

Sygn. akt: **KIO 2479/11**

**KIO 2489/11**

**WYROK**  
**z dnia 1 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **23.11.2011 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

**A. w dniu 19.11.2011 r. przez wykonawcę INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław (sygn. akt KIO 2479/11),**

**B. w dniu 21.11.2011 r. przez wykonawcę Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Spółka z o.o., ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków (sygn. akt KIO 2489/11),**

w ramach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego - **Zakład Ubezpieczeń Społecznych - Centrala, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup stacji roboczych” (znak sprawy TZ/370/51/11),

**A.**

przy udziale wykonawcy **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Spółka z o.o., ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2479/11 po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawcy **INCOM S.A., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2479/11 po stronie Odwołującego;

**B.**

przy udziale wykonawcy **INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2489/11 po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**A. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2479/11;**

**B. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2489/11;**

**2. Kosztami postępowania obciąża**

**A. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2479/11 Odwołującego - INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław;**

**B. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2489/11 Odwołującego – wykonawcę Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Spółka z o.o., ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:

- A** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław (sygn. akt KIO 2479/11),**
- B** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Spółka z o.o., ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków (sygn. akt KIO 2489/11),**

2)

- A** dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **INTEGRIT Spółka z o.o., ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław** na rzecz Zamawiającego - **Zakład Ubezpieczeń Społecznych - Centrala, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika;
- B** dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Spółka z o.o., ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków** na rzecz Zamawiającego - **Zakład Ubezpieczeń Społecznych - Centrala, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 1 grudnia 2011 r. w sprawie KIO 2479/11 i KIO 2489/11**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych - Centrala, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup stacji roboczych” (znak sprawy TZ/370/51/11).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 12.08.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu 17.08.2010 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem ogłoszenia 2010/S 156-259718.

#### **Sygn. akt KIO 2479/11**

W dniu **10.11.2011 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INCOM S.A.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19.11.2011 r.** przez wykonawcę **INTEGRIT Spółka z o.o.** wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Incom SA jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Incom SA z udziału w postępowaniu oraz nieodrzuconie oferty złożonej przez Incom S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 3 oraz art. 91 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez INCOM SA,
- wykluczenie INCOM SA z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie złożonej przez niego w ramach postępowania oferty,
- nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający ocenił jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez INCOM SA z siedzibą we Wrocławiu pomimo, że oferta ta powinna zostać odrzucona a wykonawca - INCOM SA wykluczony z udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że SIWZ zawiera szczególne regulacje ustanowione przez Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania. Zamawiający bowiem nie nałożył

na wykonawców konieczności przedłożenia specyfikacji zaoferowanego sprzętu, podejmując tym samym próbę zwolnienia się z obowiązku sprawdzenia czy sprzęt ten spełnia wymogi określone w SIWZ - polegając w tym zakresie jedynie na oświadczeniu wykonawcy. Wskazał, iż specyfikacja sprzętu, zgodnie z zapisami SIWZ miała zostać przedłożona na 5 dni przed podpisaniem umowy. Odwołujący podniósł, iż zabieg ten znacznie utrudnia wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, korzystanie z przysługujących im środków ochrony prawnej. Wykonawcy ci nie mają bowiem możliwości kontroli decyzji Zamawiającego - wyboru oferty najkorzystniejszej pod kątem oceny zgodności z SIWZ tej oferty.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w aktach postępowania znajduje się specyfikacja techniczna sprzętu dostarczona przez firmę Incom, z której wynika, iż sprzęt ten wyposażony jest w procesor Intel Celeron G530 2,4 GHz 2Mb cache. W ocenie Odwołującego procesor ten nie spełnia wymogów określonych w SIWZ. Odwołujący podniósł, iż rozważał zaoferowanie sprzętu wyposażonego w ten procesor, ale zaniechał tego z uwagi na fakt, iż procesor nie spełniał norm wydajnościowych określonych w SIWZ. Otóż w SIWZ ustanowiony został wymóg aby zaoferowany procesor umożliwiał uzyskanie w teście wydajnościowym Bapco SYSmark 2007 Preview Rating wyniku nie gorszego niż 170 punktów, zgodnie z tabelą opublikowaną pod adresem: <http://www.bapco.com/support/fdrs/SYSmark2007web>. W przypadku kiedy oferta złożona przez wykonawcę dotyczyć miała procesora nie uwzględnionego w ww. tabeli, Zamawiający nałożył na wykonawcę przeprowadzenia testu wydajności we własnym zakresie oraz załączenia do oferty raportu wydajnościowego oferowanego komputera, potwierdzającego uzyskanie wymaganego minimum punktowego. Procesor zaproponowany w komputerze zaoferowanym przez INCOM SA wg tabeli opublikowanej pod adresem <http://www.bapco.com/support/fdrs/SYSmark2007web> osiąga maksymalny wynik 158 pkt w teście Sysmark 2007 Preview Rating. Jednocześnie do oferty nie zostały dołączone dokumenty wykazujące, iż INCOM SA na własną rękę przeprowadził testy wydajnościowe urządzenia i osiągnął wymagany wynik. Zdaniem Odwołującego się, Zamawiający po zapoznaniu się ze specyfikacją dot. oferty INCOM SA, powinien powziąć istotne wątpliwości dot. zgodności oferty INCOM SA z SIWZ i wezwać INCOM SA do złożenia wyjaśnień dot. treści tej oferty, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz jednocześnie do uzupełnienia dokumentów - wyników testów wydajności procesora. Zamawiający zaniechał jednak dokonania tych czynności. Zamawiający nie wykonał więc podstawowego obowiązku obciążającego go w toku przeprowadzanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zbadania zgodności oferty z SIWZ. W tym miejscu zaznaczyć należy, iż obowiązek ten jest zarówno nieograniczony w czasie ale i nie można się z obowiązku tego zwolnić np. poprzez ustanowienie zapisów w SIWZ (jak to uczynił Zamawiający w toku niniejszego

postępowania). Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający na każdym etapie postępowania zobowiązany jest badać czy zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu lub też odrzucenia którejs z złożonych ofert. Dodatkowo należy podkreślić, że Zamawiający dotychczas nie ustosunkował się do znajdujących się w aktach postępowania pisma INCOM SA z których wynika wprost, iż zaofertowany sprzęt jest niezgodny z SIWZ. Mając na uwadze fakt, iż na tym etapie postępowania nie jest możliwe dokonanie zmiany oferty, uznać należy, iż oferta INCOM SA powinna zostać więc odrzucona. W związku zaś ze złożonym oświadczenie o zgodności zaofertowanego sprzętu z SIWZ, Odwołujący powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż na skutek sprzecznej z prawem czynności Zamawiającego, oferta złożona przez Odwołującego nie została oceniona jako najkorzystniejsza a co za tym idzie Odwołujący utracił możliwość realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

### **Sygn. akt KIO 2489/11**

W dniu **10.11.2011 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INCOM S.A. oraz o wynikach kwalifikacji ofert;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21.11.2011 r.** wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegających na:

I.1. uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę INCOM S.A.;

I.2.1. dokonaniu poprawienia omyłek w ofertach wykonawców: LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. w zakresach wskazanych w pismach Zamawiającego skierowanych do wskazanych wykonawców przy równoczesnym:

I.2.2. zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców: LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI SA, INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A., w których Zamawiający dokonał poprawienia omyłek przywołując postanowienia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

I.3.1. zaniechaniu poprawienia oczywistych omyłek pisarskich w ofertach wykonawców: LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. zo.o., ITSUMI SA, INCOM SA, ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec SA, w których Zamawiający dokonał poprawienia omyłek przywołując postanowienia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przy równoczesnym

I.3.2. zaniechaniu ustalenia, czy oferty wykonawców: LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI SA, INCOM SA, ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. nie zawierają rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia;

I.4.1. dokonaniu zmiany w treści ofert wykonawców: LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI SA, INCOM SA, ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, których naruszenie miało wpływ na wynik postępowania a mianowicie:

- art. 7 ust. 1 i 2 - poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców przy równoczesnym niezachowaniu obiektywizmu;
- art. 82 ust. 3 - poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
- art. 87 ust. 1 - poprzez niedopuszczalne dokonanie zmiany treści ofert wykonawców wskazanych w cz. I pkt 4.1 odwołania;
- art. 87 ust. 2 pkt 1 - poprzez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich w ofertach wykonawców wymienionych w cz. I pkt. 3.1 odwołania;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 - poprzez dokonanie poprawek w ofertach wykonawców wskazanych w cz. I pkt 2.1 odwołania;
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 7 - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wymienionych w cz. I pkt 2.2 odwołania;
- art. 90 ust. 1 - poprzez zaniechanie ustalenia czy oferty wykonawców wymienionych w cz. I pkt 3.2. odwołania nie zawierały rażąco niskiej ceny -przy uwzględnieniu realizacji zaniechanej przez Zamawiającego czynności wynikającej z postanowień art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp;
- art. 91 ust. 1 - poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie wypełnia przesłanki uznania jej za najkorzystniejszą.

