

Sygn. akt: KIO 996/14

WYROK

z dnia 2 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2014 r. przez wykonawcę **OPTeam S.A. z siedzibą w Tajęcinie, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** w postępowaniu prowadzonym przez **Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu, ul. Piastowska 14, 45-082 Opole**

przy udziale wykonawcy **Advanced Business Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Płk Dąbka 8, 30-732 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 996/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **OPTeam S.A. z siedzibą w Tajęcinie, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **OPTeam S.A. z siedzibą w Tajęcinie, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od wykonawcy **OPTeam S.A. z siedzibą w Tajęcinie, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** kwotę **3 632 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztu dojazdu na posiedzenie Izby

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę urządzeń i oprogramowania do Centrum Przetwarzania Danych (CPD) Jednostek Administracji Rządowej (JAR) w Opolskim Urzędzie Wojewódzkim, zakup urządzeń do bezpiecznej komunikacji pomiędzy CPD a JAR, przeprowadzenie specjalistycznych szkoleń dla administratorów na potrzeby projektu „Upowszechnienie e-usług świadczonych przez administrację publiczną w województwie opolskim”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 lutego 2014 r., nr 2014/S 036-058973.

W dniu 8 maja 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę OPTeam S.A. z siedzibą w Tajęcinie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał, iż zaoferowany przez odwołującego przełącznik KVM ATEN KL 1508AiM nie spełnia określonych przez niego wymagań, tj. występuje brak możliwości stack-owania oferowanego przełącznika KVM w celu podłączenia do min. 256 serwerów. Zaoferowany przełącznik KVM ATEN KL 1508AiM ma możliwość stack-owania przełącznika KVM w celu podłączenia do min. 128 serwerów.

Zamawiający, pismem tym, poinformował także odwołującego, o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W dniu 19 maja 2014 r. (pismem z dnia 16 maja 2014 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 19 maja 2014 r.) wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, która to czynność zamawiającego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i odrzucenie oferty odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie postępowania
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nie poprawienie innej oczywistej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ
4. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania i uznaniu, że nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia złożonych ofert i unieważnienia postępowania.
2. dokonanie ponownej oceny ofert, w tym oferty odwołującego
3. poprawienie omyłki w ofercie odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i odrzucenie ofert Advanced Business Systems Sp. z o.o. oraz Maxto Sp. z o.o. jako niezgodnych z treścią SIWZ
4. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert odpowiadających specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż niezasadnym było postępowanie zamawiającego w odniesieniu do jego oferty. Zamawiający, pismem z dnia 17 kwietnia 2014 r., zwrócił się do odwołującego zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z prośbą o wyjaśnienie treści złożonej oferty (m.in. pkt II c). odpowiadając na powyższe odwołujący wyjaśnił, że: „Tak, zgodnie z Załącznikiem nr 6 (Charakterystyka proponowanego sprzętu potwierdzenie wymagań). W formularzu ofertowym zgodnie z art 87 ust 2 pkt 3 PZP doszło do oczywistej omyłki pisarskiej, prawidłowa nazwa przełącznika KVM to: ATEN KL 1516AiM i zgodnie z Załącznikiem nr 2 i 6 umożliwia stack-owanie oferowanego przełącznika KVM w celu podłączenia do min. 256 serwerów.” Nadto dodał, że omyłkowo wpisana została błędna nazwa przełącznika tj. ATEN KL1508AiM, zamiast prawidłowo ATEN KL 1516AiM i powołał się na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując tym samym, że jest to inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ. Załączony do oferty odwołującego Certyfikat obejmował prawidłowy przełącznik ATEN KL 1516AiM. Reasumując stwierdził, iż mając na uwadze wyjaśnienia odwołującego oraz brzmienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający powinien był dokonać zmiany w treści jego oferty, ponieważ zmiana taka nie wpłynie istotnie na zmianę treści jego oferty.

Wpisane omyłkowo urządzenie ATEN KL 1508AIM nie spełniało warunków określonych w SIWZ ponieważ nie pozwalało na stack-owanie co najmniej 256 serwerów, natomiast warunek ten był spełniony przez urządzenie ATEN K L1516AiM. A ponadto zmiana taka nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty.

Dla oceny istotności zmiany należy zwrócić uwagę na to co było głównym przedmiotem zamówienia oraz na fakt, że wskazany przełącznik stanowił 0,3% wartości

oferty odwołującego. Wartość całej oferty odwołującego wynosiła 2 177 928,62 zł netto, natomiast wartość samego przełącznika, zgodnie z ofertą odwołującego to 6 710,00 zł netto. Jest to więc element o znikomej wartości w porównaniu do całego przedmiotu zamówienia, jak również nie stanowi jego podstawowego lub chociażby istotnego elementu. Zatem poprawka omyłki w jego ofercie z całą pewnością nie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty.

Reasumując podniósł, iż element oferty, który stanowił podstawę do uznania jej za niespełniającą warunków SIWZ nie jest istotnym elementem całej oferty i jego poprawa jest możliwa zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający powinien samodzielnie dokonać takiej zmiany i jedynie poinformować o niej odwołującego.

W dniu 19 maja 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 22 maja 2014 r. (pismem z dnia 21 maja 2014 r.) wykonawca Advanced Business Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż odwołujący w formularzu ofertowym (str. 3 oferty) w poz. 7 „Dokładna nazwa oferowanego elementu” podał „Przełącznik KVM wraz z konsolami, Producent: Aten, Model: KL 1508AiM”.

Do oferty załączył także certyfikat CE (str. 52 oferty), w treści której wskazano następujące modele przełączników „KL 1516A, KL 1516AM, KL 1516AN, KL 1508A, KL1508AM, KL 1508AN”.

Zamawiający, pismem z dnia 17 kwietnia 2014 r., działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego m.in. o wyjaśnienie „czy zaoferowany (...) Przełącznik KVM wraz z Konsolami ATEN KL 1508AiM (L.p. 7 formularz oferty) zgodnie z zapisami w zał. nr 2 do SIWZ – OPZ umożliwia stack-owanie oferowanego przełącznika KVM w celu podłączenia do min. 256 serwerów”.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący, pismem z dnia 23 kwietnia 2014 r., wyjaśnił m.in., iż „Tak, zgodnie z Załącznikiem nr 6 (Charakterystyka proponowanego sprzętu potwierdzenie wymagań). W formularzu ofertowym zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP doszło do oczywistej omyłki pisarskiej, prawidłowa nazwa przełącznika KVM to: ATEN KL 1516AiM i zgodnie z załącznikiem nr 2 i 6 umożliwia stackowanie oferowanego przełącznika KVM w celu podłączenia do min. 256 serwerów”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powinny mieć taki charakter, aby ich poprawienie zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Dopuszczalnym jest poprawienie w ofercie innych omyłek jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Dopuszczalnym jest również poprawienie omyłek niemających charakteru oczywistego, pod warunkiem że poprawienie innej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty.

Niemniej jednak wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie. Działania zamawiającego nie mogą bowiem prowadzić do negocjacji z wykonawcą ani też modyfikacji istotnych zapisów jego oferty.

W tym stanie faktycznym z treści oferty odwołującego jednoznacznie wynika, iż zaoferował on przełącznik KVM ATEN KL 1508AiM, tj. przełącznik, który nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie podłączenia do min. 256 serwerów, jak również, iż wskazany w ofercie przełącznik nie jest objęty załączonym do oferty certyfikatem CE. Zaoferowany przełącznik KVM spełnia wymagania zamawiającego w zakresie podłączenia jedynie do min. 128 serwerów. Przełącznik KVM ATEN KL1516AiM, który – jak podniósł odwołujący – powinien być prawidłowo wpisany do formularza oferty, a na skutek omyłki nie został tam wpisany, spełnia wymagania zamawiającego w zakresie podłączenia do min. 258 serwerów. Natomiast nie jest objęty załączonym do oferty certyfikatem CE. A tym

samym jest on także niezgodny z wymogami zamawiającego. Podstawę oceny w przedmiocie zgodności treści oferty z treścią SIWZ stanowi bowiem nie tylko oświadczenie wykonawcy zawarte formularzu oferty, ale całokształt dokumentów, jakie się na ofertę składają, a które opisują oferowany przedmiot - oferowany przełącznik KVM. Formularz oferty, jak i certyfikat CE to dokumenty, które miały potwierdzać, że oferowany przełącznik KVM odpowiada wymaganiom zamawiającego postawionym w SIWZ, a w tym konkretnym stanie faktycznym spełnienia wymagań zamawiającego nie potwierdzają. I sam odwołujący w piśmie z dnia 23 kwietnia 2014 wskazał, iż zaoferowany przełącznik KVM nie spełnia wymagań zamawiającego, tym samym potwierdzając niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ.

W celu poprawienia w ofercie innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest ustalenie, czy stwierdzona niezgodność jest omyłką i nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty. Niezgodność w ofercie odwołującego nie jest omyłką, gdyż z treści oferty (załącznika w kwestionowanej części, jak i certyfikatu CE) wynika, iż odwołujący zaoferował przełącznik niezgodny z wymaganiami zamawiającego. Nawet gdyby przyjąć, iż jest to jednak omyłka to należy rozważyć czy powoduje ona istotne zmiany w treści oferty. W ocenie Izby, dokonanie takiej zmiany jakiej oczekuje odwołujący, stanowiłoby istotną zmianę treści jego oferty. Treść oferty stałaby się wówczas całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami zamawiającego. Nie może być więc mowy o jej nieistotności. Przeciwnie zmiany te są istotne z punktu widzenia funkcjonalności i to w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 500,00 zł oraz dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 132,00 zł, na podstawie rachunku i biletu złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: