementu, którego nie zamawiał, a na który musi wydatkować środki publiczne. Przystępujący kwestionuje twierdzenie odwołującego, że nie można uznać w takim przypadku sprzeczności oferty z wymaganiem SIWZ. Zaoferowanie rozwiązania w dwóch szafach, a nie wymaganej jednej jest oczywistą niezgodnością z wymaganiem SIWZ.

W zakresie zarzutu braku poprawy omyłki w zakresie ilości szaf podał, że w pierwszej kolejności podkreślić należy, że to odwołujący sam w odwołaniu zakwalifikował zaistniałą sytuację jako błąd. Następnie jednak zarzuca zamawiającemu zaniechanie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który odnosi się do możliwości usunięcia przez zamawiającego innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Samo to budzi zdumienie przystępującego. Nawet gdyby jednak z jakichś powodów, wskazany błąd uznać za inną omyłkę w rozumieniu Pzp, to niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. W tym wypadku do takiego naruszenia dojdzie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił także wykonawca - konsorcjum Computex Sp. z o.o. Sp. k., NeckerIT Sp. z o.o., ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa, jednakże wykonawca ten nie stawił się na posiedzenie/rozprawę w KIO.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz przystępującego na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych na piśmie i w czasie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje – odwołanie jest zasadne.**

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Z uwagi na fakt, że odwołane zostało wniesione 21 maja 2021 r., do postępowania odwoławczego znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został przyjęty stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej w wersji elektronicznej przez zamawiającego, treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie, pism i dowodów przedłożonych przez strony i przystępującego oraz ich stanowiska zaprezentowanego do protokołu rozprawy.

Osią sporu pomiędzy stronami była kwestia oceny, czy w wyniku złożenia przez odwołującego oferty z zaoferowaniem 2 sztuk szaf Rack w miejsce wymaganej jednej, oferta jest niezgodna z SIWZ oraz, czy jest możliwe w tym przypadku dokonanie poprawy treści oferty w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący w zarzucie podstawowym wywodził, iż zaoferowanie dwóch szaf Rack nie jest niezgodne z SIWZ, gdyż z samego zaoferowania dwóch szaf nie można wywodzić twierdzenia że odwołujący zamierzał oferowany sprzęt umieścić w dwóch szafach rack. Takie stanowisko według Izby jest zupełnie niezasadne i nielogiczne. Wykonawca nabywając sprzęt dla wykonania zamówienia oferuje go zamawiającemu po to, aby zamówienie wykonać w sposób jaki oczekuje tego zamawiający. Natomiast z twierdzenia odwołującego miałyby wynikać, że przy okazji zakupu sprzętu do wykonania tego zamówienia, odwołujący nabył „przy okazji” dla siebie, jedną szafę Rack.

Kolejnym błędnym stanowiskiem odwołującego jest kwestia, iż przy zaoferowania dwóch szaf Rack w miejsce jednej, upieranie się, że ten fakt, z jednej strony, nie powoduje niezgodności oferty z SIWZ, a z drugiej strony odwołujący podnosi zarzut i żądanie dokonania poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp tym zakresie polegającej na wpisanie w miejsce 2 sztuk szaf- jednej. Zaoferowanie dwóch szaf było według odwołującego wynikiem omyłki konfiguratora sprzętu u jego producenta i w następstwie powielenia tego błędu przez dostawcę i wykonawcę składającego ofertę. Odnosząc się do stanowiska odwołującego zdaniem Izby uszło uwadze odwołującego, że aby dokonać zastosowania poprawy omyłki wg. trybu z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp konieczne jest ustalenie w pierwszej kolejności, czy zaistniała omyłka w ofercie, spowodowała jej niezgodność z SIWZ. Gdyby takiej niezgodności nie było, to zastosowanie poprawy treści oferty w oparciu o tę podstawę jest wykluczone. Tak więc stanowisko odwołującego pozostaje w sprzeczności z treścią zarzutu i żądania odwołania w tym zakresie. Zarzut ten jako oczywiście niezasadny został przez Izbę oddalony. Podkreślić należy, że przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp stanowi wyjątek od zasady, że treść oferty po jej otwarciu nie może ulec zmianie.