1. W uzasadnieniu zostało wskazane, że Zamawiający określił, tak w ogłoszeniu jak też w SIWZ, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa (zakup) stacji roboczych. Potwierdzeniem takiego stanu są w szczególności zapisy pkt. 11.1.1) oraz 11.1.5 ogłoszenia a także głównie zapisy rozdz. II SIWZ i wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający określając w pkt. 11.1.6) ogłoszenia oraz rozdz. II ust. I pkt 2 SIWZ kod CPV - 30.21.40.00-2 jednoznacznie wskazał na stacje robocze składające się z komputera PC, klawiatury, myszki komputerowej, monitora oraz oprogramowania systemowego. Gdyby Zamawiający określał, że przedmiotem zamówienia

są poszczególne elementy wchodzące w skład stacji roboczej to określając kody CPV dla przedmiotu zamówienia zobowiązany byłby do wskazania kodów:

- 30.21.3000 - komputery PC;
- 30.23.7460 - klawiatury;
- 30.23.7410 - myszki komputerowe;
- 30.23.1300-monitory;
- 48.62.0000 - systemy operacyjne.

Następnie Odwołujący podniósł, iż dokonując oceny ofert wykonawców wskazanych w cz. I odwołania, Zamawiający, wbrew własnym ustaleniom i wymogom określonym w ogłoszeniu i SIWZ, dokonał nieuprawnionego rozdziału przedmiotu zamówienia, wyłączając ze stacji roboczych monitory. Zamawiający, na etapie oceny ofert - przyjął, odmienny - niż określony i wskazany do obowiązkowego zastosowania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu - sposób ustalania ceny oferty. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, błędnie i w sposób całkowicie niedozwolony i nieuprawniony przyjął, iż część wykonawców w formularzu ofertowym określała odrębne ceny jednostkowe dla stacji roboczej (bez monitora) i odrębnie dla monitora a część wykonawców określała ceny jednostkowe dla stacji roboczych (z monitorem) wyodrębniając w tej cenie wartość monitora czyli zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Jak wykazano wyżej, Zamawiający który określił przedmiot zamówienia jako stacje robocze mógł, w ocenie Odwołującego, wyłącznie dokonywać oceny ofert przyjmując, iż obejmują one stacje robocze a nie komputery PC, monitory, myszki, klawiatury i systemy operacyjne, które występują jako elementy konfiguracji stacji roboczych, co obrazuje tabela - specyfikacja stacji roboczych -zawarta w rozdz. II ust. I pkt 3 SIWZ.

2. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonując w ofertach wykonawców wskazanych w cz. I pkt 2.1. odwołania poprawienia omyłek, z przywołaniem jako podstawy wykonania tej czynności postanowień art. 87 ust. 2 pkt. 3, naruszył ten przepis albowiem przepis ten nie dopuszcza dokonania poprawek powodujących zmiany cen. Wykonując tę czynność Zamawiający równocześnie naruszył postanowienia art. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - albowiem w sposób całkowicie niedopuszczalny dokonał zmiany treści ofert wskazanych wykonawców.

Zamawiający wskazując w treści pism skierowanych do wykonawców, których oferty zostały przez Zamawiającego poprawione, iż cyt.: „Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ w Rozdziale V „Formularz cenowy” wymagał w kolumnie nr 4 wykazania ceny jednostkowej w zł z VAT” stacji roboczej razem z monitorem oraz oddzielnie ceny monitora” dokonał czynności „zaprzeczającej” wymogowi - stwierdzając, iż wykonawcy podając ceny jednostkowe stacji roboczych podali ceny bez monitorów a więc zaniżone. W ocenie Odwołującego całkowitym niezrozumieniem opatrzone są działania Zamawiającego w tym



zakresie, który zaprzeczając swym własnym wymogom, w sposób całkowicie nieuprawniony i sprzeczny z zasadami równego traktowania wykonawców dokonuje zmiany ceny oferty. Każdy z wymienionych wykonawców określił w sposób jednoznaczny i nie mogący budzić jakichkolwiek wątpliwości - w kol. 4 formularza cenowego (część V) cenę jednostkową [w zł z VAT] stacji roboczej. Uwzględniając ilość stacji roboczych określoną w kolumnie 3, określenie wartości brutto oferty jest wyłącznie działaniem matematycznym. Jak wskazał Odwołujący Zamawiający w sposób całkowicie niezrozumiały dokonał zwiększenia, tak określonych wartości przez wykonawców, jedynie u wskazanych wykonawców, poprzez zwiększenie ich o wartość monitorów, których wartość już została zawarta uprzednio w wartości oferty. Zamawiający poprzez zsumowanie dwóch wielkości - wartości 10.700 szt. stacji roboczej z wartością 10.700 szt. monitorów dokonał tzw. „podwójnego objęcia” w wartości oferty wartości monitorów. W dalszej części uzasadnienia zostało podniesione, iż należy wskazać i zaznaczyć, iż nie może być uznane za właściwe działanie Zamawiającego, który uznał dowolnie, iż wskazani w odwołaniu wykonawcy podali dwie niezależne wielkości cenowe, które Zamawiający zobowiązany był zsumować. Jak wynika wprost z treści formularza cenowego, co podkreśla również sam Zamawiający, w cenie jednostkowej stacji roboczej z oferty zawierała się wartość (cena jednostkowa) monitora. Potwierdzeniem tego są zapisy: „(w tym monitor)” jak też podanie w kolumnie 1 tabeli wyłącznie jednej pozycji - „Lp. 1” co oznacza w sposób bezsporny i niepodważalny, iż formularz cenowy dotyczy wyłącznie jednej pozycji - stacji roboczej. Również wskazać należy, iż potwierdzeniem takiego trybu ustalania ceny oferty jest „nieobjęcie” tekstem formularza pozostałych elementów stacji roboczych: klawiatura, mysz komputerowa, system operacyjny. Potraktowanie zatem przez Zamawiającego „odrębnego i odmiennego” trybu ustalania ceny oferty niż przyjęta i określona w sposób jednoznaczny w rozdz. V SIWZ stanowi o naruszeniu przywołanego przepisu jak też art. 7 ust. 1 i 2 Pzp.

3. Z uwagi na fakt, iż analogiczne działanie Zamawiającego z zakresu dokonywania poprawienia „innych omyłek” wystąpiło u szeregu wskazanych wykonawców w niniejszym odwołaniu, dla zobrazowania sprzecznych z prawem działań Zamawiającego, a jednocześnie uzasadnienia argumentacji Odwołującego, Odwołujący przedstawił liczbowo dane odnoszące się do oferty uznanej za najkorzystniejszą tj. złożonej przez wykonawcę INCOM S.A. W formularzu cenowym INCOM S.A. podał jako cenę jednostkową [z VAT] stacji roboczej - 1.502,85 zł. co po uwzględnieniu oferowanej ilości - 10.700 szt. stanowi o wartości (cenie oferty) jako 16.080.495,00 zł. Zamawiający zmienił tę cenę zastępując ją ceną 19.970.908,00 zł poprzez dokonanie zmiany ceny jednostkowej stacji roboczej z wielkości 1.502,85 zł na 1.866,44 zł. Zamawiający całkowicie pominął w swych rozważaniach - przy wykonywaniu tej czynności - iż jest ona w całkowitej sprzeczności, tak z treścią formularza

cenowego, jak też z zapisami SIWZ zawartymi w pkt. 1 rozdz. V SIWZ - „Wykonawca poda cenę oferty w sposób określony w Formularzu ofertowym części V - „formularz cenowy”...” przy równoczesnym uwzględnieniu takich postanowień SIWZ jak np. „Wyszczególnione w powyższej tabeli ceny jednostkowe oraz całkowita cena oferty brutto są ostateczne...” [zapis cz. V formularza] czy też „Ceny jednostkowe określone są w części Oferty - Formularz cenowy, zgodnie z postanowieniami Rozdziału V Specyfikacji”. Stanowisko Odwołującego odnosi się w tym zakresie do wszystkich pozostałych wymienionych wykonawców w ofertach których Zamawiający dokonał na analogicznej zasadzie zmian ceny oferty, lecz na podstawie innych danych liczbowych.

