

**WYROK**

**z dnia 12 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Członkowie:** **Ewa Rzońca**

**Ewa Sikorska**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2012 r. przez **Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miasto Gdynia**

przy udziale uczestnika postępowania **Sprint S.A. w Gdańsku**, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty **Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni**, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym poprawienie omyłek w ofercie odwołującego poprzez zwiększenie w pozycji 3 specyfikacji dostawy ogólnej liczby dysków HP P2000 600GB 6G SAS 15K 3.5 in ENT HDD z 35 na 48, a w pozycji 4 specyfikacji dostawy ogólnej liczby dysków HP P2000 3TB 6G SAS 7.2K 3.5 in MDL HDD z 16 na 18,
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Gdynię** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Miasta Gdyni** na rzecz **Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Miasto Gdynia (zwane dalej „zamawiającym”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetaru nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na dostawę i instalację sprzętu komputerowego dla serwerowni miejskiej realizowanego w ramach projektu „Rozwój elektronicznych usług publicznych w Gdyni”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 19 stycznia 2012 r. pod numerem 2012/S 12-019012.

W dniu 17 maja 2012 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. Koma Nord sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Następnie 28 maja 2012 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) odwołanie kwestionujące czynność odrzucenia oferty odwołującego. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana 25 maja 2012 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

W odwołaniu zarzucono zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 Pzp poprzez prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego przy braku wystąpienia przesłanek dokonania czynności odrzucenia oferty,
3. naruszenie przepisów art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie dokonania czynności do której był obowiązany tj. poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty oraz wszystkich naruszeń przywołanych w dalszym uzasadnieniu i dalszym toku odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji odrzucenia jego oferty, unieważnienia decyzji wyboru oferty Sprint S.A., powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 innej niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) , niepowodującej istotnych zmian w treści oferty i wyboru oferty odwołującego, gdyż jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu wg kryteriów określonych w siwz.

Uzasadniając zarzuty zawarte w odwołaniu odwołujący argumentował, że zamawiający w treści siwz wskazał, iż (w zakresie spornych kwestii) przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch rodzajów macierzy dyskowych zgodnych z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 7 siwz, tj. zawierającej odpowiednio 48 i 18 dysków. Jednocześnie zamawiający w pkt. 2.12 załącznika nr 7 do siwz wymagał, by wykonawca dołączył do oferty wykaz sprzętu, który dostarczy w ramach realizacji umowy, o treści odpowiadającej załącznikowi: załącznik nr 2 - specyfikacja dostawy. Z samej treści wzoru wykazu sprzętu wynika, iż wykonawca winien był tam określić nazwę producenta i model urządzeń oraz nazwę producenta, nazwę i wersję oprogramowania dostarczanego przez wykonawcę. Odwołujący wyjaśnił, że ofertę przygotował z należytą starannością i wraz z producentem macierzy (firma HP) opracował kompletną konfigurację urządzeń. Działanie to gwarantowało dokonanie rzetelnej wyceny oferty. Jednocześnie odwołujący, chcąc ułatwić zamawiającemu ocenę ofert, a także przedstawić całokształt oferowanego rozwiązania, wprowadził opis konfiguracji do wskazanego załącznika, tym samym wzbogacając ofertę o dodatkowe szczegółowe informacje dotyczące oferowanego produktu. Informacje te nie były wymagane przez zamawiającego w siwz. Jednocześnie odwołujący wyraźnie oświadczył, iż oferowany przez niego produkt jest zgodny z treścią siwz i zaoferowane rozwiązanie posiada wszystkie wymagane elementy i cechy jakościowo - funkcjonalne. Faktem jest, iż we wskazanej dodatkowej czynności opracowania pełnej konfiguracji i przedstawienia jej w ofercie, odwołujący nie ustrzegł się omyłki natury redakcyjnej przy kopiowaniu konfiguracji przygotowanej przez producenta do tabelki formularza - w tabelce nie zmieściło się kilka wierszy konfiguracji. W efekcie, gdy podsumuje się ilości poszczególnych elementów macierzy, okazuje się, że ilość dysków i półek na dyski jest mniejsza niż niezbędna. Jest to jednak omyłka, jaką w oczywisty sposób można poprawić, a zamawiający znał sposób jej poprawienia. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie określił ściśle wykonawcom, jak opisać zaoferowane urządzenia. Dodał, że sam zauważył niepełną treść wykazu i skierował przed ogłoszeniem wyniku postępowania do zamawiającego pismo potwierdzające omyłkowy charakter niezgodności, jej nieistotność i możliwość poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający zdaniem odwołującego miał wiedzę w jaki sposób dokonać poprawienia oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający potrafił w ofercie

odwołującego policzyć dyski, stwierdzić, że jest ich zbyt mało i odrzucić ofertę. W tej sytuacji niezrozumiałe byłoby, gdyby zamawiający twierdził, że nie potrafił poprawić ilości dysków i półek na prawidłową. Zamawiający dysponuje profesjonalnymi informatycznymi służbami inżynierskimi, czego dowodem jest profesjonalne i precyzyjne przygotowanie siwz, dalece wykraczając w szczegółach poza proste wymagania funkcjonalne, jakie mogłaby formułować osoba nie zorientowana w tak prostych sprawach jak ilość dysków i półek dyskowych. Zamawiający (zresztą bardzo słusznie) potrafił wykazać błędy w ofertach innych wykonawców. W tym celu badał specyfikacje techniczne producenta i wykonywał inne czynności świadczące o swej dużej wiedzy technicznej. Dokonanie przez zamawiającego poprawienia omyłkowej niezgodności polegałoby jedynie na poprawieniu łącznej liczby dysków i kontrolera półek na dyski, które i tak zostały przewidziane w wskazanym rozwiązaniu konfiguracji i objęte zostały kalkulacją. W ten sposób liczby: pozycja 3 - rozwiązanie zawierające łącznie 35 dysków i 2 półki i pozycja 4 - rozwiązanie zawierające łącznie 16 dysków i 1 półkę uległyby poprawieniu na: pozycja 3 - rozwiązanie zawierające łącznie 48 dysków i 3 półki pozycja 4 - rozwiązanie zawierające łącznie 18 dysków i 1 półkę, z zachowaniem kwoty wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym. Gdyby poprawki naniesione przez zamawiającego były technicznie nieprawidłowe, odwołujący nie wyraziłaby zgody na ich naniesienie, zatem zamawiający nie ponosił żadnego ryzyka gdyby poprawił ofertę. Niezgodność stwierdzona w ofercie odwołującego spełnia wskazane w ustawie przesłanki do jej poprawienia, tj.: ma omyłkowy charakter - odwołujący, jak już wskazano, wraz z producentem opracował konfigurację urządzenia i jej wycenę, złożył oświadczenie o zgodności przedmiotu oferty ze specyfikacją urządzenia wskazaną w siwz i do realizacji zobowiązania o takiej treści odwołujący się zobowiązał składając ofertę, pod groźbą sankcji wskazanych w Pzp. Ponadto odwołujący powiadomił zamawiającego o omyłce, wskazując zarazem na sposób jej poprawy. Omyłki te mają także charakter nieistotny - odwołujący jednoznacznie wskazał, iż oferowane urządzenia posiadają parametry wskazane w siwz i poza sporem jest fakt, iż poprawienie omyłki w ilości dysków i półek na dyski (pośród wielu innych elementów składających się na zaoferowane rozwiązania), nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, gdyż de facto nie powoduje żadnych merytorycznych zmian, a jedynie w prosty sposób uzupełnia ilości tych elementów do wymaganych poziomów. Zarówno zobowiązanie jak i wskazana w ofercie cena obejmuje cały przedmiot zamówienia zgodny z wymogami siwz, czyli prawidłową, pełną konfigurację. Podkreślił, że zamawiający ma w okolicznościach wskazanych w art. 89 ust. 2 pkt 3 Pzp obowiązek dokonania stosownych korekt. Z obowiązku dokonania poprawienia omyłek zamawiającego nie zwalnia brak specjalistycznej wiedzy, co do dokonania poprawek. Zamawiający wszczynając postępowanie, musi dochować należytej staranności pod względem zapewnienia w postępowaniu osób o fachowej merytorycznej wiedzy - np. biegłych lub osób opisujących

przedmiot zamówienia. Ponadto ustawa przewiduje możliwość zwrócenia się do wykonawców o wyjaśnienia treści złożonych ofert. Każde z tych narzędzi służy zadośćuczynieniu obowiązkowi rzetelnej i obiektywnej oceny ofert, w tym podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty w sytuacji wystąpienia przesłanki z art. 89 Pzp potwierdzonej dokumentacją postępowania. Niedopuszczalnym jest, co w niniejszym postępowaniu zrobił zamawiający, odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią siwz z uwagi na brak wiedzy zamawiającego, czy faktycznie taka niezgodność istnieje i jaki ma wpływ na treść oferty. Zwłaszcza, że oferta odwołującego była znacząco tańsza od oferty wybranej, a zamawiający zobowiązany jest do gospodarności w zarządzaniu środkami publicznymi. Odwołujący wskazał, iż dokonując kalkulacji ceny, uwzględnił prawidłową ilość. Korespondencja kierowana do zamawiającego potwierdziła fakt, że zamawiający miał pełną świadomość o zaistniałych omyłkach oraz o właściwym sposobie ich poprawienia.

Pismem z 28 maja 2012 r. przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosił Sprint S.A. w Gdańsku, a po stronie odwołującego 1 czerwca 2012 r. w formie pisemnej Monolit IT sp. z o.o. w Gdyni (faksem i mailem przystąpienie przesłał 31 maja 2012 r.).

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego w załączniku nr 7 do siwz (pkt 3.1. siwz). Obejmuje dostawę i instalację sprzętu komputerowego, w tym 9 serwerów, 2 macierzy dyskowych, przełącznik SAN, 2 przełączniki zarządzalne z obsługą routingu i możliwością łączenia w stos., 1 przełącznik zarządzany, 5 sztuk – UPS. W pkt. 1.3. – macierz dyskowa zamawiający w wierszu 1 tabeli wskazał, że wymaga zainstalowania 48 dysków SAS 600 GB 15 K, hot plug oraz w pkt. 1.4. – macierz dyskowa wskazano w wierszu 1 tabeli 18 dysków (SATA albo NI – SAS) 3TB, hot plug. W pkt. 2.12. załącznika nr 7 do siwz zamawiający wymagał, aby w ofercie umieścić szczegółowe konfiguracje oferowanych urządzeń (identyfikatory katalogowe, opisy itp.), pozwalające je jednoznacznie zidentyfikować. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dołączyli do oferty wykaz sprzętu, który dostarczą w ramach realizacji umowy, o treści odpowiadającej załącznikowi nr 2 – specyfikacja dostawy (pkt 3.8. siwz). Do siwz załączono wzór specyfikacji dostawy, zgodnie

z którym należało podać nazwę producenta i model urządzenia oraz nazwę producenta, nazwę i wersję oprogramowania dostarczanego przez wykonawcę. W kolumnie 5 tabeli należało podać konfigurację.

Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za cenę brutto 899 330,49 zł, podczas gdy oferta najkorzystniejsza złożona przez Sprint S.A. opiewa na kwotę 997 899 zł. Do oferty odwołującego załączona została sporządzona zgodnie ze wzorem zawartym w siwz (załącznik nr 7) specyfikacja dostawy. Odwołujący oświadczył, że „poniższy sprzęt i oprogramowanie pochodzą z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów i spełniają wymagania szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia z Załącznika nr 7”. Dalej w tabeli – pkt. 3 – macierz dyskowa, HP P2000 oświadczył, że „zgodna z załącznikiem Nr 7 SIWZ” oraz opisał konfigurację tej macierzy wymieniając w sumie 35 dysków HP P2000 600GB 6G SAS 15K 3.5 in ENT HDD (wiersz 2 i 10 - po 12 sztuk, wiersz 6 – 11 sztuk), a w pkt. 4 – macierz dyskowa, HP P2000 oświadczył, że „zgodna z załącznikiem Nr 7 SIWZ” oraz opisał konfigurację tej macierzy wymieniając w sumie 16 dysków HP P2000 3TB 6G SAS 7.2K 3.5 in MDL HDD z 16 na 18 (wiersz 2 – 12 sztuk i wiersz 6 – 4 sztuki).

Zamawiający nie wyjaśniał treści oferty z złożonej przez wykonawcę w powyższym zakresie. Odwołujący pismem z 12 kwietnia 2012 r. wyjaśnił zamawiającemu, że w jego ofercie są omyłki dotyczące m.in. ilości dysków w macierzy dyskowej Z wyjaśnień wynika w szczególności, że w poz. 3 specyfikacji dostawy podał omyłkowo o 13 dysków mniej, a w poz.4 o 2 dyski mniej. Oświadczył także, że omyłki nie zmieniają ceny oferty oraz dotyczą tylko niektórych elementów składowych, zatem z punktu widzenia całej oferty nie są zmianami istotnymi.

Zamawiający pismem z 17 maja 2012 r. poinformował odwołującego o wyniku postępowania wskazując, że odrzucił ofertę odwołującego, gdyż nie odpowiada ona treści siwz. Argumentował, że w obu macierzach wykonawca ten zaoferował mniejszą liczbę dysków niż wymagana. W przypadku macierzy dyskowej opisanej w pt. 1.3. załącznika nr 7 do siwz wykonawca zaoferował 35 dysków zamiast 48, a w przypadku macierzy opisanej w pkt. 1.4. załącznika nr 7 do siwz zaoferował 16 dysków zamiast wymaganych 18.

Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując im 25 maja 2012 r. odwołanie. Pismem z 28 maja 2012 r. przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosił Sprint S.A. w Gdańsku, a po stronie odwołującego 1 czerwca 2012 r. w formie pisemnej Monolit IT sp. z o.o. w Gdyni (faksem i mailem przystąpienie przesłał 31 maja 2012 r.).

**Uwzględniając tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, jak niżej:**

Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Do postępowania skutecznie przystąpił po stronie zamawiającego Sprint S.A. w Gdańsku (dalej „przystępujący”). Wykonawca Monolit IT sp. z o.o. w Gdyni uchybił terminowi na zgłoszenie przystąpienia, który zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp, mija z upływem 3 dni od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania. Zatem w okolicznościach faktycznych sprawy upłynął 28 maja 2012 r., tym samym zgłoszenie przystąpienia w wymaganej formie (pisemna) 1 czerwca 2012 r. było spóźnione.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących prawidłowości decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego (Izba rozpoznawała odwołanie w granicach podniesionych zarzutów) na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron, odwołanie należało uwzględnić.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W okolicznościach faktycznych sporu niezbędne jest ustalenie, czy niezgodności stwierdzone w ofercie – w specyfikacji dostawy (pkt 3 i 4 – zbyt mała liczba dysków w stosunku do załącznika nr 7 do siwz) należało poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp.

Zważywszy tak zarysowany przedmiot sporu Izba stwierdziła, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z uchybieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający zobowiązany był bowiem do dokonania w kwestionowanym zakresie poprawy oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Za pierwszorzędne Izba uważa podkreślenie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w siwz, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w siwz. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu



wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w siwz oczekiwania. W tym miejscu należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 Pzp stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp (vide: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią siwz. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni siwz (art. 82 ust. 3 Pzp). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z siwz (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11). Dodać trzeba, że weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią siwz służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 Pzp, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz

skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji. Jak zostało wskazane przez Izbę w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści” (tak też wyrok KIO z 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11 oraz wyrok KIO z 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11 i wyrok KIO z 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 757/12).

Zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do komentowanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu 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 niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy trzeba podkreślić, iż w stanie faktycznym sprawy, stwierdzone przez zamawiającego niezgodności pomiędzy treścią

oferty odwołującego a siwz (załącznikiem nr 7) podlegały poprawie. Z oferty odwołującego (oświadczenie w specyfikacji dostawy załączonej do oferty jednoznacznie wynika, iż jego zamiarem było zaoferowanie obu kwestionowanych macierzy dyskowych zgodnie z załącznikiem nr 7 do siwz). Niewątpliwie jednak omyłkowo w opisie konfiguracji wymienił zbyt małą liczbę dysków. Zważywszy jednak, że:

- przedmiot zamówienia stanowi dostawa szeregu urządzeń komputerowych wraz z ich instalacją - dwie macierze dyskowe to jeden z wielu elementów składających się na przedmiot zamówienia opisanego w załączniku nr 7;
- odwołujący opisał szczegółowo konfigurację oferowanego sprzętu, w tym macierzy dyskowych, nie wymieniając w poz. 3 specyfikacji dostawy 13 dysków (zamiast 48 podał 35 sztuk), a w poz. 4 2 dysków (zamiast 18 podał 16 sztuk);
- zamawiający nie określił w siwz (poza ogólnym stwierdzeniem dotyczącym możliwości identyfikacji sprzętu zawartym w pkt.2.12. załącznika nr 7 do siwz), jak szczegółowo wykonawcy mają opisać konfigurację oferowanego sprzętu, a zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie Izby poglądem, nie jest dopuszczalne wywodzenie negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawców, w sytuacji, gdy w siwz brak jednoznacznych wskazań co do sposobu sporządzenia oferty;
- odwołujący oświadczył, że w cenie oferty uwzględnił sprzęt i instalację opisaną w siwz, w tym nie wymienione w specyfikacji dostawy dyski, a brak jest podstaw do twierdzenia, że oświadczenie to jest niewiarygodne, skoro w ofercie odwołujący oświadczył, że oferuje macierze dyskowe zgodne z załącznikiem nr 7 do siwz;
- wartość spornych dysków wg twierdzeń odwołującego to ok. 2% ogólnej ceny ofertowej, tj. ok.18 000 zł (cena ofertowa 899 330,49 zł), zamawiający w siwz nie żądał szczegółowej wyceny poszczególnych elementów oferty, nie ustalał także, jaka jest wartość brakujących dysków – Izba dała wiarę wyjaśnieniom odwołującego w tej kwestii

Izba oceniła, (wbrew stanowisku zamawiającego prezentowanemu na rozprawie oraz przystępującego wyrażonego w toku rozprawy i w piśmie procesowym z dnia 4 czerwca 2012 r.), że stwierdzone niezgodności należało skorygować. Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), że kwalifikator „istotnych zmian” „należy odnosić do całości treści oferty (...) biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”. Dalej Sąd wyjaśnił, iż „ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę treści oferty, musi być dokonane na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”. Izba podkreśla, iż niewątpliwie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym. Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do konkretnego przypadku podlega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, jest doniosłe faktycznie lub prawnie (tak wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1064/11). W konsekwencji na gruncie badanej sprawy niedoskonałości w treści oferty odwołującego uznać należało za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym (brak jakiegokolwiek wpływu na cenę ofertową).

Dodać trzeba, odnosząc się do argumentacji zamawiającego i przystępującego przedstawionej na rozprawie, że pismo odwołującego z 12 kwietnia 2012 r. wyjaśniające zamawiającemu, że w ofercie popełniono omyłki nie stanowi zmiany treści oferty, lecz wskazuje na określone niezgodności stwierdzone w ofercie odwołującego oraz zawiera opinię odwołującego o zasadności poprawy tych niezgodności. Decyzję o poprawieniu omyłek bądź nie dokonaniu korekt podejmuje zamawiający, uwzględnivszy jednak fakt, że omyłki kwalifikujące się do poprawy na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 1 -3 Pzp jest zobowiązany skorygować.

Konkludując Izba wskazuje, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający bowiem niezasadnie zaniechał poprawienia omyłek w ofercie odwołującego. Powyższe wskazuje na wadliwe zastosowanie w stosunku do oferty odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nieuzasadnione odrzucenie jego oferty, jako niezgodnej z treścią siwz, co także przemawia za stwierdzeniem, że zamawiający naruszył wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Konsekwencją stwierdzonych naruszeń jest nakazanie zamawiającemu poprawienia oferty odwołującego w kwestionowanym zakresie, a następnie zawiadomienie go o dokonanych korektach. Odrzucenie oferty będzie dopuszczalne, gdy odwołujący w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłek (art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Izba pominęła dowód z oferty HP złożony w toku rozprawy przez odwołującego, gdyż zgodnie z par. 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. Nr 48, poz. 280) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a gdy zostały sporządzone w

języku obcym, ten kto się na nie powołuje zobowiązany jest przedstawić tłumaczenie na język polski.

Zważywszy powyższe Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepis § 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....