Odnosząc się do zarzutu braku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty zdaniem Izby w przedmiotowej sytuacji takie wezwanie było ze wszech miar zasadne. Nie można zgodzić się z treścią stanowiska zamawiającego, który stwierdzał, że pytanie zamawiającego musiałyby sprowadzać się do treści, czy prawidłowym było zaoferowanie 2 czy też jednej szafy odpowiedź byłaby oczywista, iż należało zaoferować jedną szafę Rack. Tym samym byłoby to negocjowanie zamawiającego z wykonawcą co do treści oferty. Izba zauważyła, że problemem do wyjaśnienia nie była ilość oferowanych szaf, ale przyczyn z których taka ilość została w formularzu ofertowym podana. Niewątpliwym jest, że treść pytania determinuje treść odpowiedzi i to zamawiający winien go tak sformułować, aby nie wynikało z niego negocjowanie treści oferty. Nie zawsze złożenie przez wykonawcę wyjaśnień uznaje się za prowadzenie negocjacji, ale to, zamawiający ocenia dopiero po otrzymaniu wyjaśnień, a nie przed wezwaniem wykonawcy do ich złożenia. Zastosowanie procedury wyjaśnień według przepisu art. 87 ust.1 Pzp często prowadzi to do ustalenia, czy zauważona omyłka, była omyłką niezawinioną przez wykonawcę.

Izba stoi na stanowisku, że zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2. ustawy Pzp należy bowiem interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne. Natomiast podkreślić należy – jak już wyżej wskazano, że przepis art. 87 ust 2 pkt 3 poprzez jego zastosowanie prowadzi do zmiany treści oferty, a więc ustawodawca w tym szczególnym przypadku możliwość takiej zmiany dopuścił. Nadto ustawodawca warunkuje możliwość odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ,

koniecznością wyczerpaniem procedury możliwości poprawy niezgodności treści oferty z SIWZ.

Zgodnie z orzecznictwem KIO (por. wyrok z 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1716/11, opubl. LEX), art. 87 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas, gdy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czyli wówczas, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Przepis art. 87 ust. 1 Pzp nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty, to jednak taka potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. Zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności w wyniku których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z SIWZ. Dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W tym celu zamawiający winien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z treścią siwz wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy a następnie gdyby było to potrzebne podjąć próbę jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba podkreśla, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę zamawiającemu stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Za wyrokiem KIO sygn. KIO 1908/11 stwierdzić należy, że treść art. 87 ust. 1 Pzp przewiduje kompetencję dla zamawiającego, która przeradza się w obowiązek, jeżeli w toku badania oferty zostanie ustalone, że oferta zawiera postanowienia niejasne lub budzące wątpliwości. W takiej sytuacji, gdy oferta miałaby zostać odrzucona jako niezgodna z siwz, wezwanie jest szczególnie istotne. Taka sytuacja miała niewątpliwie miejsce w tym postępowaniu.

Przechodząc do oceny zarzutu najistotniejszego w sprawie, tj. dokonania oceny, czy w przedmiotowym stanie faktycznym, oraz w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy możliwe jest uznanie, że w sprawie zaistniały powody uzasadniające zastosowanie przez zamawiającego trybu poprawy omyłek przewidzianej w art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Na tak postawione pytanie, stanowisko Izby jest jednoznaczne – stwierdzona omyłka spełnia wymagania, aby dokonać jej poprawy i doprowadzenia treści oferty do zgodności z SIWZ.

Na wstępie wskazać należy, iż poprawienie tych omyłek następuje poprzez ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest złożona przez niego oferta. Mogą one dotyczyć każdego merytorycznego elementu oferty, np. zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji itp., a nie tylko ceny, chociaż bezpośrednią przyczyną wprowadzenia tego przepisu było umożliwienie poprawiania błędów, które mogą się pojawić

w trakcie sporządzania kosztorysów ofertowych. Celem wprowadzenia przez ustawodawcę tej regulacji było zapobieganie odrzuceniu ofert z powodu błahych pomyłek. W uzasadnieniu do Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie treści art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp podano, że *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych [art. 87 ust. 2]. Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań.*

Jak podkreśla się w literaturze tematu dla zastosowania trybu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, konieczne jest wystąpienie trzech przesłanek wymienionych w treści przepisu: 1) w ofercie musi wystąpić niezgodność z SIWZ, 2) która powinna mieć charakter omyłki i 3) której poprawienie nie doprowadzi do istotnych zmian w ofercie. Podkreślić należy, iż charakter takiej omyłki niezależnie od jej skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie będących oczywistymi omyłkami pisarskimi lub oczywistymi omyłkami rachunkowymi, jeśli poprawa nie spowoduje istotnych zmian treści oferty. Przepis, ten pomimo nieostrości zawartych w nim przesłanek oraz ocennego charakteru, zawiera jasną dyrektywę, zakres możliwości poprawienia omyłek wykonawcy nie jest ograniczony rodzajem tych omyłek, a jedynie ich znaczeniem dla treści oferty, czyli świadczenia, do wykonania którego zobowiązuje się wykonawca składając ofertę.

Poddając analizie przedmiotową sytuację w zakresie zaoferowania dwóch szaf Rack w miejsce jednej uznać należy, że przedstawione przez odwołującego dowody wskazują jednoznacznie na popełnienie omyłki w procesie składania ofert. Niewątpliwie jest, że tak sformułowana oferta jest niezgodna z SIWZ, a dokonana poprawa praktycznie nie wprowadzi zmian w treści oferty, które mogłyby być uznane za istotne. Uzasadniając powyższe stanowisko Izba uznała, że przedstawione na rozprawie dowody w postaci oświadczenia producenta sprzętu firmy Hitachi oraz jego dostawcy do zamawiającego, firmy S4E S.A. z 28 czerwca 202 roku Hitachi Vantara jednoznacznie wskazują, że w zakresie szaf Rack mamy do czynienia z omyłką, cyt., *„elementy sprzętowe zawarte w ofercie WĄSKO S.A. będą zainstalowane fabrycznie w jednej szafie rack o wysokości 42U. Tym samym całość*

rozwiązania oferowanego przez WĄSKO S.A. (zamówienie podstawowe oraz zamówienia z prawa opcji) będzie zainstalowana w jednej szafie 42U i zajmie w niej 27U". Nadto z oświadczenia Hitachi wynika, że „Hitachi Vantara oświadcza ponadto, że udostępnia swoim partnerom konfigurator internetowy, który służy do projektowania rozwiązań opartych o produkty Hitachi Vantara. Konfigurator działa w sposób automatyczny i na podstawie zaimplementowanych algorytmów może podawać sugerowane rozwiązania sprzętowe i licencyjne. Działanie konfiguratora nie jest wolne od błędów i wyniki uzyskiwane z jego pomocą zawsze wymagają weryfikacji.”

Natomiast dostawca sprzętu firma S4E SA w swoim oświadczeniu podał, że „S4E S.A., jako Autoryzowany Dystrybutor i Partner Serwisowy Hitachi Vantara w Polsce, oświadcza, że całość sprzętu składająca się na rozwiązanie HCP zawarte w ofercie z dnia 09.02.2021r. dla WĄSKO S.A. zostanie dostarczone do Centrum Informatyki Resortu Finansów w jednej szafie rack 42U. Ilość szaf: „2” jest ilością nadmiarową, a wynika z powielenia błędu konfiguratora internetowego udostępnionego przez Hitachi Vantara.

Informujemy, że błędy konfiguratora się zdarzają, np. w zakresie ilości kabli zasilających, czy modułów PDU. W tym przypadku dobrana została nadmiarowa szafa, pomimo, że całość rozwiązania sprzętowego mieści się w jednej szafie 42U, co zostało dodatkowo zweryfikowane i potwierdzone u producenta. Producent nie był w stanie podać powodu dobrania przez konfigurator dwóch szaf zamiast jednej”.