4. W pkt 4 uzasadnienia Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonując czynności poprawienia „innych omyłek” powiadomił o tych działaniach wszystkich zainteresowanych wykonawców, którym zmienił w formularzu cenowym cenę ofertową. Odwołującemu podczas zapoznawania się z dokumentacją postępowania nie przedstawiono żadnego pisma, oświadczenia któregośkolwiek z wymienionych wykonawców o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłek stosownie do postanowień art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości zawarł w rozdziale VII cz. I pkt. 2 SIWZ wymóg wyrażenia zgody przez wykonawcę na dokonane przez Zamawiającego poprawienie omyłek. Brak wyrażenia zgody przez wykonawcę poddany został rygorowi odrzuceniu takiej oferty o czym stanowi także zapis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wobec niestwierdzenia w aktach postępowania takich zgód - w odniesieniu do wszystkich wskazanych wykonawców, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia wszystkich ofert, w których Zamawiający dokonał poprawienia „innych omyłek”. Zamawiający zaniechał tym samym także realizacji swojego zobowiązania - wobec wszystkich uczestników postępowania - zawartego w SIWZ [rozdz. VII cz. I pkt. 2] w tym zakresie.

5. Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył postanowienia art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty złożonej przez INCOM S.A. jako najkorzystniejszej pomimo bezspornego faktu, iż po dokonanych poprawkach przez zamawiającego treść jej nie odpowiada treści SIWZ.

6. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, dokonując poprawienia innych omyłek całkowicie pominął ciążący na nim obowiązek poprawienia oczywistych omyłek pisarskich we wskazanych w odwołaniu ofertach polegających na konieczności poprawienia zapisów w częściach II formularzy ofertowych poprzez zapisanie w nich - jako ceny całkowitej z podatkiem VAT - wartości 10.700 szt. stacji roboczych wykazanej w kolumnie 5 części V

ofert poszczególnych wykonawców. Wobec faktu, iż zgodnie z zapisem rozdziału V SIWZ - „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” cena oferty była określona w formularzu w części V pod l.p. „1” - do części II oferty należało zatem dokonać „przeniesienia” z kolumny 5 wartości 10.700 stacji roboczych, a nie sumy poszczególnych wartości uwidacznianych w formularzu. W ocenie Odwołującego należy zatem postawić zarzut Zamawiającemu, iż zaniechał on dokonania poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na zapisaniu w części II wartości ściśle odpowiadającej zaoferowanej wartości stacji roboczych. Przy powtórzeniu przez Zamawiającego zaniechanej - wyżej przywołanej czynności - należy uwzględnić konieczność zwrócenia się Zamawiającego do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość albowiem występują przesłanki do stwierdzenia, iż oferty wskazywanych firm zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dla przykładu cena oferty wykonawcy INCOM SA, wynosząca brutto 16.080.495,00 zł stanowi około 53% szacowanej wartości zamówienia (po uwzględnieniu podatku VAT). Takie zróżnicowanie cen - przy równoczesnym porównaniu i uwzględnieniu cen ofert innych wykonawców świadczy o zaniżeniu ceny w tej ofercie co wskazuje na naruszenie także ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z ostrożności wskazać należy, iż w danej sytuacji zamawiający dopuścił się zaniechania wypełnienia zobowiązań wynikających z postanowień art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

V. Działanie Zamawiającego polegające na wykonaniu i zaniechaniu czynności przedstawionych w odwołaniu, naruszyło w sposób bezsporny interes Odwołującego uniemożliwiając mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Odwołujący złożył bowiem ofertę spełniającą wszystkie wymagania merytoryczne Zamawiającego, której treść jest w pełni zgodna z treścią SIWZ a uwzględniając fakt, iż jest ona najkorzystniejsza cenowo, to po uwzględnieniu wniosków Odwołującego, uzyskałby on przedmiotowe zamówienie. Należy zatem stwierdzić, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego określonych przepisów ustawy i postanowień SIWZ odnoszą swój skutek do wszystkich wskazanych wykonawców. Uwzględniając jednakże - według stanu opublikowanych/ogłoszonych - ceny ofert poszczególnych wykonawców wskazanych w odwołaniu jak też cenę oferty Odwołującego, niniejszym odwołaniem wskazujemy na istnienie naszego interesu wobec niespełnienia zarówno przez wykonawcę INCOM S.A. jak też wykonawcę INTEGRIT Sp. z o.o. wymagań SIWZ tj. pełnej zgodności treści ofert tych wykonawców z treścią SIWZ co czyni te oferty podlegającymi odrzuceniu w myśl postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7.

VI. Odwołujący uzasadniając podniesione zarzuty oraz zawarte wnioski wskazuje także na:

1. literalne brzmienie i faktyczne znaczenie zapisu „w tym” w treści formularza cenowego. Nie może budzić jakiegokolwiek wątpliwości, iż przyimek „w” łączący się z rzeczownikami lub innymi wyrazami pełniącymi funkcje rzeczownika tworzy wraz z nim wyrażenie oznaczające m.in. miejsce określające położenie czegoś, znajdowania się czegoś [tu - w cenie stacji znajduje się, jest zawarta cena monitora];
2. orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie potwierdzające, iż oczywistość omyłki to widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub podobna usterka w tekście. Omyłka może być uznana za oczywistą gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, jest bezsporna i nie budzi żadnych wątpliwości. W przedmiotowym stanie - rzeczą bezsporną jest, iż zapisy cen w formularzach cenowych odnoszą się jednoznacznie do określonego przedmiotu zamówienia - stacji roboczej - w tym monitora. Jak wskazano w wyroku z 19.10.2011 r. sygn. akt 2162/11 o ile występuje więcej niż jeden sposób poprawienia zapisu to zastosowanie tylko jednego - wybranego sposobu prowadziło do znaczącej ingerencji w treść oferty w zakresie tak jej istotnego elementu jakim jest cena. Takim działaniem charakteryzowały się czynności Zamawiającego przy dokonywaniu poprawy „innych omyłek”;
3. orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające, iż zgodnie ze zdaniem drugim in finito art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, natomiast poprawienie ceny we wskazanych ofertach niewątpliwie prowadziło do zmiany w ich treści. Niedopuszczalnym było zastosowanie postanowień art. 87 ust. 1 pkt 3 albowiem zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Ponadto, jak wynika między innymi z wyroku z 04.02.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1965/09 lub z 24.11.2009 sygn. akt KIO/UZP 1444/09, aby zamawiający mógł zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może mieć wątpliwości co do treści oświadczenia wykonawcy, co - jak wykazano w odwołaniu - w niniejszej sytuacji nie ma miejsca. Omyłki we wskazanych ofertach nie są omyłkami, które mogą być poprawione przez zamawiającego w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż ich poprawienie spowodowało istotne zmiany w treści ofert wskazanych wykonawców.

VII. Po uwzględnieniu faktu naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu postanowień ustawy Pzp Odwołujący wniósł o:

1. zmianę decyzji poprzez unieważnienie decyzji o uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez INCOM SA;
2. odrzucenie ofert, w których zamawiający dokonał w sposób naruszający ustawę Pzp poprawienia omyłek tj. złożonych przez wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir

Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI SA, INCOM SA, ZSK Sp. z o.o., INFON/ER S.A. oraz CompuTec S.A. wobec braku zgody ww. na poprawienie ofert;

3. przy uwzględnieniu zasadności wniosku z pkt. 2 dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;

4. przy uwzględnieniu zasadności zarzutu nieuprawnionego dokonania poprawy ofert - dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem wykonania zaniechanej czynności poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej i uzyskaniem wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2479/11 była czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę INCOM S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy.

Izba ustaliła, iż podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2489/11 była czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI SA, INCOM SA, ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. oraz nieuprawnionego poprawienia w treści powyższych ofert innych omyłek w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak również dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INCOM S.A.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z ofertami złożonymi w postępowaniu przez wykonawców, po zapoznaniu się z każdym z odwołań, jak również stanowiskiem Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie,

po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującym przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż w zakresie obu odwołań (sygn. akt KIO 2479/11 oraz KIO 2489/11) wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołujących będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2479/11 Izba ustaliła, iż Odwołujący – INTEGRIT Spółka z o.o. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Oferta tego wykonawcy z ceną ofertową wynoszącą 20.555.877,00 zł została zakwalifikowana na drugim miejscu w ranking ofert uzyskując łącznie 97,15 punktu. Odwołujący podnosząc zarzuty wobec oferty najkorzystniejszej zmierza do jej odrzucenia, co jednocześnie umożliwi jemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2489/11 Izba ustaliła, iż Odwołujący – Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Spółka z o.o. złożyło w postępowaniu ofertę z ceną wynoszącą 20.820.702,00 zł. Oferta tego wykonawcy została zakwalifikowana na trzecim miejscu uzyskując łącznie 95,92 punktu w rankingu ofert. Wykonawca ten podnosi zarzuty m.in. wobec wykonawców INCOM S.A. oraz INTEGRIT Spółka z o.o., których uwzględnienie umożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Tym samym Izba stwierdziła, iż odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy INTEGRIT Spółka z o.o. (KIO 2479/11) skutecznie przystąpili po stronie Odwołującego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawcy INCOM S.A. oraz Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Spółka z o.o.

W odniesieniu do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Spółka z o.o. (KIO 2489/11) skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca INTEGRIT Spółka z o.o.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba dopuściła również dowody zawnioskowane przez strony w toku rozprawy, w tym dowody przedstawione w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2479/11 przez Przystępującego INCOM S.A.

Izba pominęła dowód z dokumentu w postaci wyników testów wydajnościowych dla komputera przedstawiony przez Przystępującego INCOM S.A. w toku rozprawy o sygn. akt KIO 2479/11. Zgodnie z treścią § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. Nr 48, poz. 280) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Powyższe dowody w postaci wydruków ze stron internetowych zostały sporządzone w języku angielskim.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach skład orzekający Izby stwierdził, że odwołania o sygn. akt KIO 2479/11 oraz o sygn. akt KIO 2489/11 nie zasługują na uwzględnienie.

### **Sygn. akt KIO 2479/11**

#### **Izba ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale II SIWZ zatytułowanym „opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania” w pkt I.1. wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa, takich samych, 10.700 sztuk stacjonarnych komputerów klasy PC w obudowie typu dekstop, klawiaturą, myszą komputerową oraz monitorem LCD i licencją na system operacyjny Microsoft Windows 7 w polskiej wersji językowej, zwanych dalej stacjami roboczymi, dla Centrali i Oddziałów ZUS.

W pkt I.3 Rozdziału II SIWZ Zamawiający określił minimalne parametry techniczno – eksploatacyjne stacji roboczych wraz z systemem operacyjnym.

Ponadto w pkt II.1. Rozdziału II SIWZ Zamawiający wskazał, iż wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, zobowiązany jest do dostarczenia specyfikacji technicznej zaoferowanego sprzętu minimum na 5 dni przed zawarciem umowy.

W Rozdziale IV SIWZ zatytułowanym „warunki udziału w postępowaniu, opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od wykonawcy Zamawiający w pkt II zatytułowanym „wymogi formalne oferty” ppkt 1 lit. a) wskazał, iż oferta musi spełniać następujące wymogi: treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W Rozdziale IV pkt III ppkt 1.3. Zamawiający żądał w zakresie oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia oświadczenia wykonawcy, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w Rozdziale II Specyfikacji.

W formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający żądał w pkt I zatytułowanym „przedmiot oferty” wskazania modelu i producenta jednostki centralnej, monitora LCD, klawiatury, myszy oraz nazwy systemu operacyjnego i typu licencji na system operacyjny.

Ponadto w formularzy ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający w części IV zatytułowanej „oświadczenia” zawarł następujące zapisy:

1. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ i zobowiązujemy się do ścisłego przestrzegania warunków w niej określonych.
3. Oświadczamy, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale II SIWZ.
6. Oświadczamy, że oferowane urządzenia spełniają wymagania dotyczące efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star – Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r.
7. Oświadczamy, że zaoferowane urządzenia będą fabrycznie nowe i wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem podpisania umowy.
8. Oświadczamy, że zaoferowane urządzenia są oznaczone znakiem CE, posiadają certyfikat CE lub deklarację zgodności CE.

Izba ustaliła ponadto, iż wykonawca INCOM S.A. w złożonej przez siebie ofercie zaoferował:

- jednostkę centralną model ADAX Delta, producent INCOM S.A.;



- monitor LCD model VW199NR, producent ASUS TECHNOLOGY PTE LTD;
- klawiatura model ADAX SI-828, producent INCOM S.A.;
- mysz model ADAX SI-903, producent INCOM S.A.;
- system operacyjny Microsoft Windows 7 Professional PL, licencja na system operacyjny, typ OEM z prawem down gradu do Microsoft Windows XP Professional PL.

W złożonej ofercie zawarł w formularzu ofertowym, sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, wszystkie wymagane przez Zamawiającego oświadczenia, w tym odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Ponadto w ofercie złożył oświadczenie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w Rozdziale II Specyfikacji.

W dniu 14.11.2011 r. Zamawiający przekazał wykonawcy INCOM S.A. pismo z prośbą o wskazanie osoby która będzie podpisywała umowę oraz z wnioskiem o dostarczenie specyfikacji technicznej zaoferowanego sprzętu.

Izba ustaliła ponadto, iż wykonawca w dniu 09.11.2011 r. oraz w dniu 16.11.2011 r. przekazał Zamawiającemu specyfikację techniczną komputera PC ADAX DELTA W7PG5300.

Zamawiający pismem z dnia 10.11.2011 r. poinformował wszystkich wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę INCOM S.A. z ceną ofertową wynoszącą 19.970.908,00 zł.

Na powyższą czynność swoje odwołanie w dniu 19.11.2011 r. wniósł wykonawca INTEGRIT Spółka z o.o.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez INCOM S.A. z postępowania ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Należy na wstępie wskazać, iż oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiada walor oświadczenia woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które w zestawieniu ze specyfiką prawa zamówień publicznych, jest skuteczne, jeśli oferta spełnia wymogi nakładane przez Zamawiającego, a w szczególności zaś wtedy, kiedy odpowiada treści SIWZ. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ pod względem zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia możemy mówić wówczas, gdy zakres

zaoferowany przez wykonawcę w ofercie nie jest tożsamy z zakresem żądanym przez Zamawiającego w treści SIWZ. Biorąc pod uwagę niniejszy stan faktyczny brak jest podstaw do uznania, iż oferta złożona w postępowaniu przez wykonawcę INCOM S.A. zawiera w swojej treści jakiegokolwiek elementy pozwalające uznać, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, w tym w szczególności nie sposób uznać, że przedmiot zamówienia zaoferowany przez wykonawcę nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego sformułowanym w dokumentacji postępowania. W tym miejscu Izba wskazuje, iż przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do treści samej oferty i tylko treść tej ostatniej jest przedmiotem badania odnośnie wypełnienia hipotezy normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie. Każde twierdzenie o niezgodności jej treści z treścią SIWZ wykraczające poza zawarte w ofercie elementy stanowi twierdzenie przeciw osnowie dokumentu i winno zostać udowodnione. Stanowi ono bowiem dowód przeciw osnowie dokumentu będącego nośnikiem oświadczenia woli. Dowód taki winien odnosić się do jego treści i wskazywać, które elementy dokumentu mogą wskazywać lub wskazują na zamiar ukształtowania w sposób odmienny takiego oświadczenia. W niniejszych okolicznościach brak jest dowodów na okoliczność, że złożone przez wykonawcę INCOM S.A. oświadczenie woli wskazuje na zamiar realizacji świadczenia wbrew wymaganiom Zamawiającego. Wprost przeciwnie każdy element oferty potwierdza zamiar realizacji świadczenia w zakresie zgodnym z wymaganiami Zamawiającego. Nie zmienia tego faktu okoliczność, iż w ramach niniejszego postępowania sposób wykazania tej okoliczności został sprowadzony do oświadczeń własnych wykonawcy. Oświadczenia takie są bowiem pełnoprawnym i dopuszczonym w ustawie sposobem wyrażania woli realizacji zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Jak wynika z treści § 5 ust. 1 rozporządzenia 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) poprzez użycie zwrotu „w szczególności” katalog wskazany w tym przepisie jest katalogiem otwartym. Zatem za dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, mogą być uznane również oświadczenia własne wykonawcy. Jak wskazał w toku rozprawy Zamawiający w ofercie wykonawcy INCOM S.A. zostało złożone w części IV formularza ofertowego w pkt 1, 3, 6, 7 oraz 8 szereg oświadczeń potwierdzających zamiar zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę reguły wykładni oświadczeń woli, uregulowane w art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny, należy wskazać, iż okoliczności złożenia oświadczenia przemawiają za uznaniem, iż wolą wykonawcy INCOM S.A. było zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego. Na powyższe wskazuje jednoznacznie treść oferty z dnia 03.10.2011 r. W toku rozprawy Przystępujący INCOM S.A. wskazał ponadto, iż

