

WYROK

z dnia 21 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2015 r. przez wykonawcę **Henwar sp. z o.o. sp. k. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Prokuraturę Generalną w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Decsoft S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zawawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części VI zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty polegającej na zastąpieniu w wypełnionym przez odwołującego załączniku nr 5 do SIWZ słów „FC Switch B300” słowami „Switch B6505”,**
2. **w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**
3. kosztami postępowania obciąża **Prokuraturę Generalną w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Henwar sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Prokuratury Generalnej w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Henwar sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione

koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Prokuratura Generalna w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Zakup i instalacja niezbędnej infrastruktury sprzętowej i licencji oprogramowania systemowego dla budowy Zintegrowanego Systemu Informatycznego Prokuratury (Etap I)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2015 r., nr 2015/S 149-275207.

W dniu 30 września 2015 r. zamawiający, za pośrednictwem faksu, zawiadomił wykonawcę Henwar sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zakresie części 6 zamówienia a także o wyborze jako najkorzystniejszej w tej części oferty złożonej przez wykonawcę Decsoft S.A. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w części 6 zamówienia,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 6 zamówienia,

odwołujący wniósł w dniu 9 października 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego pomimo zaferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami SIWZ,
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty przystępującego choć zgodnie z kryteriami oceny ofert to oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było działaniem bezpodstawnym i nieprawidłowym.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w załączniku nr 5 - Specyfikacji technicznej dla części VI w punkcie 5 uszczegółowił minimalne wymagania techniczne, które miał spełniać zaoferowany przełącznik SAN. Od wykonawców żądano deklaracji zgodności z obligatoryjnymi wymaganiami oraz wskazania konkretnych parametrów lub konfiguracji albo potwierdzenia opisu minimalnych wymagań. Odwołujący wskazał, że oferowany przez niego model przełącznika to FC Switch B300 producenta Brocade, zadeklarował również, że oferowany model spełnia postawione wymagania przez zapis „TAK” w kolumnie trzeciej wykazu a także wyspecyfikował parametry techniczne oferowanego sprzętu zgodne z wymaganiami zamawiającego. Zaoferowano wszystkie wymagane przez zamawiającego parametry, jednakże omyłkowo wpisano numer modelu przełącznika B300 zamiast B6505. Model B300 nie jest wyposażony w redundantne zasilacze, co było wymagane przez zamawiającego. Nie sposób powyższego uznać za niezgodność z treścią SIWZ skutkującą odrzuceniem oferty. Wykonawca składając ofertę ma na celu uzyskanie zamówienia i z pewnością jego celem nie jest oferowanie sprzętu, który jest niezgodny z wymaganiami i może powodować odrzucenie oferty. Odwołujący zadeklarował spełnianie wszystkich wymagań, prawidłowo podał nazwę producenta, jednak omyłkowo wpisano nieprawidłowy model.

Model sygnowany numerem B300 nie jest wyposażony w redundantne zasilacze, więc nie mógł być celowo zaoferowany przez odwołującego. Wykonawca składając ofertę zadaje sobie wiele trudu m.in. gromadząc wymagane dokumenty, wpłacając wadium, przygotowując wymagane formularze, dobierając i wyceniając odpowiedni sprzęt. Nielogicznym byłoby oferowanie przełącznika, o którym wiadomo jest, że nie spełnia jednego z wymaganych parametrów. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach potwierdził zaoferowanie przełącznika spełniającego wymaganą funkcjonalność i wyjaśnił, że do omyłki doszło wskutek nieuwagi osoby wypełniającej formularz ofertowy, która przekleiła nazwę innego modelu do prawidłowo wypełnionego w zakresie oferowanych parametrów formularza Specyfikacji technicznej. Wszystkie kolumny w tabeli Specyfikacji technicznej zostały wypełnione prawidłowo. Odwołujący potwierdził spełnianie parametru w dwojaki sposób: wpisując słowo „TAK” i wprost podając w opisie technicznym „redundantne wentylatory i zasilacze”.

Odwołujący wywiódł także, że wskazane w Specyfikacji technicznej parametry stricte odpowiadają modelowi FC Switch B6505, który został zaoferowany przez wykonawcę. Redundantne wentylatory i zasilacze są funkcjonalnością jednoznacznie determinowaną przez model FC Switch B6505 i występują jako funkcjonalność podstawowa tego modelu,

wobec czego wpisanie do Specyfikacji modelu B300 musiało prowadzić do wniosku omyłkowego zapisu modelu przełącznika, nie zaś niespełniania wymagań SIWZ. Popelnioną omyłkę można zakwalifikować dwojako: może zostać potraktowana, jako oczywista omyłka pisarska i poprawiona zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdyż stanowi niedokładność, oczywisty błąd pisarski w postaci nieprawidłowego wskazania modelu. Możliwe jest również dokonanie poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie omyłki w żaden sposób nie wpływa na treść oświadczenia woli wykonawcy, nie powoduje też istotnej zmiany treści oferty. Wykonawca od początku oferował bowiem przełącznik Swith B6505, którego parametry samodzielnie uzupełnił w odpowiedniej kolumnie formularza, za cenę ofertową podaną w ofercie. Żadne elementy oferty nie ulegają zatem zmianie na skutek poprawienia przez zamawiającego nazwy modelu przełącznika i w konsekwencji brak jest wpływu na wynik postępowania.

Zdaniem odwołującego odrzuceniu może podlegać wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, pozostałe omyłki Zamawiający jest zobligowany poprawiać na mocy art. 87 ust. 2. Ratio legis przepisu umożliwiającego poprawianie omyłek jest wyłączenie możliwości odrzucania ofert z powodu błahych uchybień nie powodujących, że zaoferowane świadczenie jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego. W przedmiotowej sprawie zamawiający wymagał przełączników z redundantnymi wentylatorami i zasilaczami i takie właśnie zostały zaoferowane. Nie ma wątpliwości co do tego, że zakres wymagań specyfikacji pokrywa się z zakresem wymaganym w ofercie, a jedynie błędnie wskazano model przełącznika. Odwołujący wywiódł, że potwierdził, iż oferowany przez niego przełącznik spełnia wymagania zawarte w SIWZ. Złożenie oświadczenia tej treści jest logiczną konsekwencją wyboru modelu przełącznika, który posiada parametry techniczne potwierdzające wymagania zamawiającego. Błędne wpisanie modelu nie jest celowym działaniem Wykonawcy, a stanowi jedynie omyłkę, która nie ma wpływu na treść oferty, w tym na zakres oferowanego świadczenia, zważywszy, że niemożliwym jest spełnienie przez model B300 wymagań które jasno zadeklarował odwołujący.

W końcowej części uzasadnienia odwołujący stwierdził, że zamawiający bezprawnie odrzucił jego ofertę. W okolicznościach stanu faktycznego brak jest bowiem przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji doszło do naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zamawiający zmierza do udzielenia zamówienia przystępującego, którego oferta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu w świetle kryteriów oceny ofert.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie Decsoft S.A. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 16 września 2015 r. skierowane do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, wyjaśnienia odwołującego z 17 września 2015 r., pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania z 30 września 2015 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego w zakresie części VI zamówienia została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert może być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, gdyż jest ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy odrzucił tę ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zakup i instalacja niezbędnej infrastruktury sprzętowej i licencji oprogramowania systemowego dla budowy Zintegrowanego Systemu Informatycznego Prokuratury (Etap I). Przedmiot zamówienia został podzielony na 6 części. Przedmiotem zamówienia w części 6 zamówienia jest zakup infrastruktury technicznej budowy i uruchomienia ośrodka przetwarzania danych (POPD) prokuratury zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, specyfikacjach technicznych, stanowiących załącznik nr 5 do SIWZ oraz wzorzec umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (rozdział III pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”).

W rozdziale III pkt 10 SIWZ zamawiający postanowił, że *na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 Ustawy, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą wypełnionego i podpisanego przez Wykonawcę formularza specyfikacji technicznej, zgodnie z wymaganiami technicznymi zawartymi w załączniku nr 1 do Umowy, stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ - „Specyfikacja techniczna sprzętu” lub podpisanego przez Wykonawcę formularza w innej formie.*

Ustalono także, że - jak wynikało z załącznika nr 5 do SIWZ - w skład przedmiotu zamówienia w części 6 zamówienia wchodziły następujące elementy:

- 1) obudowa serwerów typu blade 1 szt.,
- 2) serwery typu blade typ 1 2 szt.,
- 3) serwery typu blade typ 2 8 szt.,
- 4) serwer rack 3 szt.,
- 5) przełącznik SAN 2 szt.,
- 6) macierz dyskowa 1 szt.,
- 7) szafa rack 2 szt.,
- 8) oprogramowanie do wirtualizacji 1 szt.

Jednym z dwudziestu minimalnych wymagań odnośnie oferowanych przełączników SAN było wymaganie, aby urządzenia te posiadały redundantne wentylatory i zasilacze.

Jak wynikało z załącznika nr 5 do SIWZ (specyfikacja techniczna) zamawiający oczekiwał od wykonawców:

- a) ujawnienia oferowanego modelu/wersji i producenta oferowanych urządzeń w nagłówku wypełnianej specyfikacji,
- b) złożenia deklaracji zgodności z obligatoryjnymi wymaganiami minimalnymi (np. TAK / NIE) w przedostatniej kolumnie specyfikacji,
- c) opisanie w ostatniej kolumnie specyfikacji parametrów technicznych oferowanego sprzętu (tj. wskazania konkretnego parametru lub konfiguracji i/albo potwierdzenia opisu minimalnych wymagań).

Do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. odwołujący z ceną ofertową 1.813.080,27 zł brutto. Oświadczył, że oferuje wykonanie zamówienia, zgodnie z opisem w SIWZ, a w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia określonym w Rozdziale III SIWZ i w załączniku nr 5 do SIWZ. Oświadczył ponadto, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosi do niej zastrzeżeń (pkt 1 i 4 formularza ofertowego, s. 2 i 3 oferty odwołującego). Odwołujący złożył wypełniony załącznik nr 5 do SIWZ. W załączniku tym, w zakresie części 6 zamówienia wskazał, że oferuje przełącznik SAN, model FC Switch B300 producenta Brocade. W kolumnie trzeciej zatytułowanej „deklaracja zgodności z obligatoryjnymi wymaganiami minimalnymi” złożył oświadczenie „TAK”. W kolumnie ostatniej zatytułowanej „Parametry techniczne oferowanego sprzętu (tj. wskazanie konkretnego parametru lub konfiguracji i/albo potwierdzenie opisu minimalnych wymagań) odwołujący oświadczył m.in. że oferuje „redundantne wentylatory i zasilacze” (s. 37 w ofercie odwołującego).

Ustalono także, że pismem z dnia 16 września 2015 r. zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty odwołującego. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy oferowany switch Brocade, model FC Switch B300 jest wyposażony w redundantne zasilacze.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył wyjaśnienia w piśmie z 17 września 2015 r. W wyjaśnieniach tych potwierdził, że oferowany switch posiada wszystkie parametry wyspecyfikowane przez wykonawcę w ofercie, w tym redundantne wentylatory i zasilacze. Informuje, że osoba wypełniająca formularz omyłkowo wpisała nazwę oferowanego modelu jako „FC Switch B300” podczas gdy prawidłowa nazwa to „Switch B6505” firmy Brocade. Omyłka wynikała z nieuwagi osoby wypełniającej formularz, która podczas pracy nad ofertą w tym oraz w innym postępowaniu, przez przeoczenie przekleiła nazwę innego modelu do prawidłowo wypełnionego w zakresie oferowanych parametrów formularza specyfikacji. Odwołujący potwierdził, że oferowany przełącznik posiada redundantne wentylatory i zasilacze. Informacja o spełnieniu tych wymagań została przez wykonawcę potwierdzona w dwojaki sposób: przez wpisanie w trzeciej kolumnie słowa „TAK” oraz w ostatniej kolumnie (gdzie wymagano podania parametrów) poprzez wyspecyfikowanie wymaganej funkcjonalności zwrotem: „redundantne wentylatory i zasilacze”.

W dniu 30 września 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, iż jego oferta w części 6 zamówienia została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu zamawiający podniósł, że poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Nie

doszło do niezamierzonego opuszczenia wymaganej w formularzu treści oferty, niewłaściwej pisowni czy też wskazania więcej niż jednego modelu danego urządzenia. Nie doszło do niewłaściwego użycia wyrazu. Z informacji o parametrach wskazanych w tabeli nie wynika w sposób oczywisty, jakie urządzenie zostało zaoferowane. Dokonanie poprawienia stanowiłoby zmianę treści oświadczenia woli, a czynność taka jest niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ponadto omyłce nie można przypisać znamion oczywistości. Zaoferowany przełącznik Brocade FC Switch B300 jest produktem znajdującym się w sprzedaży i dostępnym na rynku sprzętu IT.

Zamawiający uzasadniał także, że omyłki nie mógł poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy. W przedmiotowym przypadku było to niemożliwe. Wykonawca w przesłanej odpowiedzi wskazał konkretny model i producenta przełącznika, natomiast na rynku istnieją również inni potencjalni dostawcy tego typu urządzeń.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, jak również zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niepowodującej istotnej zmiany treści oferty. W pozostałym zakresie odwołanie okazało się niezasadne.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.* Z powyższego jednoznacznie wynika, że obowiązek odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy niemożliwym jest zastosowanie instytucji poprawy innej omyłki uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie zaś do treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie *inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.* Cytowana regulacja została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058). Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o

zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. *„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. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”*

Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

W ocenie Izby, w ustalonym w sprawie stanie faktycznym przesłanki poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zostały spełnione.

Izba stwierdziła, że niewątpliwie oferta odwołującego była wewnętrznie sprzeczna. Z jednej strony wykonawca wskazał w specyfikacji technicznej na taki model przełącznika firmy Brocade tj. FC Switch B300, który nie spełniał wymaganej przez zamawiającego cechy redundantności wentylatorów i zasilaczy. Z drugiej jednak strony w tej samej specyfikacji w odpowiedzi na wymóg podania konkretnych cech oferowanych przełączników wykonawca opisał, że oferowane przez niego urządzenia posiadają redundantne wentylatory i zasilacze.

Zdaniem Izby, na tle analizowanej SIWZ i oferty odwołującego, nie można utrzymywać - jak twierdził odwołujący w trakcie rozprawy - że treścią oferty objęty był tylko zestaw oferowanych i potwierdzonych przez wykonawcę parametrów minimalnych (wymaganych), z pominięciem nazwy oferowanego modelu. Nie można było jednak zgodzić się również ze stanowiskiem zamawiającego, że na treść oferty odwołującego składała się wyłącznie nazwa modelu oferowanego przełącznika, abstrahując od wyraźnie i wielokrotnie zadeklarowanych parametrów sprzętu, jakie wykonawca oferuje. Jak wynikało ze wzoru załącznika nr 5 do SIWZ, zamawiający oczekiwał od wykonawców zadeklarowania a także opisanie zarówno oferowanych cech technicznych przełączników, jak i podania nazwy ich modelu. Powyższe musiało prowadzić do wniosku, że obydwa elementy, to jest zestaw oferowanych cech jak i nazwa modelu składały się na treść oferty i winny być wzięte przez zamawiającego pod uwagę przy analizie jej treści. W tej sytuacji, zdaniem Izby, obowiązkiem zamawiającego było ustalenie, jaka jest de facto treść tej oferty i które z wewnętrznie sprzecznych oświadczeń są prawdziwe. Wyjaśnieniu oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest treść oferty, służy instytucja wezwania do wyjaśnień treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem zamawiający słusznie w dniu 16 września 2015 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w analizowanym zakresie i wyjaśnienia te uzyskał. Natomiast nie jest zrozumiałym dla Izby dlaczego zamawiający dokonując wykładni treści oferty odwołującego z uwzględnieniem tych wyjaśnień większe znaczenie przypisał wpisanej nazwie modelu urządzeń z pominięciem oferowanych parametrów technicznych. Nie wiadomo dlaczego uznał, że wykonawca zaoferował przełącznik Brocade FC Switch B300 w sytuacji, gdy ustaleniu takiemu stała na przeszkodzie okoliczność, że wykonawca jednoznacznie i wielokrotnie wskazywał w ofercie, że oferuje urządzenia z redundantnymi wentylatorami i zasilaczami, których przełączniki Brocade FC Switch B300 nie posiadały. Według Izby analiza treści oferty odwołującego nie mogła ograniczać się jedynie do analizy informacji z nagłówka załącznika nr 5 do SIWZ (specyfikacji technicznej), z pominięciem kolumny przedostatniej i ostatniej tego załącznika. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego, że informacje z kolumny ostatniej załącznika były de facto „oświadczeniami zamawiającego” jedynie przeklejonymi metodą „kopiuj – wklej” z opisu wymagań minimalnych. Wskazuje na to choćby analiza porównawcza treści kolumny „wymagania minimalne” i treści kolumny „opis parametrów oferowanych”. Przykładowo, w pkt 1 załącznika, w odpowiedzi na wymóg „obudowa nie mniejsza niż 1U” wykonawca deklarował oferowany parametr jako „obudowa 1U”. Z kolei w pkt 2 opisu tego przełącznika, w odpowiedzi na wymóg „minimum 24 porty fizyczne FC” odwołujący zadeklarował dostarczenie przełączników wyposażonych w „24 fizyczne porty FC”. Wykonawca wypełnił specyfikację techniczną i złożył swój podpis pod całością specyfikacji, a więc nie tylko pod jej nagłówkiem, ale i pod kolumną ostatnią. Wzięto pod uwagę, że to zamawiający przesądził w

SIWZ, że wykonawcy mają nie tylko zadeklarować nazwę przełączników, ale i oferowane cechy tych urządzeń. Nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający ograniczył się jedynie do wymogu podania samej nazwy urządzeń, ale tak jednak nie uczynił. W konsekwencji oświadczeniem woli odwołującego objęte były również informacje z kolumny ostatniej i przedostatniej specyfikacji.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że z okoliczności stanu faktycznego wynika, że ww. niezgodność była wynikiem omyłki odwołującego. Jak wynikało z treści kolumny przedostatniej i ostatniej wypełnionego załącznika nr 5 do SIWZ (specyfikacja techniczna) odwołujący zamierzał zaoferować i zaoferował przełączniki SAN, odpowiadające treści SIWZ, w tym spełniające wymóg co do redundancji wentylatorów i zasilaczy. Złożył wszak oświadczenie, że oferuje wykonanie zamówienia, zgodnie z opisem w SIWZ, a w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia określonym w Rozdziale III SIWZ i w załączniku nr 5 do SIWZ. Oświadczył ponadto, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosi do niej zastrzeżeń (pkt 1 i 4 formularza ofertowego, s. 2 i 3 oferty odwołującego). Przede wszystkim jednak, odwołujący złożył wypełniony załącznik nr 5 do SIWZ. W załączniku tym, w zakresie części 6 zamówienia potwierdził wyraźnie spełnienie wymogów minimalnych w kolumnie trzeciej zatytułowanej „deklaracja zgodności z obligatoryjnymi wymaganiami minimalnymi”. Wreszcie w kolumnie ostatniej zatytułowanej „parametry techniczne oferowanego sprzętu (tj. wskazanie konkretnego parametru lub konfiguracji i/albo potwierdzenie opisu minimalnych wymagań) oświadczył jednoznacznie, że oferuje „redundantne wentylatory i zasilacze”. Omyłka odwołującego polegała na wpisaniu jako nazwy oferowanego modelu przełącznika „FC Switch B300”, który nie posiada redundantnych wentylatorów i zasilaczy zamiast przełącznika Switch B6505.

Następnie stwierdzono, że zamawiający nie wykazał, aby poprawienie oferty miało spowodować istotną zmianę jej treści. Poprawa polegać winna na zastąpieniu jedynie nazwy oferowanego przełącznika na taką nazwę która odnosi się do przełącznika posiadającego cechy opisane przez odwołującego w ofercie. Przy ocenie istotności wzięto pod uwagę porównanie liczby błędnego asortymentu do całości asortymentu zamawianego, a także znaczenie tego asortymentu dla całości oświadczenia woli wykonawcy jakim jest złożenie oferty. Na uwagę zasługiwał fakt, że wewnętrzna sprzeczność w ofercie odwołującego dotyczyła jedynie jednego wymagania spośród ponad dwudziestu wymagań minimalnych przełączników SAN, które – w świetle uzasadnienia faktycznego – miało dyskwalifikować przełącznik Brocade FC Switch B300 (posiadanie redundantnych wentylatorów i zasilaczy). Dodatkowo przełączniki SAN stanowiły jedną z 8 pozycji asortymentowych całego przedmiotu zamówienia, który obejmował dostawę infrastruktury technicznej budowy i uruchomienia ośrodka przetwarzania danych (POPD) prokuratury (w tym obudowa serwerów typu blade, serwery typu blade serwery rack, macierze dyskowe, szafy rack i

oprogramowanie. Wreszcie zmiana taka nie spowoduje także zmiany ceny oferowanego przedmiotu zamówienia. W dalszym ciągu oferowane będą przełączniki SAN z zasilaczami i wentylatorami redundantnymi, za cenę która wszak od początku uwzględniała sprzedaż przełączników o tych cechach. Z pewnością zatem poprawienie nie będzie oznaczać zmiany oferty w sposób istotny.

Zamawiający wywodził w toku rozprawy, że przeszkody w poprawieniu omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należało upatrywać w tym, iż nie wiedziałby jak omyłkę poprawić. Argumentował, że sposób poprawy nie wynikał z oferty i musiałby w tym zakresie prowadzić negocjacje z wykonawcą. Odnosząc się do przytoczonej argumentacji Izba stwierdziła, że ustawodawca w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp nie uzależnił możliwości dokonania poprawy od wystąpienia znamienia oczywistości. Omyłka nie musi być zatem widoczna na pierwszy rzut oka, w przeciwieństwie do omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Po drugie, to czy rzeczywiście zamawiający poprawiając omyłkę musiałby dopuścić się negocjacji nie zostało wykazane. Zdaniem Izby zakaz negocjacji nie jest tożsamy z brakiem możliwości prowadzenia wyjaśnień celem ustalenia sposobu poprawy oferty. Przy poprawianiu omyłek należy przyjąć założenie jak najmniejszej ingerencji w treść oferty. Należało zatem założyć, że intencją wykonawcy było zaoferowanie przełączników z wentylatorami i zasilaczami redundantnymi i - kierując się ww. założeniem jak najmniejszej ingerencji – że są to urządzenia firmy Brocade. W konsekwencji przy poprawie należało pominąć urządzenia innych producentów. Zamawiający w toku rozprawy nie zaprzeczył stanowisku odwołującego, że w ofercie handlowej firmy Brocade występuje tylko jeden przełącznik tej klasy (przełącznik posiadający dokładnie 24 fizyczne porty FC, co zadeklarowano w pkt 2 specyfikacji), który spełnia wymóg redundancji wentylatorów i zasilaczy, a mianowicie przełącznik Switch B6505, o którym wspominał w wyjaśnieniach odwołujący. Stwierdzono zatem, że całokształt cech technicznych wskazywał właśnie na to właśnie urządzenie. Nie wykazano Izbie, aby możliwości poprawy omyłek było wiele.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie, co było konsekwencją niezastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Za niezasadny uznano zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie. Powołany przez odwołującego przepis stanowi, że *zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie*. Za omyłką pisarską uznaje się błąd pisarski lub inną podobną usterkę w tekście. Z kolei omyłka oczywista to taka, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Izba stwierdziła, że omawiana omyłka nie mogła być potraktowana jako oczywista omyłka pisarska. Nie została bowiem wypełniona przesłanka oczywistości. Omyłka

nie była bowiem widoczna od razu, czy też możliwa do dostrzeżenia na „pierwszy rzut oka”. Zatem poprawienie niezgodności z SIWZ jako oczywistej omyłki pisarskiej nie wchodziło w grę. Nie był to również błąd pisarski czyli niewłaściwego użycie wyrazu, niewłaściwa pisownia itp.

Zdaniem Izby, zamawiający nie naruszył także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Powołany przez odwołującego przepis stanowi, że *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający umowy nie zawarł, zatem nie mógł naruszyć przepisu przywoływanego przez odwołującego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie powodującej istotnej zmiany treści oferty, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Za wynik postępowania w rozumieniu ww. przepisu rozumie się wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej bądź unieważnienie postępowania. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego. Tymczasem – jak stwierdzono – oferta odwołującego, która jest ofertą korzystniejszą od oferty przystępującego, nie podlegała odrzuceniu z przyczyn przedstawionych w uzasadnieniu. Tym samym wynik postępowania może jeszcze ulec zmianie.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu dokonanie czynności poprawy omyłki w sposób określony w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do żądań, które uznano za bezzasadne, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o całości żądania uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę przegrywającą sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*.” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie: VI*.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: