

**Sygn. akt: KIO 1681/19**

**WYROK**

**z dnia 13 września 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 września 2019r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2019 r. przez **odwołującego:** Madkom S.A, al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Niegosławice, Niegosławice 55, 67-312 Niegosławice.

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert przy uwzględnieniu złożonych wyjaśnień przez odwołującego co do złożonej oferty, celem wyboru najkorzystniejszej oferty dla 1,3,4,7,11,12 i 14 części.
2. Kosztami postępowania obciąża Gmina Niegosławice, Niegosławice 55, 67-312 Niegosławice
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Madkom S.A, al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od Gmina Niegosławice, Niegosławice 55, 67-312 Niegosławice kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Madkom S.A, al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Zielonej Górze.

**Przewodniczący:** .....

## uzasadnienie

### odwołanie

Na podstawie przepisów art. 179 ust.1 w związku z art. 180 ust. 1, 3 i 4 oraz art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych-Dz.U.2018.1986 t.j. (zwaną dalej „pzp”), wniesiono odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Dostawa infrastruktury sprzętowej i oprogramowania narzędziowego, platformy e-usług wraz z systemami zasilającymi oraz wykonanie szkoleń w ramach projektu " Wdrożenie i rozwój e-usług w administracji samorządowej oraz podnoszenie bezpieczeństwa teleinformatycznego" polegającej na odrzuceniu oferty Madkom Spółka Akcyjna, we wskazanym wyżej postępowaniu dla części 1,3, 4, 7,11,12 i 14. Czynność ta została dokonana z naruszeniem następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na złożenie wyczerpujących i kompletnych wyjaśnień, a w konsekwencji przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, przez jego niezastosowanie,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych, przez jego niezastosowanie,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, przez jego bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność SIWZ, w sytuacji, gdy oferta odwołującego podlegała poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Wykonawcy, która to winna podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się w zakresie wyżej wskazanych części postępowania,

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie wyżej wskazanych części postępowania,

3) nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

uzasadnienie

I. Warunki formalne i uzasadnienie interesu prawnego Odwołującego.

Ogłoszenie o zamówieniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 kwietnia 2019 r. pod numerem 190292-2019, a wartość zamówienia przekracza próg, od którego uzależniony jest obowiązek przekazywania treści ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp odwołanie od czynności zamawiającego wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zamawiający przysłał Odwołującemu informację o odrzuceniu oferty w dniu 19 sierpnia 2019 r.

Tym samym termin do wniesienia odwołania od wymienionych czynności Zamawiającego upływa dnia 29 sierpnia 2019 r., co oznacza, iż termin do wniesienia przedmiotowego odwołania został zachowany.

Odwołującemu, jako wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 179 ust. 1 pzp. Interes Odwołującego wyraża się w tym, że w razie braku uwzględnienia odwołania, spowoduje, iż Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego, gdyż jego oferta w zakresie odrzuconych części winna być uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym skonstatować należy, iż interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania jest bezsprzeczny.

II. Uzasadnienie w zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. ”

Podkreślić należy, iż Zamawiający wezwanie do złożenia wyjaśnień przysłał Odwołującemu za pośrednictwem portalu e-PUAP o godzinie 22:12 w dniu 18 lipca 2019 r. wyznaczając

Odwołującemu czas na ustosunkowanie się do wezwania do dnia 22 lipca 2019 r. do godz. 15.00. Co więcej treść przesłanego wezwania była niepełna, gdyż brakowało strony nr 2 oraz strony nr 4 wezwania. Po interwencji Odwołującego Zamawiający ponownie przesłał wezwanie, Uzupełnienie wezwania, nakładające na Wykonawcę dodatkowe zobowiązania, nastąpiło w dniu 19 lipca 2019 r. o godz. 10:44, jednakże nie wydłużono Odwołującemu jednocześnie czasu na wykonanie zobowiązania. Znamionym jest, iż wyznaczono Odwołującemu faktycznie 4 niepełne dni na złożenie stosownych i wyczerpujących wyjaśnień, podczas, gdy 2 z tych dni obejmowały dni ustawowo wolne od pracy, co w konsekwencji utrudniło Odwołującemu znacznie ustosunkowanie się do wyjaśnień.

Termin wyznaczony na udzielenie wyjaśnień powinien być realny, który w toku normalnych czynności umożliwiłby przeciętnemu wykonawcy przygotować rzetelne wyjaśnienia wszystkich okoliczności, mających wpływ na zgodność oferty z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego wyznaczony termin przede wszystkim dyskryminujący w świetle postanowień art. 7 ust 1 pzp. W określonym przez Zamawiającego czasie odwołujący miał obowiązek przedstawić szereg okoliczności, w tym dlaczego doszło do omyłki pisarskiej w zakresie zaoferowania serwera Dell R540, zamiast serwera Dell R640, jak również urządzenia sieciowego Stormshield SN310 zamiast SN510. Dodatkowo Zamawiający wezwał do skomplikowanych technicznie wyjaśnień w zakresie zaoferowanego wdrożenia nowego zintegrowanego systemu (SFB, SPiOL, MIEOD), którego producentem jest przedsiębiorstwo INFO System R. i T. G. Sp. j. oraz zaoferowanego wdrożenia nowego zintegrowanego systemu (SFB, SPiOL, MIEOD), którego producentem jest przedsiębiorstwo Radix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k.

