

WYROK
z dnia 17 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 maja 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **11 maja 2012 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1 – pełnomocnik] **FIMA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 12, 02-822 Warszawa** i [2] **FIMA UAB Zirmunu St. 139, 09120 Wilno, Litwa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowe Centrum Badań Jądrowych, ul. Andrzeja Sołtana 7, 05-400 Otwock-Świerk**

przy udziale **wykonawcy – Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonać** unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonać powtórnej czynności badania i oceny ofert.
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Narodowe Centrum Badań Jądrowych, ul. Andrzeja Sołtana 7, 05-400 Otwock-Świerk**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1 – pełnomocnik] **FIMA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 12, 02-822 Warszawa** i

[2] FIMA UAB Zirmunu St. 139, 09120 Wilno, Litwa, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600** zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Narodowe Centrum Badań Jądrowych, ul. Andrzeja Sołtana 7, 05-400 Otwock-Świerk** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1 – pełnomocnik] FIMA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 12, 02-822 Warszawa** i **[2] FIMA UAB Zirmunu St. 139, 09120 Wilno, Litwa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 915/12

U z a s a d n i e

Zamawiający **Narodowe Centrum Badań Jądrowych, ul. Andrzeja Sołtana 7, 05-400 Otwock-Świerk** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »Wykonanie serwerowni Centrum Informatycznego w Świerku w budynku Nr 88«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484 i Nr 234, poz. 1386) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 02.02.2012 r. pod nrem 2012/S 22-035616.

Zamawiający zawiadomił 24 kwietnia 2012 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Asseco Poland SA z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia **[1] FIMA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 12, 02-822 Warszawa i [2] FIMA UAB Zirmunu St. 139, 09120 Wilno, Litwa,** zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 4 maja 2012 r. do Prezesa KIO odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Asseco Poland S.A. (dalej Asseco), pomimo że:

- 1) treść oferty wykonawcy Asseco nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) oraz
- 2) wykonawca Asseco w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp;
- 4) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 5 i 7 Pzp

oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia odwołania, co zamawiający na rozprawie skonkretyzował podając art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) unieważnienie czynności poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty Asseco z treścią specyfikacji z 11.04.2012 r.;
- 4) odrzucenia oferty Asseco.

Argumentacja odwołującego

1. Zamawiający 24 kwietnia 2012 r. powiadomił odwołującego o wyborze oferty wykonawcy **Asseco**, jako oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta wykonawcy Asseco nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie wymaganego urządzenia klimatyzacyjnego i UPS.

2. Urządzenie klimatyzacyjne:

a. 11 kwietnia 2012 r. zamawiający niezgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonał poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty wykonawcy Asseco ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty przez zmianę 1 sztuki klimatyzatora w pomieszczeniu śluzy na 1 komplet klimatyzatora w pomieszczeniu śluzy. Odwołujący zakłada, że zamawiający uznał za komplet 2 sztuki klimatyzatorów. Jednocześnie zamawiający dokonał poprawienia treści oferty wykonawcy Asseco w zakresie mocy wydajności klimatyzatora z 3,4 kW na 3,5 kW, gdyż na rynku nie istnieje klimatyzator Daikin FTX35G/RXS35G o mocy chłodniczej 3,4 kW tylko 3,5 kW.

b. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do specyfikacji – Specyfikacja techniczna (pkt 8.1.) zamawiający żądał zaoferowania urządzenia klimatyzacyjnego zapewniającego chłodzenie pomieszczenia o wydajności chłodniczej 7 kW albo większej. Istotne jest, że zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia posłużył się liczbą pojedynczą w odniesieniu do urządzenia klimatyzacyjnego, nie zaś liczbą mnogą, co jednoznacznie potwierdza, że zamawiający żądał złożenia 1 sztuki urządzenia klimatyzacyjnego. Także w załączniku nr 3 do specyfikacji Wykaz oferowanego sprzętu (System chłodzenia pkt 6) zamawiający żąda złożenia klimatyzatora, a nie zaś klimatyzatorów.

c. Dodatkowo zamawiający dokonał poprawienia wyłącznie oferty wykonawcy Asseco podczas, gdy także w innych ofertach znajdują się błędy dotyczące mocy wydajności chłodniczej.

d. Tymczasem wykonawca Asseco zaoferował Klimatyzator w pomieszczeniu śluzy Daikin FTX35G/RXS35G o mocy chłodniczej 3,5 kW. W wykazie zaoferowanego sprzętu

wykonawca Asseco podał, że oferuje klimatyzator 1 sztuka używając przy tym liczby pojedynczej do opisu klimatyzatora. Z treści oferty wykonawcy Asseco w żaden sposób nie wynika, że wykonawca Asseco miał zamiar zaoferować zamawiającemu komplet klimatyzatorów.

e. Z oferty wykonawcy Asseco wynika natomiast, że klimatyzator Daikin FTX35G/RXS35G nie spełnia wymagań specyfikacji, gdyż ma moc chłodniczą 3,5 kW, a nie jak wymagał zamawiający 7 kW albo większą.

f. Asseco zaoferował klimatyzator 1 sztuka za cenę netto 16.170 zł. Zamawiający dokonując zmiany oferty argumentuje, że cena rynkowa zaoferowanego klimatyzatora, która wynosi od 6.015,44 zł do 7.712,00 zł, a w ilości nie wykazano czy są to sztuki czy komplety. Oczywistym jest, że cena nie dotyczyła 1 szt. lecz 1 kompletu i na tej podstawie domniemał, że wykonawca zaoferował komplet klimatyzatorów.

Celem złożenia oferty jest zawarcie umowy i osiągnięcie z tej umowy niej zysku. To wykonawca składa ofertę w postępowaniu i to on kalkuluje cenę oferty, a nie zamawiający. Tak więc ceny rynkowe oferowanego sprzętu nie mogą być podstawą do zmiany treści oferty wykonawcy Asseco, gdyż zamawiającemu nie jest znany zysk wykonawcy Asseco, który to zysk wykonawca Asseco osiągnie z ewentualnej realizacji umowy. Wykonawca Asseco nie jest zobligowany do oferowania zamawiającemu urządzeń w cenie rynkowej.

g. Wobec tego zamawiający sprzecznie z ustawą dokonał zmiany liczby 1 szt. klimatyzatora w pomieszczeniu służy na 1 komplet klimatyzatora w pomieszczeniu służy, gdyż taka informacja nie znajduje się w treści oferty.

Więcej, zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w tym zakresie. Tym samym działanie zamawiającego budzi wątpliwości co do bezstronności zamawiającego.

h. Bezdyskusyjne jest także, że oferta wykonawcy Asseco nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie urządzenia klimatyzacyjnego, gdyż zaoferowany klimatyzator posiada moc chłodniczą mniejszą aniżeli żądał tego zamawiający.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, mających wpływ na kształt przyszłej umowy” (wyrok z dnia z 16 czerwca 2010 r., KIO 996/10).

Rozbieżność klimatyzatora z przedmiotem zamówienia jest istotnym elementem bowiem zamawiający ujął wymaganie dotyczące wydajności klimatyzatora w treści opisu przedmiotu zamówienia, co oznaczana, że jest ona znaczącym parametrem.

W rozpoznawanej sprawie nie może być mowy, że niezgodność ta nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zmiana liczby oferowanych klimatyzatorów tworzy nowe oświadczenie wykonawcy Asseco i zmienia ono znacznie zakres oferowanego sprzętu. Zmiana dokonana przez zamawiającego odnosi się do zakresu świadczenia wykonawcy w kwestii zakresu zamówienia i nie może zostać uznana jako nieistotna.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne 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, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. [...] Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją (art. 89 ust. 2 pkt 3 Pzp). [...] W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to jest dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty.

Granica zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją jest, aby taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie” (wyrok KIO z 20 stycznia 2012 r., KIO 42/12).

i. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Asseco mimo, że wykonawca Asseco w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie

omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. 11 kwietnia 2012 r. zamawiający przekazał wykonawcy Asseco dwa pisma dotyczące poprawienia oferty: jedno to wezwanie do uznania poprawek w treści oferty w zakresie:

- oczywistej omyłki pisarskiej oraz
- innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, a niepowodującej istotnych zmian treści oferty

oraz drugie to informacja o poprawieniu:

- omyłki rachunkowej w treści oferty.

Tymczasem wykonawca Asseco w odpowiedzi na pisma zamawiającego oświadczył, że uznaje wprowadzone do oferty „poprawki wynikające z oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych”. Co do innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, a niepowodującej istotnych zmian treści oferty wykonawca Asseco nie odniósł się. Należy to rozumieć jako brak zgody na ich poprawienie.

Wobec tego, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy Asseco, gdyż wykonawca Asseco w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie regulują zasad interpretacji oświadczeń woli składanych przez uczestników przetargu, zatem przepisy kodeksu cywilnego w tym zakresie obowiązują w całej rozciągłości. Zgodnie z art. 60 Kc z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Takim zachowaniem może być również przemilczenie pewnej okoliczności w warunkach, kiedy formułujący odpowiedź adresat powinien w sposób jednoznaczny złożyć oświadczenie woli o wyrażeniu zgody lub o braku tej zgody. Zdaniem Izby złożone przez odwołującego oświadczenie woli oznaczało jedynie zgodę na poprawienie omyłek pisarskich, zaś nie wyrażało takiej woli udzielenia zgody na poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Nie wyrażenie takiej zgody *expressis verbis* nie świadczy o tym, że taka zgoda nie została wyrażona przez przemilczenie w kontekście wyraźnej ścisłej informacji zamawiającego i równie przejrzystej odpowiedzi odwołującego, wyrażającej w sposób jednoznaczny jedynie zasadę na poprawienie węższego zakresu żądania zamawiającego. Jednocześnie w ocenie Izby powoływanie się przez odwołującego na brak zrozumienia żądania zamawiającego w zakresie wyrażenia zgody na powyższe poprawki jest mało przekonujące, a brak znajomości prawa (*ignorantia iuris nocet*) w warunkach

precyzyjnego pouczenia przez zamawiającego nie może stanowić okoliczności wyłączającej zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Mając na uwadze, że odwołujący nie wyraził zgody w ustawowym terminie, który jest terminem zawitym, na poprawienie spornych omyłek. Izba uznała, że zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty odwołującego” (wyrok KIO z 21 grudnia 2011 r., KIO 2642/11).

3. UPS

a. Zgodnie ze Specyfikacją techniczną w odniesieniu do jednostek UPS zamawiający żądał sprawności całkowitej AC/AC w trybie pracy ekonomicznej (offline): > 98,5% (pkt 4.2.5 lit. d) oraz dopuszczalnego przeciążenia układu obejściowego: 200% przez 5 minut; 4000% przez 10 ms (pkt 4.2.7 lit. i).

b. UPS General Electric typu SG PP o mocy 300 kVA zaoferowany przez wykonawcę Asseco nie spełnia ww. wymagań. Sprawność całkowita AC/AC w trybie pracy ekonomicznej (offline) wynosi bowiem > 98%, zaś dopuszczalne przeciążenie układu obejściowego 150% przez 1 minutę. Wobec tego, oferta wykonawcy Asseco podlega odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści specyfikacji.

c. Zgodnie z pkt 4.2.9 Specyfikacji Technicznej, wykonawca Asseco musiał przedstawić dokument wystawiony przez producenta jednostek UPS potwierdzający spełnianie ww. parametrów i podpisany przez osobę umocowaną w tym zakresie obowiązków.

W treści oferty wykonawcy Asseco znajduje się oświadczenie General Electric, że UPS typu SG PP o mocy 300 kVA spełnia wymagania zamawiającego (poświadczone za zgodność przez EST Energy Sp. z o.o.) w szczególności w zakresie sprawności całkowitej AC/AC w trybie pracy ekonomicznej (offline): > 98,5% oraz dopuszczalnego przeciążenia układu obejściowego: 200% przez 5 minut; 4000% przez 10 ms.

d. W treści dokumentacji postępowania znajduje się inne oświadczenie General Electric z 19 marca 2012 r. podpisane także przez Pana Tomasza Jedlicka, który poświadcza, że UPS General Electric typu SG PP o mocy 300 kVA nie posiada sprawności całkowitej AC/AC w trybie pracy ekonomicznej (offline): > 98,5% oraz nie posiada dopuszczalnego przeciążenia układu obejściowego: 200% przez 5 minut; 4000% przez 10 ms. Powyższe znajduje potwierdzenie, gdyż na dzień składania oferty UPS zaoferowany przez wykonawcę Asseco nie spełniał ww. wymogów, co wynika z kart katalogowych znajdujących się w dokumentacji postępowania.

e. W treści dokumentacji postępowania znajduje się kolejne oświadczenie General Electric z 20 kwietnia 2012 r. tj. po terminie składania ofert podpisane także przez Pana Tomasza Jedlicka, które tym razem informuje, że UPS General Electric typu SG PP o mocy

300 kVA spełnia ww. wymagania. Wobec tego niezależnie od innych ustaleń z racji, że dokument ten został wystawiony po terminie składania ofert nie może być brany pod uwagę przy ocenie oferty wykonawcy Asseco.

f. Jednocześnie w dokumentacji postępowania znajduje się pismo od ROMI M. Olszewski, R. Drabik spółka jawna z informacją, że „oświadczenie złożone przez firmę EST Energy z Otwocka o spełnieniu wszystkich parametrów [...] jest nieprawdziwe i nie może być używane w kategorii wyznacznika”.

g. Nie budzi wątpliwości, że w dniu składania ofert UPS General Eletric typu SG PP o mocy 300 kVA zaoferowany przez wykonawcę Asseco nie spełniał wymagań specyfikacji mimo złożenia przez wykonawcę Asseco oświadczenia producenta potwierdzającego spełnienie wymagań przez UPS. Wobec tego wykonawca Asseco powinien zostać wykluczony z postępowania, gdyż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a złożenie oferty z nieprawdziwym oświadczeniem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

h. Dodatkowo dokument ten poświadczony jest za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci producenta – EST Energy Sp. z o.o. co jest sprzeczne z treścią ustawy.

Zgodnie z § 6 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Zaś podmiot trzeci może poświadczyć kopie dokumentów dotyczących odpowiednio tego podmiotu w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy braku podstaw do wykluczenia z postępowania, a nie kopie dokumentów dotyczące przedmiotu zamówienia. Wobec tego należy uznać, że wykonawca Asseco nie złożył wymaganego dokumentu wystawionego przez producenta jednostek UPS potwierdzającego spełnianie parametrów. Wobec konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Asseco nie istnieją przesłanki do zastosowania wezwania wykonawcy Asseco do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 04.05.2012 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 07.05.2012 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawca Asseco Poland SA z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie

przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 09.05.2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 15.05.2012 r. (art. 186 ust. 1 Pzp) wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut – zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Asseco, pomimo że treść oferty wykonawcy Asseco nie odpowiada treści specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w ust. 8.1 lit. I str. 20 i 21 załącznika nr 1 do specyfikacji pn. „Specyfikacja Techniczna”, że zaoferowane urządzenie chłodnicze musi posiadać wydajność chłodniczą 7 kW albo większą.

Natomiast wykonawca Asseco Poland SA zaoferował klimatyzator w pomieszczeniu służy Dalkin FTX35G/RXS35G o mocy chłodniczej **3,4** kW w ilości **1 [bez podania miana]** w cenie netto 16.170 PLN.

Podczas badania ofert zamawiający poprawił we właściwej tabeli omyłkę pisarską z 3,4 kW na 3,5 kW, gdyż na rynku istnieje tylko klimatyzator Dalkin FTX35G/RXS35G o mocy chłodniczej **3,5** kW i jest to niesporne.

Również zamawiający poprawił inną omyłkę w tej tabeli polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niepowodującą istotnych zmian w treści oferty w ilości **1 kpl.**, co zamawiający uzasadnił oświadczeniem wykonawcy, że oferta została złożona zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji oraz ceną rynkową zaofertowanego klimatyzatora, która wynosi od 6.015,44 zł do 7.712,00 zł.

Odwołujący w odwołaniu przypuszcza, że cyt. „zamawiający uznał za komplet 2 sztuki klimatyzatorów”. Jednak, nawet po poprawie oferta wykonawcy Asseco nie odpowiada treści specyfikacji, gdyż zaofertowany klimatyzator czy niesprecyzowany komplet posiada moc chłodniczą 3,5 kW czyli mniejszą aniżeli żądał tego zamawiający – 7 kW. Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej cyt. „intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie [...]” (wyrok KIO z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt 42/12 str. 13).

W rozpoznawanym przypadku skład orzekający Izby uznał, że zamawiający miał prawo poprawić wskazane omyłki, gdyż

1) poprawienie omyłki pisarskiej z „3,4 kW” na „3,5 kW” jest uzasadnione brakiem występowania na rynku klimatyzatora Dalkin FTX35G/RXS35G o mocy omyłkowo zaofertowanej 3,4 kW, a występowaniem tylko tego klimatyzatora Dalkin FTX35G/RXS35G o mocy 3,5 kW [art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp];

2) poprawie innej omyłki w postaci dopisania do ilości skrótu „kpl.”, gdyż nie spowodowało to „zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie” [art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp].

Odwołujący również zarzucił, że niedozwolona jest zmiana liczby oferowanych klimatyzatorów z jednego na jeden komplet – w domyśle dwóch klimatyzatorów, gdyż z treści specyfikacji wynika, że zamawiający żądał jednego klimatyzatora, a zmiana liczby klimatyzatorów cyt. „tworzy nowe oświadczenie wykonawcy Asseco i zmienia ono znacznie zakres oferowanego sprzętu. Zmiana dokonana przez zamawiającego odnosi się do zakresu świadczenia wykonawcy w kwestii zakresu zamówienia i nie może zostać uznana jako nieistotna”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że stosowanie w specyfikacji wyrażenia w liczbie pojedynczej czy mnogiej nie przesądza o możliwości zaofertowania jednego urządzenia bądź większej ich liczby. Szczególnie wynika to z trzech przyczyn: (1) z występowania możliwości technicznych bądź specyfiki urządzenia, że może ono być tylko stosowane w określonej konfiguracji liczebnościowej, (2) z braku zakazu zaofertowania większej liczby urządzeń klimatyzacyjnych w treści specyfikacji oraz (3) z pozostawienia miejsca w formularzu tabelarycznym na wpisanie „ilości” oferowanych klimatyzatorów, a gdyby zamawiający zastrzegł konkretną liczbę tych urządzeń mógłby przynajmniej w tym miejscu skonstruować

formularz tak, aby wynikała z niego możliwość zaoferowania tylko odpowiedniej liczby oferowanych przedmiotów.

Skoro w postępowaniu nie ma takich technicznych uwarunkowań ani zamawiający nie zastrzegł nigdzie konkretnej liczby oferowanych klimatyzatorów, ani zamawiający nie przedstawił w specyfikacji innych wymagań np. co do rozmiarów pomieszczenia, w którym mają zostać zamontowane te urządzenia, to skład orzekający Izby stwierdza, że nie ma podstaw do wymagania zaoferowania określonej liczby przedmiotów tylko na podstawie użycia w specyfikacji liczby pojedynczej lub liczby mnogiej na określenie wymagania dotyczącego przedmiotu.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający uzasadnił poprawienie omyłki tylko na podstawie porównania ceny rynkowej klimatyzatora i zaoferowanej ceny na to urządzenie. Skład orzekający Izby uważa, że zamawiający wystarczająco uzasadnił poprawienie omyłki. Wobec nieograniczonej liczby cech poprawianych omyłek, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp, nie jest możliwe zdefiniowanie przesłanek do poprawienia omyłek, ale na pewno wśród przyczyn poprawień musi się znaleźć poziom cen rynkowych i cen ofertowanych przedmiotów.

Odwołujący również podniósł, że poprawił wyłącznie ofertę wykonawcy Asseco podczas, gdy także w innych ofertach znajdują się błędy dotyczące mocy wydajności chłodniczej. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że do każdego poprawienia omyłki, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp, należy podchodzić indywidualnie biorąc pod uwagę nie tylko miejsce wystąpienia omyłki, ale należy rozważać znacznie więcej czynników. Z takiej analizy mogą wynikać różne wnioski dla zamawiającego i w powierzchownie podobnych sytuacjach, głębsze zbadanie problemu może prowadzić do podjęcia odmiennych decyzji. Odwołujący nie przedstawił dowodów na to, że zamawiający musiał identycznie postąpić we wskazanych dosyć podobnych sytuacjach.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Asseco, mimo że wykonawca ten w terminie 3 dni od dnia otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

11 kwietnia 2012 r. zamawiający przekazał wykonawcy Asseco pismo dotyczące poprawienia oferty w zakresie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia aktywnie nie zgodzi się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pogląd taki jest zgodny z doktryną czy orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11) »Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy przewiduje jedynie przesłankę do odrzucenia oferty, którą jest sytuacja, gdy wykonawca nie

zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Przecząca forma użyta w dyspozycji tego przepisu wskazuje, że w każdej innej sytuacji aniżeli „nie wyrażenie zgody” przez wykonawcę, oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta nie podlega zatem odrzuceniu w razie czynnej akceptacji dokonanej poprawki, przez wyrażenie zgody jak i bezczynności wykonawcy wobec zawiadomienia zamawiającego o poprawieniu jego oferty«.

Jednak w dalszym ciągu, nawet po poprawieniu oferty – w zakresie jaki został zastosowany przez zamawiającego – w ofercie brak jest elementów pozwalających na stwierdzenie spełnienia wymogu zawartego w ust. 8.1 lit. I (str. 20 i 21) załącznika nr 1 do specyfikacji pn. „Specyfikacja Techniczna”, że zaoferowane urządzenie chłodnicze posiada wydajność chłodniczą 7 kW albo większą, gdyż z oferty wynika, że nieokreślony komplet klimatyzatorów posiada wydajność chłodniczą 3,5 kW.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie może w rozpoznawanym postępowaniu uznać, że poprawiona oferta spełnia wymogi zamawiającego, gdyż w żaden sposób z – nawet poprawionej – oferty nie wynika, że zaoferowana moc 3,5 kW kompletu klimatyzatorów jest równa lub większa niż moc niż 7 kW, która to moc była wymagana przez zamawiającego w specyfikacji.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznaje, że zarzut – zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Asseco, pomimo że treść oferty wykonawcy Asseco nie odpowiada treści specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut – zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Asseco, pomimo że oferowany przez tego wykonawcę UPS nie spełnia żądanych przez zamawiającego wymagań – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w specyfikacji technicznej (str. 14 i 16) w odniesieniu do jednostek UPS żądał sprawności całkowitej AC/AC w trybie pracy ekonomicznej (offline): $\geq 98,5\%$ (ust. 4.2 pkt 5 lit. d) oraz dopuszczalnego przeciążenia układu obciążeniowego: 200% przez 5 minut; 4000% przez 10 ms (pkt 4.2.7 lit. i).

U zamawiającego zrodziły się wątpliwości, co do spełnienia przez oferowane urządzenie UPS wymagań zawartych w wyżej przytoczonych miejscach specyfikacji. W związku z tym zamawiający wystosował pismo do przedstawiciela producenta urządzenia UPS – General Electric – o wyjaśnienie sprawy i pismami z 14 oraz 20 kwietnia 2012 r. otrzymał potwierdzenie, że oferowany sprzęt spełnia wymagania zamawiającego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający każdorazowo w przypadku wyjaśnień swoich wątpliwości bierze pod uwagę całość informacji, którymi dysponuje, a nie skupia się tylko na jakiś wybranych dokumentach potwierdzających tylko jedną wybraną tezę.

Ponadto nie jest istotna data wystawienia danego dokumentu, ale istotne jest, aby złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, co wynika z art. 26 ust. 3 zdanie drugie Pzp.

Również zamawiający nie musi wymagać, aby każda z kopii składanych dokumentów, jako wyjaśnienia była potwierdzona przez wykonawcę. Skład orzekający Izby stwierdza, że w żadnym miejscu ustawy nie ma wymogu poświadczania za zgodność z oryginałem przez jakiś konkretny podmiot, natomiast w § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) jest zawarte uregulowanie, że dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a w rozpoznawanym stanie faktycznym nie było podstaw do obligatoryjnego zastosowania tego przepisu.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut – zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Asseco, pomimo że oferowany przez tego wykonawcę UPS nie spełnia żądanych przez zamawiającego wymagań – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i w związku z tym zamawiający ma obowiązek unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, oceny ofert i badania ofert oraz zamawiający został zobowiązany do powtórzenia tych czynności.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....