W oparciu o powyższe zdaniem Izby istniała podstawa do uznania, że zaoferowanie dwóch szaf było wynikiem błędu konfiguratora HITACHI, który to został powielony przez dostawcę i odwołującego, a cały sprzęt zostanie zainstalowany w jednej szafie Rack o pojemności 42U i zajmie w pojemności szafy tylko wielkość odpowiadająca 27U.

Powyższemu stanowisku i złożonych przez odwołującego ww. dowodach oponował zarówno zamawiający, jak i przystępujący. Zamawiający wywodził w szczególności, iż zmiana oferty w tym zakresie byłaby istotną zmianą oferty, bowiem dotyczy przedmiotu zamówienia i treści oferty, która kształtuje zobowiązanie wykonawcy. Ponadto dokonanie wskazanej przez wykonawcę zmiany na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w sposób oczekiwany przez wykonawcę, prowadziłoby do zmiany oferty, która skutkowałaby jej sanowaniem i zgodnością z SIWZ, co byłoby wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców.

Natomiast przystępujący złożył dowód w postaci wyciągu, że strony internetowej producenta sprzętu Hitachi z którego wywodził, że odwołujący dlatego zaoferował dwie szafy Rack, gdyż oferowany sprzęt nie mieścił się w jednej szafie. Izba nie uwzględniła stanowiska przystępującego uznając po pierwsze, iż dokument pobrany ze strony internetowej jest dokumentem mało wiarygodnym, a przystępujący miał wiele czasu, aby w tym zakresie wystąpić do producenta sprzętu lub partnera handlowego ( w kraju lub za granicą) i złożyć

wiarygodny dowód w tym zakresie. Izba przyjęła za wiarygodny dowód w postaci pism producenta i dostawcy. Izba za ukształtowaną linią orzecniczą przyjęła, że informacje zamieszczone na stronach internetowych wykonawców, czy producentów nie mogą stanowić źródła odniesienia przy ocenie oferty, albowiem decydujące znaczenie mają oświadczenia wykonawców zawarte w treści oferty oraz oficjalne dokumenty wystawione przez uprawniony podmiot. Informacje zawarte w ulotkach, na stronach internetowych i innych publikacjach reklamowych nie mogą być dowodem w sprawie, gdyż nie mają mocy wiążącej (por. wyrok SO w Białymstoku 7.10.2009 roku sygn. akt II Ca 718/09). Ponadto wskazać należy w tym zakresie na wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17 w który sąd wskazał, że aby Izba lub sąd mogły oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne. Takiej pewności dowody ze stron internetowych nie dają. Izba uznając przedmiotowy zarzut za zasadny miał na względzie następujące okoliczności:

- 1- Zaoferowanie dwóch szaf Rack w miejsce wymaganej jednej, powodowało stan niezgodności treści oferty z treścią SIWZ,
- 2- Zamawiający powinien był wezwać odwołującego w trybie art. 87 ust.1 Pzp o wyjaśnienie kwestii, dlaczego w ofercie odwołującego zostały zaoferowane dwie szafy Rack, przy wymaganej ilości dla zamówienia podstawowego jednej szafy, a także czy w cenie ofertowej ujął cenę jednej czy dwóch szaf. Nadto zamawiający mógł dokonać samodzielnej poprawy ilości zaoferowanych szaf, gdyż w OPZ podał jednoznacznie, iż wymagane było zamontowanie całości sprzętu w jednej szafie i tym samym brak było możliwości poprawy oferty w inny sposób.
- 3- Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp warunkuje dokonanie poprawy innej omyłki w ofercie sytuacją, iż dokonana poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Podkreślić należy, że co do zasady każda poprawa omyłki w ofercie w tym trybie, powoduje jej zmianę. Tak więc stanowisko zamawiającego i przystępującego o niedopuszczalności poprawy z tego powodu, iż nastąpi zmiana oferty są niezasadne i nieuprawnione. Natomiast żaden z ww. uczestników nie podjął próby potwierdzenia prezentowanego stanowiska poprzez wykazanie istotności tej zmiany. Izba stoi na stanowisku, iż dokonanie poprawy formularza oferty i zastąpienie ilości 2 szt oferowanych szaf Rack na 1 szt. żadnej istotnej zmiany do oferty nie wprowadza. Wprowadzenie tej zmiany w zakresie ilości szaf nie zmienia sposobu wykonania zamówienia, jego zakresu, a nawet ceny. Zauważyć należy, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym poszczególne elementy składające się na cenę oferty mają znaczenie informacyjne. Nie ma tutaj także żadnego wpływu na ranking ofert, gdyż oferta odwołującego wynosi 698 640,00 zł i jest trzykrotnie niższa od ceny drugiej w kolejności ofert tj. przystępującego. Nie zakwestionowana przez zamawiającego i przystępującego wartość samej szafy Rack, której cena według odwołującego wynosi

4 230 zł stanowi znikomą wartość wobec cen całego zamówienia. W takiej sytuacji to zamawiający winien rozważyć w oparciu o przepisy ustawy o finansach publicznych celowość wydania kwoty prawie 1,4ml więcej z powodu omyłkowego nad wymiarowego zaoferowania jednej szafy o cenie ok 4-5 tys. złotych. Oczywiście brak jest przeszkód, aby zamawiający dokonując poprawy treści oferty w zakresie ilości szaf, także o powyższą kwotę zmniejszył cenę oferty odwołującego, chyba, że wykonawca na taką poprawę nie wyrazi zgody.

W tym zakresie pośrednio, powyższy stan faktyczny można odnieść do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w Uchwale z dnia 20 października 2011 roku (sygn. akt III CZP 52/11), w której wskazał w jaki sposób należy dokonywać oceny zgodności treści oferty w nawiązaniu do treści SIWZ w sytuacji, kiedy zamawiający w SIWZ w sposób jednoznaczny podał wielkość określonego parametru oferty. SN odnosząc się do stawki podatku VAT uznał, że jeżeli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, to w takim przypadku może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką określoną w SIWZ. Zamawiający w takiej sytuacji według SN winien zastosować tryb poprawy z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, a ofertę odrzucić jako niezgodną z SIWZ dopiero w sytuacji, kiedy wykonawca nie wyrazi zgody na zaoferowaną treść poprawy jego oferty. Powyższe stanowisko dotyczy stawki podatku VAT i ew. uznania błędu w obliczeniu ceny, ale można z niej wywieść tryb postępowania zamawiającego w takim stanie faktycznym. Podkreślić należy, że kiedy zamawiający w specyfikacji określił konkretną ilość, czy też wielkość określonych elementów przedmiotu zamówienia, to stwierdzone odstępstwo w tym zakresie obliguje zamawiającego do poprawy oferty w myśl ustalonych w SIWZ wielkości.

Nadto Izba podaje, że przedmiotowym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie uznała za niezasadne na tym etapie postępowania zobowiązanie zamawiającego do wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pod kątem możliwości poprawy omyłki w ofercie, gdyż te wyjaśnienia zostały złożone na rozprawie i w oparciu o nie możliwe jest merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy co do całości zarzutów i żądań.

Wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 89 ust.2 pkt 3 Pzp zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ tylko w sytuacji, kiedy nie jest możliwe poprawienie stwierdzonych niezgodności w oparciu o poprawę tzw. innej omyłki o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Z analizy całości stanu faktycznego sprawy Izba uznała, że zamawiający nie dokonując poprawy omyłki co do ilości oferowanych szaf Rack, naruszył ww. przepisy prawa. Tym samym Izba uwzględniając odwołanie nakazała zamawiającemu dokonanie poprawy treści omyłki poprzez zmianę oferowanej liczby szaf z 2



szt. na 1 szt. Następnie zamawiający winien poinformować odwołującego o tej zmianie, celem jej akceptacji.

Dokonując rozliczenia kosztów postępowania Izba uznała, że zamawiający uzyskał korzystne rozstrzygnięcie w zakresie zarzutu pierwszego pomimo zbieżności jego treści z zarzutem ozn. nr 3, a odwołujący w zakresie zarzutu drugiego i trzeciego. Biorąc to pod uwagę Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu 2/3 kosztu wpisu od odwołania i 2/3 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. ust. 2 pkt 1 i ust.4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), Izba dokonała rozliczenia kosztów i ich zasądzenia stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący