

Sygn. akt: KIO 1014/23

WYROK

z dnia 2 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. **przez odwołującego:** M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Web-Profit M. K. ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Bodzentyn ul. Suchedniowska 3, 26-010 Bodzentyn

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Web-Profit M.j K. ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie
i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Web-Profit M. K. ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie, tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza **od odwołującego:** M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Web-Profit M.K. ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **na rzecz zamawiającego:** Gmina Bodzentyn ul. Suchedniowska 3, 26-010 Bodzentyn, stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 11 kwietnia 2023 roku odwołujący wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego na dostawę sprzętu komputerowego w ramach realizacji projektu „Cyfrowa Gmina nr ZBP.271.5.2023.

Zamówienie z uwagi na wartość zamówienia ma charakter podprogowy.

Ogłoszenie o zamówieniu nastąpiło w dniu 27 stycznia 2023r. w BZP pod numerem 2023/BZP/ 00050213/01/P.

Odwołanie wniesiono na czynności zamawiającego, polegające na:

1. wyborze przez zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej Wykonawcy AV Multimedia M. i Spółka Sp. J. (dalej: AV Multimedia) pomimo, że oferta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami SWZ;
2. zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty AV Multimedia, pomimo jej niezgodności z treścią SWZ;
3. zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Zoneo OdwołującySpółka Komandytowo-Akcyjna (dalej: Zoneo) pomimo jej niezgodności z treścią SWZ.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 7 ust.1 Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania oferentów i zachowania uczciwej konkurencji;
- b) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, przez zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odrzucenia ofert firm AV Multimedia oraz Zoneo, pomimo ich niezgodności z warunkami zamówienia, polegającej na zaoferowaniu urządzenia nie spełniającego minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia;
- c) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty Wykonawcy AV Multimedia, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez zamawiającego) w tej części zamówienia była oferta odwołującego;

d) art. 223 ust. 1 Pzp przez doprowadzenie do negocjacji treści oferty i niedozwolonej istotnej zmiany treści oferty wykonawców: AV Multimedia i Zoneo.

Mając na uwadze powyższe na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone w toku postępowania, w tym na rozprawie;
4. nakazanie zamawiającemu:
 - 4.1. unieważnienia zaskarżonych czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, a także poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert,
 - 4.2. powtórzenia czynności badania ofert, a następnie
 - 4.3. odrzucenia oferty firmy AV Multimedia,
 - 4.4. odrzucenia oferty firmy Zoneo
 - 4.4. ponownego dokonania oceny ofert bez uwzględnienia odrzuconych ofert: AW Multimedia oraz Zoneo
 - 4.5. wyboru oferty nie podlegającej odrzuceniu;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika - jeżeli wystąpią, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania powołano się na następujący stan faktyczny i prawny sprawy

Co do stanu faktycznego sprawy odwołujący podniósł jak poniżej.

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie pn. „Dostawa sprzętu komputerowego w ramach realizacji projektu Cyfrowa Gmina”.

Przedmiot zamówienia stanowi dostawa sprzętu komputerowego, przy czym rodzaj zamawianego towaru i jego szczegółowy opis zamawiający umieścił w załączniku nr 8 do SWZ (dalej jako OPZ).

1. Wykonawca AV Multimedia w złożonej ofercie (Załącznik 1A - Formularz cenowy) zaoferował:

a) w pozycji nr 1 (Komputery All-In-One - 35 szt.) Asus Expertbook B1500CEAE-BQ1674RA. Taki komputer All-In-One nie istnieje, a sprzęt który pod taką nazwą istnieje nie spełnia wymogów opisu przedmiotu zamówienia;

b) w pozycji nr 4 (Laptop dla szkół - 10 szt.) PCS AIO H510TB. Taki laptop nie istnieje, a sprzęt który pod taką nazwą istnieje nie spełnia wymogów opisu przedmiotu zamówienia.

W zaistniałej sytuacji, w ocenie odwołującego, zamawiający winien odrzucić ofertę firmy AV Multimedia jako niezgodną z treścią SWZ.

Jako dowód w sprawie odwołujący przywołał Załącznik 1A Formularz cenowy złożony przez firmę AV Multimedia

Odwołujący również kwestionuje ofertę wykonawcy Zoneo, jako nie spełniającą wymogów OPZ, który zaoferował składając Załącznik 1A - Formularz cenowy:

a) w pozycji nr 4 (Laptop dla szkół - 10 szt.) AOC 24B2XDAM. Według odwołującego taki laptop nie istnieje, a sprzęt który pod taką nazwą istnieje nie spełnia wymogów opisu przedmiotu zamówienia.

b) w pozycji nr 5 (Przełącznik zarządzany - 2 szt.) HP 250 G9 6F2C6EA. Taki przełącznik nie istnieje, a sprzęt który pod taką nazwą istnieje nie spełnia wymogów opisu przedmiotu zamówienia.

c) w pozycji nr 6 (Zasilacz awaryjny - 4 szt.) TP-Link TL-SG3452XP. Taki zasilacz nie istnieje, a sprzęt pod taką nazwą nie spełnia wymogów opisu przedmiotu zamówienia.

d) w pozycji nr 8 (Głośniki komputerowe - 12 szt.) PowerWalker VI 650 LCD. Takie głośniki nie istnieją, a sprzęt pod taką nazwą nie spełnia wymogów opisu przedmiotu zamówienia.

Jako dowód w sprawie odwołujący przywołał Załącznik 1A - Zoneo, - Formularz cenowy złożony w ramach oferty przez firmę Zoneo

Odwołujący w dniu 06.04.2023 r. powziął wiadomość o wyborze oferty AV Multimedia jako najkorzystniejszej.

Składając odwołanie odwołujący powołał się na interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący posiada prawo do wniesienia odwołania w myśl art. 505 ust. 1 Pzp, jest bowiem podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu, jako trzecią w kolejności złożonych i nieodrzuconych ofert. Według odwołującego zaniechania zamawiającego doprowadziły do utrzymania w postępowaniu ofert: AV Multimedia oraz Zoneo, które podlegały odrzuceniu i wyboru jako najkorzystniejszej oferty AV Multimedia, a co uniemożliwiło wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący składając odwołanie domaga się odrzucenia ofert: AV Multimedia i Zoneo oraz wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zmierza do uzyskania zamówienia w ramach prowadzonego postępowania. Według odwołującego naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów PZP, powoduje utratę po jego stronie zamówienia. Tym samym po stronie odwołującego powstaje szkoda majątkowa z powodu nie uzyskania do realizacji zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odwołujący powołał się na następujące okoliczności.

Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert AV Multimedia i Zoneo, które poprzedzają w zakresie kryteriów oceny ofert, ofertę odwołującego. Oferty winny zostać odrzucone z uwagi na ich niezgodność z warunkami zamówienia - zaoferowane urządzenia nie spełniają wymogów określonych w dokumentach zamówienia.

Wykonawcy AV Multimedia i Zoneo zaoferowali, w poszczególnych pozycjach formularzy cenowych sprzęt nie spełniający wymogów OPZ.

Natomiast zamawiający zaniechał odrzucenia ofert AV Multimedia i Zoneo, wzywając w dniu 01.03.23r. wykonawców do wyjaśnień w związku ze złożonymi ofertami. W odpowiedzi na wezwania Wykonawcy AV Multimedia i Zoneo w dniu 08.03.2023 r. przestali zamawiającemu odpowiedzieć, tłumacząc błędy w ofercie omyłką pisarską.

Jako dowód odwołujący przywołał: korespondencję zamawiającego i wyjaśnienie złożone przez wykonawców

Odwołujący wyjaśnienia obydwu wykonawców uważa za bezpodstawne, sprowadzające się do niedozwolonej negocjacji treści oferty, jako istotną zmianę treści oferty, wbrew postanowieniom z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący powołuje się na treść art. 218 ust. 2 Pzp, który nakłada na wykonawców obowiązek składania ofert, których treść pozostaje w zgodności z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę w razie jej niezgodności z warunkami zamówienia, przez co rozumie się zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp m.in. warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oferty firm AV Multimedia i Zoneo naruszają warunki zamówienia, określone w SWZ i załącznikach do niego, w szczególności w załączniku nr 8 OPZ i Załączniku nr 1 Formularz Cenowy, skutkiem czego podlegały odrzuceniu.

Zamawiający zaniechał ich odrzucenia i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę AV Multimedia, czym naruszył wskazane na wstępie przepisy Pzp.

Odwołujący powziął wiadomość o czynności zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2023 r. a więc odwołanie w dniu 11 kwietnia 2023 r., jest w terminie zgodnym z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Odwołujący przekazał odwołanie zamawiającemu w dniu 11 kwietnia 2023 r., dochowując tym samym wymogów art. 514 ust. 2 Pzp.

Odpowiedź na odwołanie

Zamawiający pismem z dnia 25 kwietnia 2023r. wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi;
- 3) zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zamawiający przywołał zarzuty odwołania odnoszące się do jego rzekomych zaniechań w toku badania i oceny ofert. Jak wynika z odwołania zamawiający powinien odrzucić oferty dwóch wykonawców to jest oferty firmy AV Multimedia oraz Zoneo i nie powinien wybrać oferty wykonawcy AV Multimedia jako najkorzystniejszej. Odwołujący czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 7 pkt 29, 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

Zamawiający przyznał, że w toku prowadzonego postępowania w przypadku dwóch ofert złożonych przez AV Multimedia oraz Zoneo powstały wątpliwości, w związku z czym Zamawiający działając w oparciu o art. 233 ust. 1 PZP zażądał od wykonawców wyjaśnień. Obydwaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia, które zostały uznane przez zamawiającego, który poprawił w tym zakresie oferty.

Faktem jest, że w toku prowadzonego postępowania doszło do błędów w złożonych ofertach, ale zgodnie z treścią art. 233 ust. 2 pkt. 3 PZP zamawiający może poprawić w treści oferty omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i tak też było w tym przypadku. Wykonawca AV Multimedia w wyjaśnieniach z dnia 8 marca 2023 roku wskazał, że w ofertę wkradła się oczywista omyłka pisarska związana z pomyłkową zamianą pozycji nr 1 Komputery All in One (dla szkół) a pozycją nr 4 Laptop (dla szkół). Asus Expertbook B1500CEAE-BQ1674RA dotyczy pozycji nr

4 i spełnia w 100% wymaganą przez Państwa specyfikację a PCS AIO H510TB (konfiguracja projektowa) dotyczy pozycji nr 1 i spełnia w 100% wymaganą przez Państwa specyfikację. Całość oferty pozostaje bez zmian i jest skalkulowana prawidłowo. Podobna sytuacja miała miejsce w przypadku oferty złożonej przez ZONEO, który w wyjaśnieniach z dnia 8 marca 2023 wskazał, że w trakcie przygotowywania oferty sugerował się kolejnością pozycji z załącznika nr 8 OPZ do SWZ, natomiast kolejność w formularzu cenowym do SWZ stanowiącym załącznik nr 1 była nieco inna, w wyniku czego doszło w trakcie przenoszenia wartości doszło do omyłki, monitor należący do pozycji 3 został skopiowany do pozycji 4 i pozostałe pozycje zostały przesunięte o 1 w dół.

W obu zatem przypadkach wystąpiła sytuacja zamiany pozycji w treści oferty, natomiast treść oferty nie uległa zmianie.

Jako dowód zamawiający przywołał:

1. Wyjaśnienia AV Multimedia z dnia 8 marca 2023 roku;
2. Wyjaśnienia ZONEO z dnia 8 marca 2023 roku;

Zamawiający jest zobligowany do poprawy omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają dwa warunki. Po pierwsze - polegają na niezgodności oferty ze SWZ, po drugie - nie powodują istotnych zmian w treści oferty, w niniejszej sytuacji oba warunki zostały spełnione przez zamawiającego.

Zamawiający przywołał doktrynę i orzecznictwo. Jak zwraca się uwagę w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej celem art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z SWZ, których poprawienie nie ma zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu i oczekiwań zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco (wyrok z dnia 2 czerwca 2022 roku, KIO 1292/22). W literaturze wskazuje się, że Podobnie jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów (J. Jarnicka [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. M. Jaworskiej, Legalis 2022). Izba, rozpatrując kwestię „istotności” omyłki wskazała również: „Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 dopuszcza właśnie sytuacje, gdy w przypadku wypełniania przez wykonawcę szeregu rubryk formularza dochodzi do niezgodności, które - wyłącznie w znaczeniu czysto formalnym - prowadziłyby do odrzucenia oferty. Z drugiej strony - co nie ulega wątpliwości - są to niezgodności, które niewątpliwie powinny być usunięte, tak aby Zamawiającemu oferowano zamówienie przez niego wymagane zakresem i ilością. (wyrok z dnia 21 marca 2017 roku, KIO 401/17).

Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający wniósł jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Złożone odwołanie dotyczy postępowania prowadzonego przez zamawiającego na dostawę sprzętu komputerowego w ramach realizacji projektu „Cyfrowa Gmina”. Zamówienie z uwagi na wartość zamówienia ma charakter podprogowy.

Odwołanie wniesiono na czynności zamawiającego, który wybrał ofertę Wykonawcy AV Multimedia M. i Spółka Sp. J. (dalej: AV Multimedia), która według odwołującego powinna podlegać odrzuceniu, ponieważ jest niezgodna z warunkami SWZ (specyfikacja warunków zamówienia). Odwołujący również postawił zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Zoneo Odwołujący Spółka Komandytowo-Akcyjna (dalej: Zoneo) pomimo jej niezgodności z treścią SWZ. Odwołujący, jak ustaliła Izba na podstawie przekazanej przez zamawiającego dokumentacji prowadzonego postępowania, zajął trzecią pozycję w rankingu ofert (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 06.04.2023r. – akta sprawy). W postępowaniu złożono siedem ofert, w tym cztery oferty zamawiający odrzucił. Tak więc odwołujący zakwestionował oferty pozostałe, dwie uznane przez zamawiającego za ważne oferty, dążąc do ich wyeliminowania z postępowania.

Izba dokonując sprawdzenia wymogów formalnych wniesionego odwołania, nie stwierdza przesłanek do odrzucenia odwołania, wymienionych w art.528 Pzp.

W związku z powyższym Izba skierowała odwołanie na rozprawę, w myśl art.530 Pzp.

Izba stwierdza prawo odwołującego do wniesienia odwołania, ponieważ odwołujący w przypadku uwzględnienia odwołania ma realne szanse uzyskania zamówienia, a podnoszone naruszenia przepisów ustawy Pzp narażają jego interes na szkodę, w rozumieniu art.505 ust.1 Pzp.

Odwołujący w związku z zarzutem niezgodności złożonych ofert przez wykonawcę wybranego AV Multimedia i wykonawcę Zoneo, którego oferta zajęła drugą pozycję, to jest bezpośrednio przed ofertą odwołującego, podniósł naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp.:

- a) art. 7 ust.1 Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania oferentów i zachowania uczciwej konkurencji;
- b) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, przez zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odrzucenia ofert firm AV Multimedia oraz Zoneo, pomimo ich

niezgodności z warunkami zamówienia, polegającej na zaoferowaniu urządzenia nie spełniającego minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia;

c) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty Wykonawcy AV Multimedia, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez zamawiającego) w tej części zamówienia była oferta odwołującego;

d) art. 223 ust. 1 Pzp przez doprowadzenie do negocjacji treści oferty i niedozwolonej istotnej zmiany treści oferty wykonawców: AV Multimedia i Zoneo.

Mając na uwadze powyższe na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone w toku postępowania, w tym na rozprawie;
4. nakazanie zamawiającemu:
 - 4.1. unieważnienia zaskarżonych czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, a także poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert,
 - 4.2. powtórzenia czynności badania ofert, a następnie
 - 4.3. odrzucenia oferty firmy AV Multimedia,
 - 4.4. odrzucenia oferty firmy Zoneo
 - 4.4. ponownego dokonania oceny ofert bez uwzględnienia odrzuconych ofert: AV Multimedia oraz Zoneo
 - 4.5. wyboru oferty nie podlegającej odrzuceniu;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika - jeżeli wystąpią, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Zawiadomieni przez zamawiającego wykonawcy AV Multimedia i Zoneo o wniesieniu odwołania, nie zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołujący zarzuty odwołania oparł o treść art.223 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem w tym przypadku ust.2 tego artykułu, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Reasumując treść tego artykułu zakazuje negocjacji co do złożonej oferty oraz dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian. Wyjątek do zmiany w złożonej ofercie stanowi regulacja zawarta między innymi w ust.2 pkt 3 art.223 Pzp. Zgodnie z postanowieniem art.223 ust.2 pkt 3 Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty.

Podsumowując dyspozycja powyżej cytowanych przepisów ustawy Pzp, w odniesieniu do zaistniałej sytuacji w przedmiotowym postępowaniu, upoważnia zamawiającego do prowadzenia wyjaśnień z wykonawcą, który złożył ofertę. Przyczyną prowadzenia wyjaśnień z wykonawcą są wątpliwości zamawiającego co do treści złożonej oferty. Przepis ten dopuszcza nawet dokonanie zmian w treści złożonej oferty, jeżeli zmiany te nie powodują istotnych zmian w treści oferty oraz nie można przypisać tym zmianom efektu negocjacji treści oferty.

Stan faktyczny sprawy nie jest sporny między stronami, a wynika on z dokumentów prowadzonego postępowania przez zamawiającego, które przywołały w poczet materiału dowodowego wezwania zamawiającego do wyjaśnień jak i udzielone odpowiedzi wykonawców AV Multimedia i Zoneo. Spór pomiędzy stronami dotyczy oceny prawnej zaistniałej sytuacji, w związku z wezwaniem zamawiającego i złożonymi wyjaśnieniami, w kontekście regulacji wspomnianego powyżej art.223 ust.1 i ust.2 pkt 3) Pzp.

W związku z powyższym Izba ustaliła jak poniżej.

Zamawiający w dokumencie opisującym przedmiot zamówienia (OPZ) Zał. Nr 8 (dowód – akta sprawy) w następującej kolejności wymienia sprzęt komputerowy, który jest przedmiotem zamówienia:

1. laptop dla szkół – 17 sztuk,
2. laptop dla szkół – 10 sztuk,
3. komputery dla urzędu – 18 sztuk,
4. komputer All in One dla szkół – 35 sztuk,
5. przełącznik zarządzany (switch) dla urzędu – 2 sztuki,
6. zasilacz awaryjny UPS dla urzędu – 3 sztuki,
7. zasilacz awaryjny UPS dla urzędu – 4 sztuki,
8. głośniki komputerowe dla szkół – 12 sztuk.

Z kolei w Formularzu Cenowym Zał. Nr 1 A (dowód - akta sprawy), zamawiający sformułował następującą kolejność sprzętu komputerowego, który jest przedmiotem zamówienia:

1. komputer All in One dla szkół – 35 sztuk,
2. laptop (dla szkół) – 17 sztuk,
3. komputery biurowy (dla urzędu) - 18 sztuk,
4. laptop (dla szkół) – 10 sztuk,
5. przełącznik zarządzany - dla urzędu – 2 sztuki,
6. zasilacz awaryjny (dla urzędu) – 4 sztuki,
7. zasilacz awaryjny (dla szkół) – 3 sztuki,
8. głośniki komputerowe (dla szkół) – 12 sztuk.

Powyższe porównanie poszczególnych pozycji OPZ z Formularzem Cenowym wskazuje na to, że nie są tożsame pozycje sprzętu komputerowego w poszczególnych pozycjach OPZ i Formularza Cenowego jak ich miejsca przeznaczenia czy też ilości w poszczególnych pozycjach.

W związku z wątpliwościami co do złożonych ofert AV Multimedia jak i Zoneo zamawiający wezwał tych wykonawców do złożenia wyjaśnień jak poniżej.

W pismach z dnia 1 marca 2023r. skierowanych do wykonawców zamawiający przywołał art.223 ust.1 Pzp wzywając do doprecyzowania treści oferty według Zał. Nr 1 A, z pouczeniem, że niezłożenie//nieuzupełnienie/niepoprawienie w wyznaczonym terminie dokumentów będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art.226 ust.1 pkt 5) Pzp.

I tak, w uzasadnieniu wezwania do AV Multimedia, zamawiający wskazał, że w pozycji 1 Formularz cenowy Komputery All in One dla szkół – wykonawca prawdopodobnie wskazał laptop, a zamawiający określił komputer typu AiO (dowód - pismo zamawiającego z dnia 01.03.2023r. – akta sprawy).

W dniu 08.03.2023r. AV Multimedia udzielił zamawiającemu następującej odpowiedzi:

„W związku z wezwaniem do wyjaśnień, wyjaśniam, że w ofertę wkradła się oczywista omyłka pisarska związana z pomyłkową zamianą pozycji nr 1 Komputery All in One (dla szkół) a pozycją nr 4 Laptop (dla szkół). Asus Expertbook B1500CEAE-BQ1674RA dotyczy pozycji nr 4 i spełnia w 100% wymaganą przez Państwa specyfikację a PCS AIO H510TB (konfiguracja projektowa) dotyczy pozycji nr 1 i spełnia w 100% wymaganą przez Państwa specyfikację. Całość oferty pozostaje bez zmian i jest skalkulowana prawidłowo. W

przypadku jakichkolwiek pytań pozostają do dyspozycji.” (dowód – pismo AV Multimedia z 08.03.2023r.- w aktach sprawy).

Z treści powyższego pisma wynika, że omyłka polegała na zamianie nazw komputerów i laptopów (kolumna 8 Tabeli – Formularz Cenowy), gdzie nazwę Asus Expertbook B1500CEAE-BQ1674RA zamieszczono pomyłkowo w poz. 1 zamiast w poz. 4 Formularza Cenowego, a nazwę PCS AIO H510TB zamieszczono pomyłkowo w poz. 4 zamiast w poz.1 Formularza Cenowego (dowód: Formularz Cenowy AV Multimedia – akta sprawy). Według oświadczenia wykonawcy, po poprawieniu powyżej opisanej zaistniałej omyłki, pozostałe elementy oferty z Formularza Cenowego pozostają bez zmian (kolumny od 1 do 7 Tabeli).

Z kolei, w uzasadnieniu wezwania do Zoneo, zamawiający wezwał do doprecyzowania treści oferty Zał. Nr 1 A Formularz cenowy gdzie:

- w poz. 4 Laptop dla szkół (dla urzędu) wskazał monitor
- w poz.5 przełącznik zarządzany wskazał laptop
- w poz.6 Zasilacz awaryjny wskazał Przełącznik zarządzany
- w poz. 8 Głośniki komputerowe wskazał awaryjny (dowód - pismo zamawiającego z dnia 01.03.2023r. – akta sprawy).

W dniu 08.03.2023r. Zoneo udzielił zamawiającemu następującej odpowiedzi:

„W związku z otrzymaniem pisma Wykonawca Zoneo Odwołujący wyjaśnia iż w trakcie przygotowywania oferty sugerował się kolejnością pozycji z załącznika nr 8 OPZ do SWZ, w którym kolejność jest następująca:

1. Laptop dla szkół - 17 szt.
2. Laptop dla szkół - 10 szt.
3. Komputery dla urzędu - 18 szt.
4. Komputer All in One dla szkół - 35szt.
5. Przełącznik zarządzany (switch) dla urzędu - 2szt.
6. Zasilacz awaryjny UPS dla urzędu 3 szt

7. Zasilacz awaryjny UPS dla urzędu - 4 szt.
8. Głośniki komputerowe dla szkół - 12 szt.

Natomiast w załączniku nr 1 - Formularz Cenowy do SWZ kolejność jest następująca:

1. Komputery All in One (dla szkół)
2. Laptop (dla szkół)
3. Komputery biurowy (dla urzędu)
4. Laptop (dla szkół)
5. Przełącznik zarządzany - dla urzędu
6. Zasilacz awaryjny (dla urzędu)
7. Zasilacz awaryjny (dla szkół)
8. Głośniki komputerowe (dla szkół)

W trakcie przenoszenia wartości doszło do omyłki, monitor należący do pozycji 3 został skopiowany do pozycji 4 i pozostałe pozycje zostały przesunięte o 1 w dół. Poniżej przesyłam poprawnie wypełnioną kolumnę nr 8 Wskazanie producenta, model np. link do strony internetowej:

1. Zoneo Phantom w konfiguracji zgodnej z załącznikiem nr 8 OPZ do SWZ
2. Asus Notebook B1500CBA-BQ0062X
3. "Zoneo Standard w konfiguracji zgodnej z załącznikiem nr 8 OPZ do SWZ AOC 24B2XDAM"
4. HP 250 G9 6F2C6EA
5. TP-Link TL-SG3452XP
6. PowerWalker VI 650 LCD
7. PowerWalker VI 650 LCD
8. UGO Tamu S100" (dowód – pismo Zoneo z 08.03.2023r.- w aktach sprawy)

Z treści powyższego pisma wykonawcy Zoneo wynika, że omyłka wynikła w trakcie przygotowywania oferty, gdzie wykonawca sugerował się kolejnością pozycji sprzętu z Załącznika Nr 8 OPZ do SWZ. Natomiast w Zał. Nr 1 A Formularz Cenowy do SWZ

kolejność pozycjonowania sprzętu jest inna, co Izba również ustaliła powyżej na podstawie wymienionych OPZ i Formularza Cenowego.

Zoneo wyjaśnił, że w trakcie wpisywania sprzętu doszło do omyłki, monitor należący do pozycji 3 został skopiowany do pozycji 4 i pozostałe pozycje zostały przesunięte o 1 w dół. W związku z powyższym przesyła do zamawiającego poprawnie wypełnioną kolumnę nr 8 ze wskazaniem producenta, modelu np. link do strony internetowej.

W związku z powyżej opisanym wyjaśnieniem ofert AV Multimedia i Zoneo przez ich doprecyzowanie, a w konsekwencji poprawienie zapisów oferowanego sprzętu do właściwych pozycji Tabeli (Formularz Cenowy) przez ich przesunięcie, w ocenie Izby nie doszło do negocjacji złożonych ofert, a omyłki co do niewłaściwego umieszczenia nazw sprzętu komputerowego (kolumna nr 8 Formularza Cenowego) nie stanowią naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp. Bowiern dokonane zmiany w Formularzu Cenowym, wskutek złożonych wyjaśnień przez obydwu wykonawców, polegające na przesunięciach nazw sprzętu do odpowiednich pozycji Tabeli (kolumna nr 8 Formularza Cenowego) doprowadziło do zgodności oferowanego sprzętu z opisem przedmiotu zamówienia poszczególnych sprzętów z Zał. Nr 8 (OPZ). Przyjęcie/akceptacja przez zamawiającego dokonanych poprawek (przesunięć między pozycjami Tabeli) w kolumnie nr 8 Tabeli Formularza Cenowego, gdzie zamieszcza się nazwę sprzętu przez wskazanie producenta, modelu np. link do strony internetowej doprowadziło do zgodności oferowanego sprzętu z wymaganymi parametrami opisanymi w OPZ Zał Nr 8 do SWZ. Zamawiający wskutek udzielonych wyjaśnień przez AV Multimedia i Zoneo zgodził się i dokonał przesunięć do właściwych pozycji /wierszy Tabeli Formularza Cenowego (kol. 8), nie dokonując zmian w pozostałych kolumnach Tabeli Formularza Cenowego (Opis, ilość, cena jednostkowa netto, wartość netto, cena jednostkowa brutto, wartość brutto, informacja o mechanizmie odwrotnego obciążenia – kol. od 2 do kol.7). Powyższe działania i zgoda zamawiającego umożliwiły doprowadzenie do zgodności treści ofert z warunkami zamówienia to jest z opisem przedmiotu zamówienia (OPZ - Zał. Nr 8 do SWZ), nie doprowadzając do zakazanej negocjacji dotyczącej złożonych ofert (art.223 ust.1 Pzp), pomimo ich zmiany przez dokonanie przesunięć w Tabeli Formularza Cenowego. W ocenie Izby poprawienie omyłek przez zamawiającego w ofertach AV Multimedia i Zoneo (kolumna Nr 8 Tabeli Formularz Ofertowy) w celu usunięcia niezgodności ofert z dokumentami zamówienia (OPZ), nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, ponieważ poprawki nastąpiły w ramach sprzętu wymienionego w Formularzu Cenowym (przez przesunięcie poszczególnych sprzętów do właściwych/odpowiednich pozycji/wierszy Tabeli) oraz w ramach wartości brutto złożonej oferty.

W powyższym stanie rzeczy odwołujący nie udowodnił naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w zakresie nienaruszalności istotnych elementów oferty, jakimi są przedmiot zamówienia oraz cena za oferowany przedmiot zamówienia. Natomiast uwzględnienie przez zamawiającego poprawek omyłek w Tabeli Formularza Cenowego, opisanych powyżej, jest nie tyle prawem, co obowiązkiem zamawiającego, w świetle art.223 ust.2 pkt 3) w zw. z ust.1 Pzp.

W związku z powyższym, że zamawiający nie naruszył art.223 Pzp to również nie naruszył pozostałych przepisów wskazanych w zarzutach odwołania to jest art.16 pkt 1 Pzp, przez naruszenie zasady równego traktowania oferentów i zachowania uczciwej konkurencji, art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia ofert AV Multimedia oraz Zoneo, art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez wybór oferty Wykonawcy AV Multimedia jako najkorzystniejszej.

Reasumując odwołujący nie udowodnił zamawiającemu, naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp przez doprowadzenie do negocjacji treści oferty i niedozwolonej istotnej zmiany treści oferty wykonawców: AV Multimedia i Zoneo.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500,00 złotych i kwotę 3.600,00 zł na rzecz zamawiającego tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący:.....