

Sygn. akt: KIO 2163/19

**WYROK**  
**z dnia 6 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2019r. przez **S. C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. SCM S. C., ul. Joachima Lelewela 22/14, 38-400 Krosno** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Zakład Produkcyjno - Usługowo Handlowy Lasów Państwowych, ul. Marii Zientary Malewskiej 51/53, 10-307 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy **S. D., prowadzącej działalność gospodarczą p.n. DS Comp S. D., os. Kościuszkowskie 6/229, 31-858 Kraków** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **S. C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. SCM S.C., ul. Joachima Lelewela 22/14, 38-400 Krosno** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **S. C. prowadzącego działalność gospodarczą p.n. SCM S. C., ul. Joachima Lelewela 22/14, 38-400 Krosno** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od **S. C., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. SCM S. C., ul. Joachima Lelewela 22/14, 38-400 Krosno** na rzecz **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Zakład Produkcyjno - Usługowo Handlowy**

**Lasów Państwowych, ul. Marii Zientary Malewskiej 51/53, 10-307 Olsztyn** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie**

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Zakład Produkcyjno - Usługowo Handlowy Lasów Państwowych w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sprzęt komputerowy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5.08.2019r. pod poz. S 149- 366561-2019.

W dniu 25.10.2019r. Odwołujący – S. C., prowadzący działalność gospodarczą p.n. SCM S. C. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie części V zamówienia polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DS. Comp S. D. i wadliwym przeprowadzeniu czynności badania i oceny oferty DS. Comp, w tym w szczególności wadliwym poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w treści oferty, przeprowadzeniu negocjacji dotyczących treści oferty których skutkiem była zmiana treści oferty wezwaniu do uzupełnienia treści oferty, zaniechaniu odrzucenia oferty DS. Comp., o czym Odwołujący dowiedział się w dniu 15.10.2019r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 względnie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty DS. Comp mimo wewnętrznej sprzeczności treści oferty w zakresie parametru punktowanego w ramach kryterium oceny ofert, które uniemożliwiła bez zmiany treści oferty punktację w kryterium, które zdecydowało o wyniku postępowania.
- art. 87 ust. 1 Pzp przez prowadzenie z DS. Comp niedozwolonych wyjaśnień treści oferty w zakresie kryterium oceny ofert mimo, że niezgodność nie miała charakteru omyłki oczywistej pisarskiej,
- art. 26 ust.3 Pzp przez niedozwolone wezwanie do uzupełnienia treści oferty DS. Comp i to w sposób modyfikujący treść oferty w zakresie zastosowanego w celu wyboru oferty najkorzystniejszej kryterium oceny i uznanie ze skuteczne uzupełnienia treści oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu w sposób zgodny z żądaniami Odwołującego i w wyniku tych czynności odrzucenie oferty DS. Comp, co spowoduje udzielenie zamówienia Odwołującemu ewentualnie powtórzenie czynności badania i oceny oferty i w ich wyniku unieważnienie czynności uzupełnienia treści oferty, poprawienia omyłki w sposób dokonany przez Zamawiającego pierwotnie (tj. uznając, że oferowany okres gwarancji wynosi 36 miesięcy

a nie 60), co skutkować będzie obniżeniem punktacji ofercie DS. Comp i w konsekwencji spowoduje, że zamówienie zostanie udzielone Odwołującemu.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów, Odwołujący podniósł, że Załącznik nr 1a Formularz asortymentowo – cenowy identyfikował przedmiot oferty co do tożsamości (w zakresie marki, modelu oferowanego sprzętu jak i jego komponentów i był to jedyny dokument, w którym następowała identyfikacja treści oferty wykonawcy. Oznacza to, że dokument zawierał treść oferty *sensu stricte*, a w konsekwencji nie podlegał ani procedurze uzupełnienia ani poprawienie czy wyjaśnień w sposób prowadzący do zmiany treści oferty. Odwołujący wskazał, że art. 84 ust. 1 Pzp zakazuje modyfikacji treści oferty wykonawcy po upływie terminu składania ofert w postępowaniu. Ponadto, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp poza wyjaśnieniem treści SIWZ na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty ani tym bardziej jej negocjowanie. Jedyną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 87 ust. 2 Pzp jednak jego zastosowanie jest ograniczone. Odwołujący wskazał, że wykonawca w treści oferty podał sprzecznie wewnętrzny okres gwarancji: w treści Załącznika nr 1 oświadczył 60 miesięcy – dla części V, zaś w treści Załącznika nr 1A oświadczył gwarancja producenta 3 lata. Na podstawie sprzecznych oświadczeń nie istnieje możliwość bez zmiany treści, ustalenia jaka wartość jest wartością poprawną. Obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie jednej wartości gwarancji. Zamawiający w celu oceny ofert w ramach kryterium okres gwarancji wg wzoru ma podstawić jedną wartość. W obu formularzach wykonawca miał podać samodzielnie oferowane wartości. Nie mamy zatem do czynienia z mechanizmem edytorskiego błędnego powielenia wymagania ponieważ treść zawarta po prawej stronie kolumny zawiera konkretną oferowaną wartość – 3 lata. Zdaniem Odwołującego w sprawie zachodzi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, bowiem jest ona niejednoznaczna i winna polegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Przy takiej treści oferty wykonawca może stosownie do okoliczności manipulować wartością oferowanej gwarancji dostosowując jej czas do ujawnionych na otwarciu ofert danych zwartych w pozostałych ofertach. Zamawiający dopuścił się negocjacji z wykonawcą, bowiem pomimo zawiadomienia o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej dnia 13.09.przyjął wyjaśnienia DS. Comp z pisma z dnia 16.09. a te prowadziły wprost do zmiany treści oferty i to zmiany kwalifikowanej bo prowadzącej do zmiany w zakresie parametru ocenianego w ramach kryterium oceny ofert, który miał bezpośrednio wpływ na ranking ofert i decyzję o wyborze oferty DS. Comp jako najkorzystniejszej. Odwołujący zakwestionował czynność wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia (zastąpienia złożonego wraz z ofertą Załącznika nr 1a nowym). Przepis art. 26 ust.3 Pzp dopuszcza uzupełnienia oferty jedynie w zakresie dokumentów na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego. Całkowicie wykluczone jest uzupełnienie dokumentów stanowiących treść, które są podstawą punktacji kryterium. Uwzględniając

charakter kryterium oceny ofert jako wpływając w sposób bezpośredni na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek dokonywania oceny ofert w sposób ściśle zgodny z przyjętym w postępowaniu opisem sposobu oceny ofert w ramach danego kryterium.

Do udziału w postępowaniu, w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego zgłosił się wykonawca DS. Comp, wnosząc o oddalenie odwołania i składając pisemne stanowisko w sprawie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i złożył na piśmie odpowiedź na odwołanie. Zamawiający i Przystępujący podkreślili, że Załącznik 1A nie był treścią oferty, bowiem nie został wskazany w rozdz. 11 ust. 11.1 pkt 1 SIWZ, gdzie Zamawiający określił co składa się na ofertę. To treść SIWZ jest kluczowym dokumentem, który określa jakie konkretnie dokumenty stanowią treść oferty. Z tych względów czynność Zamawiającego z dnia 20.09.2019r. polegająca na wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp (po unieważnieniu nieprawidłowo dokonanej czynności poprawienia oferty z dnia 13.09.2109r.) Załącznika nr 1A z uwagi na zawarte w nim błędy była prawidłowa. Zmiana Załącznika nr 1A nie spowodowała zmiany treści oferty, która od początku wskazywała na oferowany okres bezpłatnej gwarancji 60 miesięcy. Brak było podstaw do odrzucenia oferty, oferta została złożona zgodnie z wymaganiami SIWZ, a załącznik nr 1A nie stanowi części oferty. Nie można zatem przyjąć, że wykonawca złożył dwie alternatywne oferty. Odwołujący nie wykazał, że oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Nie naruszono także art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp korespondencji z Zamawiającym nie można nazwać negocjacjami zmierzającymi do zmiany treści oferty. Nie można mówić o negocjacjach i o modyfikacji treści oferty, w sytuacji gdy do zmiany tej oferty nie doszło. Oferent nie przedstawił nowej oferty, nie doszło do modyfikacji treści oferty.

W toku rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

Zamawiający ustanowił 3 kryteria oceny ofert: cena - 60%, okres gwarancji - 20%, termin wykonania - 20%. W opisie kryterium oceny oferty dotyczącym okresu gwarancji Zamawiający podał, że wymagany minimalny okres gwarancji dla zadania nr 5 wynosi 36 miesięcy. Oferta z najdłuższym okresem gwarancji otrzyma najwyższą ilość punktów. Ilość punktów wyliczona będzie wg wzoru:  $G = \text{okres gwarancji oferty badanej} \times 20 \text{ pkt} / \text{okres gwarancji przedłużony}$ , G- liczba punktów w kryterium „okres gwarancji”. Okres gwarancji oferty badanej – okres gwarancji z formularza oferty.

W rozdz. 11 pkt 11.1 ppkt 1 Zamawiający podał, że ofertę złożoną pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym zawierającą: formularz oferty (sporządzony wg wzoru załącznik nr 1 do SIWZ), pełnomocnictwo do złożenia oferty, pełnomocnictwo dla pełnomocnika ustanowionego dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dowód wniesienia wadium. Zamawiający wskazał, wśród załączników do SIWZ - Załącznik nr 1a - formularz asortymentowo - cenowy.

Izba ustaliła, że wykonawca DS. Comp złożył na formularzu oferty, stanowiącym Załącznik nr 1 oświadczenie iż udzieli bezpłatnej gwarancji na przedmiot zamówienia na okres 60 miesięcy dla części V liczony od daty podpisany protokołu odbioru przedmiotu zamówienia przez strony. W formularzu asortymentowo - cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1A DS. Comp podano dla części 5 zamówienia poz. 13 gwarancja producenta 3 lata.

W dniu 13.09.2019r. Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp dokonał poprawienia omyłki pisarskiej w Załączniku 1 złożonym przez DS. Comp zmieniając zamiast zapisu 60 miesięcy na zapis zgodny z treścią załącznika 1A - 36 miesięcy.

W odpowiedzi, pismem z dnia 16.09.2019r. wykonawca DS. Comp oświadczył, że zgodnie z ofertą „deklarowanym okresem gwarancji na część V – serwery wusu w ilości 35 sztuk (serwery rackowe szt. 35) jest 60 miesięcy, nie zaś przyjęty przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13 września okres 36 miesięcy”. Wykonawca wyjaśnił także, że w poz. 13 Formularza asortymentowego powielając treść minimalnego wymagania popełnił omyłkę wpisując 3 lata, zamiast deklarowanych w formularzu ofertowym 60 miesięcy. Intencją wykonawcy było udzielenie 60- miesięcznego okresu gwarancji.

W dniu 20.09.2019r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności poprawienia oferty i przyjęciu wyjaśnień, udzielonych przez DS. Comp pismem z dnia 13.09.2019r. Jednocześnie Zamawiający wezwał do uzupełnienia/poprawienia Załącznika 1A do SIWZ w zakresie oferowanego okresu gwarancji producenta. W odpowiedzi, w dniu 23.09.2019r. DS. Comp złożył poprawiony Załącznik 1A - formularz asortymentowo - cenowy, gdzie w poz. 13 podał: gwarancja producenta 5 lat.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności ustalono, 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.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Istota sporu między stronami sprowadzała się do oceny charakteru Załącznika 1A do SIWZ oraz możliwości poprawienia tego dokumentu i wezwania do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp.

Zdaniem Izby podstawowym źródłem dla oceny charakteru danego dokumentu jest treść SIWZ. W treści SIWZ w niniejszej sprawie Zamawiający nie nadał Załącznikowi 1A charakteru treści oferty, co oznacza, że należy przyjąć że jest to dokument potwierdzający spełnienie wymagań przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust.1 Pzp. O przyjęciu za słusznym tego stanowiska świadczy także sama treść Załącznika asortymentowo - cenowego, w którym Zamawiający wymagał potwierdzenia spełniania parametrów oferowanego przez wykonawcę sprzętu. Skoro Załącznik 1A był dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań przez oferowany przedmiot zamówienia, to tym samym w sytuacji, gdy dokument ten zawierał błędy możliwe było zastosowanie art. 26 ust.3 Pzp i wezwanie do jego uzupełnienia. Z tych względów Izba uznała że czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp poprawionego Załącznika 1a, który był dokumentem potwierdzającym spełnienie wymaganych parametrów była prawidłowa.

Abstrahując od charakteru samego Załącznika 1A, Izba uznała za istotny dla rozstrzygnięcia sporu sam opis kryterium okresu gwarancji, zawarty w rozdz. 14. 3 SIWZ, gdzie wprost podano, że do oceny w tym kryterium Zamawiający przyjmie „okres gwarancji z formularza oferty”. Zatem to okres gwarancji z formularza oferty był istotny z punktu widzenia oceny w kryterium gwarancja, a nie okres gwarancji podany w Załączniku nr 1A. Zamawiający, przyznając punktację w kryterium okres gwarancji winien wziąć pod uwagę okres gwarancji podany przez wykonawców w formularzu oferty, który w przypadku oferty DS. Comp wynosił 60- miesięcy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018 poz. 972).

**Przewodniczący** .....