wykonawca miał świadomość wymagań Zamawiającego, posiada wieloletnie doświadczenie na rynku urządzeń komputerowych i jest jego profesjonalnym uczestnikiem, jak również był związany relacjami handlowymi z Zamawiającym w zakresie dostawy urządzeń komputerowych.

W toku rozprawy wskazał jedynie, iż zaoferowanie określonego urządzenia było wynikiem niezamierzonego błędu pracownika wykonawcy. Jednak okoliczności przedstawione przez Przystępującego INCOM S.A. nie zostały w jakikolwiek sposób wykazane. Nie zostało również wykazane z jakiego rodzaju wadą oświadczenia woli mamy do czynienia w niniejszych okolicznościach, przez kogo został wywołany błąd oraz jakie okoliczności mogłyby wskazywać, iż wykonawca mając świadomość jego istnienia nie złożyłby oświadczenia lub złożył je w odmiennej treści. Jeżeli Przystępujący INCOM S.A. powołuje się na wadę oświadczenia woli to winien również wykazać, czy błąd ten został wywołany przez osobę trzecią, w tym Zamawiającego, jak również czy złożenie oświadczenia pod wpływem błędu było Zamawiającemu wiadome w momencie złożenia oświadczenia woli, tj. w chwili złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Oferta wykonawcy, stanowiąc oświadczenia woli wykonawcy, podlega w tym zakresie ogólnym przepisom Kodeksu cywilnego dotyczącym wad oświadczenia woli. W tym miejscu należy wskazać, iż strona może uchylić się od złożonego drugiej stronie oświadczenia woli w przypadkach określonych w Dziale IV zatytułowanym „Wady oświadczenia woli” ustawy Kodeks cywilny. W tym jednak przypadku brak jest możliwości uznania, iż została spełniona którakolwiek z przesłanek wskazany w przepisach ustawy Kodeks cywilny, jak również nie doszło do przewidzianego w tychże przepisach uchylenia się wykonawcy INCOM S.A. od skutków prawnych oświadczenia woli, dla którego przepisy przewidują formę pisemną. Wykonawca INCOM S.A. nie podjął żadnej próby uchylenia się od złożenia oświadczenia skierowanej wobec jego adresata – Zamawiającego. Ponadto kwestię terminu cofnięcia oświadczenia woli, jakim w tym wypadku jest oferta złożona przez wykonawcę INCOM S.A., reguluje art. 84 ust. 1 ustawy Pzp stanowiący w tym wypadku przepis o charakterze *lex specialis*.

W niniejszym stanie faktyczny mamy do czynienia, wskutek działań wykonawcy INCOM S.A., *de facto* z próbą zmiany treści oferty po terminie składania ofert i w trybie nie przewidzianym ustawą Pzp. Odwołujący wskazał w odwołaniu, iż Zamawiający nie ustosunkował się do znajdującego się w aktach postępowania pisma (specyfikacja techniczna), z którego w jego ocenie wynika wprost, że zaoferowany sprzęt jest niezgodny z SIWZ – wskazując jednocześnie, iż na tym etapie postępowania nie jest możliwe dokonanie zmiany oferty i oferta ta winna zostać odrzucona. Izba w tym miejscu podzieliła argument Odwołującego, że na tym etapie postępowania nie jest możliwe dokonanie zmiany oferty. W pozostałym zakresie należy wskazać, iż każde oświadczenie składane przez wykonawcę po

terminie złożenia oferty i stojące w sprzeczności z wolą wyrażoną w jej treści stanowi zmianę wcześniej złożonego oświadczenia.

Izba wskazuje, że czynności te mają miejsce po złożeniu oferty oraz w ramach postępowania odwoławczego, a nie przed terminem składania ofert. Ponadto charakterystyka techniczna z dnia 09.11.2011 r. przekazana Zamawiającemu w toku postępowania przetargowego nie była wynikiem powzięcia przez tego ostatniego jakichkolwiek wątpliwości co do treści oferty, lecz była wynikiem samoistnego działania wykonawcy INCOM S.A. poza procedurami wynikającymi z ustawy Pzp. Tym samym działania wykonawcy INCOM S.A. należy uznać za zmierzające do nadania odmiennej treści wcześniej złożonym oświadczeniom, a nie jako próby wykazania jego rzeczywistej woli realizacji przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Jeżeli oświadczenie złożone w ofercie stanowi o zgodności przedmiotu ofertowania z wymaganiami Zamawiającego to każde twierdzenie przeciwne powoduje, iż mamy do czynienia z oświadczeniem nakierowanym na zmianę pierwotnego oświadczenia, nie zaś na jego doprecyzowanie. Jak wyżej wskazano treść oferty INCOM S.A. nie zawiera jakichkolwiek elementów mogących wskazywać na zamiar realizacji zamówienia wbrew wymaganom określonym w SIWZ.

Należy także podnieść, iż okoliczności wskazywane przez Odwołującego i Przystępującego INCOM S.A. nie odnoszą się do obiektywnie weryfikowalnych faktów. Tym samym Izba nie dała wiary okolicznościom, które Przystępujący INCOM S.A. próbował wykazać dowodami przedstawionymi w toku rozprawy. Za takie fakty byłoby można uznać oferowane na rynku przez podmioty trzecie urządzenia komputerowe. Dokumenty przedłożone w toku rozprawy przez wykonawcę Incom S.A. odnoszą się do subiektywnych okoliczności jakimi jest fragment oferty rynkowej ich producenta i właściciela marki ADAX. Odnoszą się one bowiem do ogólnych oświadczeń złożonych w ofercie oraz do wskazanej w ofercie ogólnej nazwy linii produktów ADAX Delta, która to marka handlowa stanowi własność Przystępującego INCOM S.A. Wykonawca ten, jak wskazał w toku rozprawy, ma wpływ na nazewnictwo oferowanych produktów, co w ocenie Izby przedkłada się również na realny wpływ na konfigurację sprzętową oferowanych urządzeń. Jak wskazał w toku rozprawy Odwołujący ADAX Delta nie jest określonym zestawem komputerowym a jedynie linią produktów. Izba wskazuje, iż podana w ofercie nazwa produktu ADAX Delta nie jest zatem jednoznacznie weryfikowalną nazwą danego i ściśle określonego urządzenia, którego konfiguracja sprzętowa i parametry techniczne byłyby całkowicie niezależne od woli Przystępującego INCOM S.A. Tym samym jeżeli wykonawca składając oświadczenie woli w postaci oferty na dostawę określonego urządzenia, będąc jego producentem i mając wpływ na ukształtowanie jego nazwy handlowej, oferuje to urządzenie to okoliczności takiego oświadczenia przemawiają za uznaniem, iż oferuje on urządzenie spełniające warunki

określone przez Zamawiającego. W tych okolicznościach faktycznych przeciwna teza nie znajduje swojego potwierdzenia. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, co słusznie podniósł Zamawiający w toku rozprawy, iż ustawa Pzp w art. 84 ust. 1 umożliwia cofnięcie lub zmianę oferty jedynie przed terminem składania ofert. Jeżeli zatem oferta wykonawcy INCOM S.A. nie zawiera jakichkolwiek postanowień mogących wskazywać na jej niezgodność z treścią SIWZ to każde działanie zmierzające do wykazania jej odmiennej treści niż wynikająca z jej literalnego brzmienia stanowi o próbie zmiany jej treści po upływie terminu złożenia oferty. Ustawa Pzp nie umożliwia cofnięcia oświadczenia woli wyrażonego w ofercie po terminie składania ofert, a zatem działanie takie należy uznać za pozbawione jakichkolwiek skutków prawnych.

Izba wskazuje, w odniesieniu do przywołanego przez Przystępującego INCOM S.A. pisma z dnia 09.11.2011 r., zawierającego specyfikację techniczną urządzenia, że dokument ten nie może stanowić o treści oferty złożonej w ramach przedmiotowego postępowania. Może on być traktowany jedynie jako deklaracja wykonawcy dotycząca urządzeń, które zamierza on dostarczyć Zamawiającemu. Jeżeli urządzenia te są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ powyższe świadczy jedynie o tym, iż wykonawca zamierza dostarczyć sprzęt komputerowy niezgodny z zaoferowanym w ramach niniejszego postępowania. W tym stanie rzeczy wykonawca jest związany swoim oświadczeniem do upływu określonego przez Zamawiającego terminu związania ofertą.

Jak wynika z oferty wykonawcy INCOM S.A. zaoferował on jednostkę centralną model ADAX Delta produkcji INCOM S.A. W toku rozprawy Przystępujący wskazał, iż posiada wpływ na nadawanie oferowanym przez siebie produktom nazw handlowych, co może wskazywać na pełną autonomię w konfiguracji urządzenia. Z uprawnieniami jakie przysługują producentowi lub właścicielowi określonej marki wiąże się również fakt, iż nie są oni związani konfiguracją gotowych produktów ale mogą poprzez własne oświadczenie woli w ramach określonego postępowania kreować powstanie produktu dotychczas niedostępnego na rynku i zaoferowanego jedynie incydentalnie na potrzeby danego postępowania. Tym samym *de facto* to oświadczenie samego producenta złożone w ofercie wskazuje, że mamy do czynienia z produktem pożądanym przez Zamawiającego. Ponadto Odwołujący i Przystępujący INCOM S.A. nie wykazali, iż dokumenty w postaci specyfikacji technicznej oraz danych technicznych, które zostały przedłożone na rozprawie dotyczą urządzenia zaoferowanego w postępowaniu. Choć odnoszą się one do produktów linii ADAX Delta, jednak brak jest możliwości ich bezpośredniego powiązania z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę INCOM S.A. w treści oferty. Należy bowiem wskazać, iż w przypadku złożenia oferty przez producenta lub właściciela określonej nazwy handlowej istnieje możliwość wytworzenia określonego produktu ściśle według wskazówek Zamawiającego i tym samym nie istnieją żadne ograniczenia, których wystąpienie mogłoby w sposób

obiektywny przesądzać o zamkniętej liście produktów z danej linii. Wskazuje to na możliwość dowolnej konfiguracji oferowanych urządzeń celem spełnienia nawet jednostkowych wymagań wybranych odbiorców. Powyższe elementy świadczą jakie były okoliczności złożenia przez wykonawcę oświadczenia woli, z których nawet pośrednio nie można wywieść, iż intencją wykonawcy było zaoferowanie przedmiotu niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego. Tym samym Izba uznała za nieudowodnioną tezę braku zgodności treści oferty wykonawcy INCOM S.A. z treścią SIWZ pod względem zaoferowanego przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach bowiem należy wskazać, iż dla Zamawiającego wiążące jest oświadczenie o treści wyjawionej w ofercie wykonawcy INCOM S.A. z dnia 03.10.2011 r.

Za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie można uznać próby uchylenia się wykonawcy od skutków złożonego oświadczenia woli i tym samym próby uchylenia się od realizacji świadczenia, którego zakres był przedmiotem oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

II. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy wskazać, iż brak stwierdzenia przez Izbę niezgodności treści oferty wykonawcy INCOM S.A. z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do przedmiotu zamówienia powoduje, iż brak było podstaw do wezwania w tym zakresie wykonawcy INCOM S.A. do złożenia wyjaśnień oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów. Tym samym Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia powyższych przepisów.

W tym miejscu wskazać ponadto należy, iż zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp następuje w przypadku, gdy treść oferty budzi wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 26 ust.3 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy brak jest w ofercie dokumentów i oświadczeń lub gdy zawierają one błędy. W niniejszym stanie faktycznym nie została spełniona żadna z powyższych przesłanek. Oferta złożona w postępowaniu przez wykonawcę INCOM S.A. nie zawiera postanowień mogących budzić uzasadnione wątpliwości, co do zaoferowanego zakresu i sposobu realizacji świadczenia. Złożone wraz z ofertą dokumenty nie zawierają braków oraz błędów.

Biorąc pod uwagę powyższe nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów.

III. Izba wskazuje, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, że brak uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powoduje, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego powyższego przepisu.

Choć w pierwszej części odwołania Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z jego uzasadnienia wynika, że w związku ze złożonym oświadczeniem o zgodności zaoferowanego sprzętu z SIWZ wykonawca ten winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W powyższym zakresie Odwołujący na etapie rozprawy nie przedstawił jakiegokolwiek dodatkowej argumentacji oraz dowodów na potwierdzenie powyższego zarzutu.

Na wstępie należy wskazać, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku tegoż postępowania złożone zostały, przez tychże wykonawców, nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi zostać spełnione łącznie kilka przesłanek:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce wówczas jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Odwołujący powyższy zarzut wiąże z kwestią złożenia przez wykonawcę INCOM S.A. oświadczeń odnoszących się do zgodności zaoferowanego sprzętu z treścią SIWZ Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę powyższe wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie ma miejsce wówczas, gdy mamy do czynienia z informacjami i ich odniesienie do określonych faktów przemawia za uznaniem, że są one niezgodne z tymi faktami. Odwołujący zaś fakt naruszenia powyższego przepisu wiąże z oświadczeniami własnymi wykonawcy, którego nie sposób odnieść do jakichkolwiek istniejących obiektywnie okoliczności. Wola wykonawcy odnosząca się do przyszłego zamiaru realizacji świadczenia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego nie podlega weryfikacji pod kątem jego prawdziwości. Złożenie oświadczenia woli nie jest nośnikiem jakichkolwiek informacji podlegających weryfikacji, lecz

nośnikiem woli wykonawcy. Takiej weryfikacji podlegają jedynie takie oświadczenia, które są nośnikiem informacji odnoszących się do istniejących w chwili ich składania lub w przeszłości okoliczności. Dlatego też hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się do informacji a nie wszelkiego rodzaju oświadczeń. Tylko wówczas oświadczenie wypełnia hipotezę powyższej normy prawnej gdy jest ono oświadczeniem wiedzy, a więc jest nośnikiem informacji możliwych do sprawdzenia. W niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z takim oświadczeniem woli. Wszakże złożone przez wykonawcę INCOM S.A. oświadczenia zawierają odpowiedź na wymagania Zamawiającego i wyrażają wolę ich spełnienia zgodnie z ich treścią. Nie zmienia tego również okoliczność, iż wykonawca na str. 1 formularza ofertowego złożył oświadczenia, że oferuje jednostkę centralną ADAX Delta, gdyż nie został przez niego dookreślony szczegółowy typ tego urządzenia pozwalający na odniesienie i identyfikację jego parametrów technicznych umożliwiających ocenę pod kątem spełnia – nie spełnia. Nie sposób bowiem określić, czy zaoferowany przez wykonawcę INCOM S.A. produkt istnieje, czy też zostanie dopiero wytworzony na potrzeby Zamawiającego. Jak wskazał w toku rozprawy Odwołujący ADAX Delta nie jest określonym zestawem komputerowym a jedynie linią produktów. W tym miejscu Izba podtrzymuje swoją argumentację wyrażoną w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zawartą w pkt I niniejszego uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz ustalenia faktyczne dokonane w toku postępowania odwoławczego Izba podnosi, iż wskazane przez Odwołującego, jako wypełniające hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oświadczenia nie mogą zostać uznane za informacje (oświadczenie wiedzy), lecz jako oświadczenia woli nie podlegające weryfikacji pod kątem ich prawdziwości. Izba nie doszukała się w złożonych w ofercie przez wykonawcę INCOM S.A. oświadczeniach elementów informacji mogących podlegać badaniu co do ich prawdziwości, tj. zgodności z określonymi i obiektywnymi faktami.

Wobec powyższego nie sposób uznać, iż w ramach niniejszego postępowania doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż brak uwzględnienia w odwołaniu o sygn. akt KIO 2479/11 naruszenia przez Zamawiającego wskazanych tam przepisów ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2479/11 orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

## **Sygn. akt KIO 2489/11**

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale V SIWZ zatytułowanym „opis sposobu obliczenia ceny oferty” w pkt 1 wskazał, że „Wykonawca poda cenę oferty w sposób określony w Formularzu ofertowym części V – „Formularz cenowy” (załącznik nr 1 do niniejszej Specyfikacji)”.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ (oferta) w części II zatytułowanej „cena oferty” żądał wskazania ceny całkowitej z podatkiem VAT. Ponadto w powyższym punkcie zawarty został zapis, iż ceny jednostkowe określone są w części Oferty – Formularz cenowy, zgodnie z postanowieniami Rozdziału V Specyfikacji.

W załączniku nr 1 do SIWZ w części V zatytułowanej „formularz cenowy” Zamawiający zawarł tabelę, w której w kolumnie nr 2 został zawarty zapis „stacja robocza”, zaś pod nim zapis „(w tym monitor)”. W kolumnie nr 3 zatytułowanej „ilość sztuk” została wskazana liczba 10.700,-; w kolumnie nr 4 zatytułowanej „cena jednostkowa w zł z VAT” – znajduje się dwukrotnie wolne miejsce z zapisem „(wypełnia wykonawca)” oraz w kolumnie nr 5 zatytułowanej „wartość z podatkiem VAT (kolumna 3 x 4)” – również znajduje się dwukrotnie wolne miejsce opatrzone zapisem „(wypełnia wykonawca)”.

Pod powyższą tabelą Zamawiający zawarł następujący zapis: „Wyszczególnione w powyższej tabeli ceny jednostkowe oraz całkowita cena oferty brutto są ostateczne, zawierają wszystkie koszty Wykonawcy związane z realizacją przedmiotowego zamówienia (w tym koszty transportu, ubezpieczenia do miejsca dostawy oraz wszelkie opłaty celne i podatkowe) i nie będą podlegały żadnym zmianom w okresie obowiązywania umowy”.

Izba ustaliła, iż wykonawcy wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. w złożonych ofertach w formularzu sporządzonym na podstawie załącznika

nr 1 do SIWZ podali całkowitą cenę ofertową, która stanowi sumę wartości znajdujących się w kolumnie nr 5 tabeli znajdującej się w części V zatytułowanej „formularz cenowy”.

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał wykonawcom wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. pismami datowanymi na dzień 13.10.2011 r. informację, iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zostały poprawione inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W powyższym piśmie zostało ponadto wskazane, że Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w Rozdziale V „Formularz cenowy” wymagał w kolumnie nr 4 wykazania „ceny jednostkowej w zł z VAT” stacji roboczej razem z monitorem oraz oddzielnie ceny monitora. Analogicznie w kolumnie nr 5 Zamawiający wymagał wykazania „Wartości z podatkiem VAT (kolumna 3 x 4)” dla wszystkich stacji roboczych razem z monitorami oraz oddzielnie dla wszystkich monitorów. W związku z powyższym Zamawiający poinformował o poprawieniu zaistniałych pomyłek wskazując jednocześnie, że pozostałe zapisy w formularzu cenowym pozostają bez zmian.

Izba ustaliła, iż żaden z poinformowanych wykonawców nie zgłosił sprzeciwu wobec czynności poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 10.11.2011 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie przekazał wykonawcom ranking ofert, z którego wynika, iż oferty wykonawców wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. zostały uznane za ważne i nie podlegające odrzuceniu.

Na powyższą czynność w dniu 21.11.2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione poprawienie w ofertach wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. w zakresach wskazanych w pismach Zamawiającego skierowanych do wskazanych wykonawców omyłek i tym samym nieuprawnioną zmianę treści ofert Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że pomiędzy stronami brak jest sporu, co do wystąpienia w ofertach wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. omyłki.

Odwołujący kwestionuje zasadność zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do stwierdzonych w ofertach wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. omyłek, jak również wskazuje, iż w wyniku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może dojść do dokonania poprawek powodujących zmiany cen, czym Zamawiający naruszył również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dokonując zmiany treści ofert ww. wykonawców. Odwołujący wskazał ponadto w toku rozprawy, iż w powyższych ofertach mamy do czynienia z omyłkami i spór dotyczy miejsca, gdzie omyłka ta powinna zostać poprawiona. W ocenie Odwołującego Zamawiający uznał ją za omyłkę rachunkową przywołując podstawę dla innej omyłki, ponadto wskazał, iż winno dojść do poprawienia części II formularza ofertowego, a nie jego części V.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ramach instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poinformował w pismach z dnia 13.10.2011 r. wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A., że w załączniku nr 1 do SIWZ w Rozdziale V „Formularz cenowy” wymagał w kolumnie nr 4 wykazania „ceny jednostkowej w zł z VAT” stacji roboczej razem z monitorem oraz oddzielnie ceny monitora. Wskazał również, iż analogicznie w kolumnie nr 5 wymagał wskazania „Wartości z podatkiem VAT (kolumna 3 x 4)” dla wszystkich stacji roboczych razem z monitorami oraz oddzielnie dla wszystkich monitorów.

Izba wskazuje, iż analiza tabeli załącznika nr 1 do SIWZ (formularz ofertowy) w Rozdziale V „Formularz cenowy” powoduje wątpliwości interpretacyjne. Nie sposób bowiem z treści kolumny nr 2 zatytułowanej „Przedmiot” jednoznacznie ustalić, czy wskazana tam nazwa „stacja robocza” odnosi się do zestawu komputerowego zawierającego monitor, czy też uwzględnia samą jednostkę centralną komputera. W tej samej kolumnie w jej dolnej części Zamawiający zawarł zapis „(w tym monitor)”, który może sugerować, iż odnosi się on jedynie do zapisów znajdujących się w dolnej części kolumn nr 3, 4 oraz 5. Zarówno do zapisu „stacja robocza”, jak również zapisu „(w tym monitor)” w kolumnach nr 3, 4 oraz 5 zostały wskazane analogiczne informacje, tj. w kolumnie nr 3 zatytułowana „ilość sztuk” – wskazano wartość 10.700,-; w kolumnie nr 4 zatytułowanej „cena jednostkowa w zł z VAT” – znajduje się wolne miejsce z zapisem „(wypełnia wykonawca)” oraz w kolumnie nr 5 zatytułowanej „wartość z podatkiem VAT (kolumna 3 x 4)” – również znajduje się wolne miejsce opatrzone zapisem „(wypełnia wykonawca)”.

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób jednoznacznie uznać, iż zawarty w kolumnie nr 2 zapis „(w tym monitor)” odnosi się do zapisu „stacja robocza” i przesądza o konieczności ujęcia wartości jednostkowej stacji roboczej wraz z monitorem oraz jednocześnie wartości jednostkowej samego monitora. Tym samym poszczególni wykonawcy w sposób odmienny

zrozumieli nieprecyzyjnie wyrażone wymagania Zamawiającego i w sposób odmienny określili wartość jednostkową stacji roboczej (uwzględniając w niej cenę monitora lub pomijając tą okoliczność).

Niewątpliwie należy uznać, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż podanie przez wykonawców cen jednostkowych ma jedynie charakter informacyjny i nie stanowi o poprawności obliczenia ceny ofertowej. Na powyższe wskazuje zapis znajdujący się w pkt II załącznika nr 1 do SIWZ (formularz ofertowy), który wskazuje, iż ceny jednostkowe określone są w ofercie w części Oferty – Formularz cenowy, zgodnie z postanowieniami Rozdziału V Specyfikacji. Powyższy zapis, w ocenie Izby, wskazuje jedynie na konieczność wykazania cen jednostkowych dla zaoferowanego asortymentu i wskazuje on, że dane te mają przede wszystkim charakter informacyjny.

Choć, na co wskazał Odwołujący, Rozdział V SIWZ zatytułowany „opis sposobu obliczenia ceny oferty” w pkt 1 zawiera zapis, iż: „Wykonawca poda cenę oferty w sposób określony w Formularzu ofertowym części V – „Formularz cenowy” (załącznik nr 1 do niniejszej Specyfikacji)” to nie sposób uznać, iż cena całkowita wskazana w części II załącznika nr 1 do SIWZ (oferta) winna stanowić sumę, różnicę lub jedynie wartość samej stacji roboczej zawartych w kolumnie nr 5 tabeli zawartej w części V załącznika nr 1 do SIWZ przemnożonych przez ilość sztuk wynoszącą 10.700. Izba nie kwestionuje faktu, iż cena ostateczna winna być odzwierciedleniem ceny wskazanej w kolumnie nr 5 tabeli zawartej w części V załącznika nr 1 do SIWZ. Jednakże Odwołujący formułuje pogląd, iż ceny zawarte w powyższej kolumnie determinują w sposób wiążący sposób określenia ceny całkowitej i tym samym odbiera prawo do poprawienia przez Zamawiającego omyłki w sposób dokonany w toku postępowania. Nie sposób zgodzić się z powyższym poglądem Odwołującego. Wszakże niezależnie od sposobu wyrażenia ceny jednostkowej stacji roboczej (z monitorem lub bez) Zamawiający miał możliwość ustalić wartość samego monitora, jak również stacji roboczej z monitorem lub z pominięciem jego wartości. Wynika to z faktu, iż oba sposoby ujęcia ceny stacji roboczej umożliwiają ustalenie wartości samego monitora oraz wartości stacji roboczej wraz z monitorem. Dokonana przez Zamawiającego zmiana tych wartości nie ma charakteru merytorycznego lecz jedynie charakter formalny, gdyż nie prowadzi do ustalenia w sposób odmienny od treści oferty oświadczenia samego wykonawcy. Wszakże w przypadku pominięcia w cenie jednostkowej stacji roboczej wartości monitora istnieje możliwość w oparciu o samoistną analizę wartości wskazanych w części V załącznika nr 1 do SIWZ ustalenia tej wartości. Również w drugim przypadku istniała możliwość ustalenia wartości samej stacji roboczej bez monitora poprzez odjęcie jego wartości od wartości stacji roboczej uwzględniającej cenę monitora.

Odwołujący jednak, biorąc pod uwagę postanowienia Rozdziału V pkt 1 SIWZ oraz postanowienia części II oraz V załącznika nr 1 do SIWZ nadaje tym postanowieniom status

wytucznych mających określać sposób wyliczenia ceny, którą odnosi do art. 536 ustawy Kodeks cywilny, który w § 1 stanowi, że cenę można określić poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie określił podstaw ustalenia ceny, jak również nie określił precyzyjnych wytycznych jej obliczenia. Zapisy rozdziału V SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny oferty) mogą wskazywać, gdzie znajdują się podstaw do jej określenia – jednakże analiza części V załącznika nr 1 do SIWZ wskazuje na rozbieżności w formułowaniu postanowień tego elementu dokumentacji postępowania. W szczególności wątpliwość budzi zapis „(w tym monitor)” znajdujący się w kolumnie nr 2 tabeli części V załącznika nr 1 do SIWZ poprzez miejsce jego ujęcia w powyższej kolumnie oraz objęcie powyższego zapisu nawiasem.

W tym samym miejscu części V załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający posługuje się pojęciem stacji roboczych wskazując w nawiasie, że obejmuje ona stacjonarny komputer klasy PC w obudowie typu desktop, klawiaturę, mysz komputerową oraz monitor i licencję na system operacyjny. Powyższy zapis może sugerować, iż określona w kolumnie 4 i 5 tabeli części V załącznika nr 1 do SIWZ wartość stacji roboczej winna uwzględniać wartość monitora.

Biorąc pod uwagę powyższe poszczególni wykonawcy mogli źle odczytać intencje Zamawiającego i określić wartość stacji roboczych bez wartości monitora. Powyższe nie stanowi jednak o nieprawidłowościach w obliczeniu ceny, gdyż charakter informacyjny powyższych danych stanowić może jedynie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto Odwołujący nie kwestionuje poprawności obliczenia ceny przez wykonawców, jak również nie stawia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazując m.in. na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp, co tylko potwierdza uznanie powyższych niezgodności jako innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający w sposób prawidłowy zakwalifikował zaistniałe omyłki jako wypełniające hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Uznała również, iż w sposób prawidłowy dokonał ich poprawienia w sposób określony w skierowanych do wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. pismach z dnia 13.10.2011 r. Wszakże omyłki te były możliwe do stwierdzenia i poprawienia w sposób samodzielny przez Zamawiającego i nie wymagały udziału wykonawców. Należy również wskazać, iż nie doszło do istotnej zmiany treści oferty gdyż, poza cenami jednostkowymi i ich sumaryczną wartością, niezmiennie pozostały całkowite wynagrodzenie wykonawców, zaoferowany zakres przedmiotowy oraz sposób realizacji świadczenia.

W tym miejscu należy wskazać, iż biorąc pod uwagę rachunkową możliwość ustalenia wartości stacji roboczej wraz z monitorem, niezależnie od sposobu jej ujęcia w ofertach poszczególnych wykonawców, nie uległy również zmianie zaoferowane przez wykonawców ceny jednostkowe. Sama możliwość ich ustalenie poprzez przeprowadzenie prostego działania matematycznego wskazuje, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ miała jedynie charakter formalny wynikający ze sposobu ujęcia tych wartości, nie zaś samego faktu braku możliwości ich ustalenia.

Nie sposób również uznać, iż stwierdzone przez Zamawiającego omyłki winny zostać zakwalifikowane jako oczywiste omyłki pisarskie w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Omyłki te były jedynie wynikiem odmiennego ujęcia wartości stacji roboczej niż wynikająca pośrednio z treści SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz 3, jak również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

**II.** W odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, iż dokonana przez Zamawiającego czynności poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp była czynnością prawidłową i skuteczną wobec wykonawców powodującą odpadnięcie przesłanki odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Tym samym Izba uznała, iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

**III.** W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ze względu na brak wyrażenia przez wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. zgody na poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został on wycofany przez Odwołującego na etapie rozprawy.

**IV.** Izba stwierdziła również, iż wobec braku stwierdzenia naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie stanowiła naruszenia art. 82 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

**V.** W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Izba nie stwierdziła naruszenia zasad wyrażonych w powyższych przepisach. Brak uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu i uznanie, iż Zamawiający nie dokonał kwestionowanych przez Odwołującego czynności w sposób naruszający wskazane w ramach środka ochrony prawnej przepisy powoduje, iż nie doszło również do naruszenia w związku z dokonanymi

czynnościami podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

**VI.** W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż został on sformułowany w treści odwołania jako zarzut stanowiący konsekwencję naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący w toku rozprawy wskazał, iż zarzut rażąco niskiej ceny mógłby zostać postawiony gdyby dokonano poprawienia omyłek w sposób sugerowany przez Odwołującego, gdyż zmiana dokonana przez Zamawiającego doprowadziła do zawyżenia wartości stacji roboczych.

Izba rozpoznając zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stwierdziła jego naruszenia i uznała prawidłowość działania Zamawiającego. Tym samym nie podlegał uwzględnieniu sugerowany przez Odwołującego sposób poprawienia omyłek powodujący zmianę ceny całkowitej w ofertach wykonawców LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp.j., INEGRIT Sp. z o.o., ITSUMI S.A., INCOM S.A., ZSK Sp. z o.o., INFOVER S.A. oraz CompuTec S.A. Tym samym jedynie wówczas doszłoby do ziszczenia się konieczności oceny naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym Izba pozostawiła powyższy zarzut bez rozpoznania.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż brak uwzględnienia w odwołaniu o sygn. akt KIO 2489/11 zarzutów odnoszących się do art. 7 ust. 1 i 2, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3; art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2489/11 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....