Wskazać w tym miejscu należy, iż pomimo tak krótkiego terminu Wykonawca wypełnił zobowiązanie zgodnie z wezwaniem, aczkolwiek termin wskazany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 19 sierpnia 2019 r. naruszał w sposób oczywisty przepisy ustawy pzp. Wyznaczenie tak krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień niewątpliwie spowodowało sytuację w której Wykonawca został potraktowany z naruszeniem fundamentalnych zasad art. 7 ustawy pzp. Należy podkreślić, że Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany był przestrzegać zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust 1 ustawy pzp. Doprecyzowanie i uszczegółowienie powyższej zasady w odniesieniu do terminów wyznaczanych przez Zamawiającego stanowi jednoznacznie, iż winny one być nie tylko realne, ale również winny uwzględniać możliwość przygotowania stosownych wyjaśnień i przekazania ich Zamawiającemu. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 stycznia 2013, sygn. akt KIO 101/13 - Przede wszystkim termin ten powinien być rozsądny

i realny, czyli taki, iż w toku normalnych czynności dany wykonawca mógłby podjąć stosowne działania tj. przygotować wyjaśnienia, a następnie przekazać je we właściwej formie, treści i terminie do zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wyznaczyć termin, który obiektywnie umożliwi wykonawcy wykonanie obowiązku zgodnie z żądaniem. Termin wyznaczony na udzielenie wyjaśnień co do zasady był niemożliwy do dotrzymania, co mogło wskazywać na to, że celem Zamawiającego było doprowadzenie do sytuacji w której Wykonawca nie zdążył złożyć wymaganych wyjaśnień, co doprowadzi do odrzucenia jego oferty. W świetle zaistniałego stanu faktycznego oraz podstawy odwołania wskazanej w punkcie 1) należy stwierdzić, iż przedmiotowe twierdzenie jest jak najbardziej uzasadnione, a działanie Zamawiającego było nakierowane od samego początku na odrzucenie oferty Odwołującego się oraz uniemożliwienie mu podjęcia skutecznej obrony jego żywotnych interesów.

Tym samym istnieją podstawy do uznania, że w postępowaniu o zamówienie publiczne naruszona została zasada nierównego traktowania wykonawców.

III. Uzasadnienie w zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Opis przedmiotu zamówienia) oraz załączniku 1A do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonał opisu przedmiotu zamówienia, w tym określił minimalne i maksymalne oczekiwane parametry techniczne urządzeń, które powinny zostać dostarczone przez wykonawcę.

Dla części 1, 3, 4, 7, 11, 12 Zamawiający wymagał aby serwer posiadał obudowę typu RACIC o wysokości max 1U.

Wykonawca omyłkowo zamiast serwera Dell PowerEdge R640 zaoferował serwer Dell PowerEdge R540 (posiadający obudowę RACK o wysokości 2U).

Dla części 11 oraz 14 Zamawiający określił wymagania dla urządzenia sieciowego UTM wraz z licencjonowaniem modułów.

Wykonawca omyłkowo zaoferował urządzenia Stormshield SN310 zamiast SN510.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2019 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający wskazał, iż po zapoznaniu się wyjaśnieniami wykonawcy i podniesioną przez niego argumentacją co do popełnienia przez niego oczywistej omyłki pisarskiej w modelach zaoferowanego sprzętu, tj. modelu serwera R540 zamiast R640 oraz urządzenia sieciowego UTM SN310 zamiast SN510 odrzucił oferty dla części 1,3,4,7,11,12 i 14 jako niezgodne z treścią oferty.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż zamawiający winien był dokonać poprawienia oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a w przypadku gdyby w ocenie Zamawiającego nie zachodziły przesłanki do poprawienia oferty zawierającej oczywistą omyłkę pisarską, oferta ta winna być poprawiona przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający powinien był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp dwie oczywiste omyłki pisarskie dokonane przez Odwołującego polegające na zmianie oznaczenia w modelach zaoferowanego sprzętu, tj. zmianie modelu serwera z R540 na R640 oraz urządzenia sieciowego z UTM SN310 na SN510. Przedmiotowa omyłka pisarska winna być poprawiona przez Zamawiającego jeszcze przed otrzymaniem wyjaśnień od Odwołującego, a na pewno taka czynność winna być dokonana w związku z złożonymi przez Odwołującego wyjaśnieniami wskazującymi na popełnienie przedmiotowej omyłki pisarskiej.

Niezależnie od powyższego nawet w sytuacji gdyby Zamawiający nie uznał omyłki Odwołującego za oczywistą omyłkę pisarską, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, Zamawiający zobowiązany był wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 p.z.p. stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 p.z.p. 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 pkt 2 p.z.p. (tak wyrok KIO z dnia 27.07.2016 r. sygn. akt KIO 1247/16).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Artykuł ten natomiast wskazuje, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie informując o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Należy wskazać, iż przedmiotowa sytuacja niezgodności treści oferty z SIWZ niewątpliwie spełnia przesłanki ustanowione w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji, Zamawiający powinien był dokonać poprawy omyłki w ofercie Odwołującego, informując go o tym.

Znamiennym jest, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. pozwala na pewną dozę elastyczności, dzięki czemu może być odniesiony do indywidualnego przypadku. Zamawiający ma nie tylko prawo, ale przede wszystkim obowiązek poprawić w ofercie omyłki, o ile tylko z ich charakteru jasno wynika, że faktyczna intencja wykonawcy była inna, a ich poprawienie nie stanowi ingerencji w ofertę będącą oświadczeniem woli wykonawcy.

W doktrynie prawa podkreśla się, iż należy przyjąć możliwie szerokie rozumienie terminu „omyłka” użytego w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W wyroku z dnia 13 września 2012 r., sygn. KIO 1821/12, LEX nr 1218677, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do zagadnienia poprawienia w ofertach omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, zwróciła uwagę, iż: „ Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej ustawę pzp: „ 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. ” Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek Zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie - że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

Zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2017 r., sygn. akt: KIO 2425/17: „Literalna wykładnia przywołanego przepisu prowadzi do wniosku, że omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego. Jest ona bowiem inną kategorią omyłek niż omyłki pisarskie i rachunkowe, co do których ustawodawca przewidział możliwość ich poprawienia wyłącznie w sytuacji ich oczywistości. Dla ustalenia możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znaczenie ma nie tyle oczywistość omyłki ale ocena czy poprawienie owych niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty oraz to czy stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ jest wynikiem omyłki wykonawcy. Niezgodność ta nie może bowiem wynikać ze świadomego działania wykonawcy — w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać poprawiona w trybie określonym przywołanym przepisem ustawy Pzp. ”

W sytuacji uznania, iż w wyniku dokonania zamiany cyfr w nazwach urządzeń, powodowało niezgodność oferty z treścią SIWZ, gdyż doszło do zaoferowania sprzętu posiadające właściwości odmienne niż wymagane treścią SIWZ należy jednak uznać, że w związku z tym, spełniona została pierwsza przesłanka zawarta w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP - niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Kolejnym warunkiem jaki musi zostać spełniony, aby możliwe było poprawienie oferty przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP jest, aby niezgodność oferty z SIWZ miała charakter omyłki. Odwołujący jednoznacznie wskazuje, iż niezgodność jego oferty z SIWZ miała taki właśnie charakter. Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż Odwołujący uzyskał od kontrahentów oferty na serwer Dell R640, jak również urządzenie UTM SN510. Dokonanie zmiany cyfr w nazwach urządzeń nie stanowi o okoliczności, iż Wykonawca miał na celu zaoferowanie w istocie innych urządzeń o parametrach niezgodnych z treścią SIWZ. Znamiennym jest, iż pomimo omyłki cena zaoferowana przez Odwołującego nie ulega zmianie, zatem Wykonawca nie miał interesu w celowym dokonywaniu omyłki.

Wobec uznania, iż w przedmiotowej sytuacji nie mogą mieć zastosowania przepisy pozwalające na poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż odwołujący w sposób umyślny i zamierzony zaoferował urządzenia niezgodne z wymogami SIWZ,

Należy wskazać, iż Odwołujący zachowałby się w sposób zupełnie nieracjonalny oferując z premedytacją urządzenia niezgodne z treścią SIWZ. Odwołujący ma przecież świadomość, iż skutkowałoby to odrzuceniem jego oferty, zatem umyślne wprowadzenie do oferty postanowień niezgodnych z SIWZ należy uznać za nedorzeczne i pozbawione sensu.

Odwołujący dysponował ofertami od kontrahentów zarówno na serwer Dell PowerEdge R640 jak i urządzenia Stormshield SN510 (które spełniają warunki określone w treści SIWZ).

Stanowiskiem zasługującym na uznanie jest przyjęcie, iż wykonawca przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego chce złożyć ofertę zgodną z SIWZ.

Natomiast wszelkie niezgodności, które mogłyby spowodować odrzucenie jego oferty stanowią niezamierzoną omyłkę. Stanowisko takie wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 kwietnia 2012 r., wskazując w tezie: „Zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodną ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki.” (KIO 556/12).

Potwierdzają to również wyroki KIO wydane w sprawach 2383/13 oraz 2493/13. Ostatnia przesłanka umożliwiająca zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 stanowi, iż poprawienie omyłki nie może spowodować istotnej zmiany w treści oferty. Należy na wstępie zaznaczyć, iż każde poprawienie oferty, w przypadku zaistnienia niezgodności z SIWZ, spowoduje zmianę jej treści - ustawa nakłada jednakże ograniczenie jedynie do tych poprawek niepowodujących istotnych zmian,

O znaczeniu pojęcia „istotności” zmian wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lutego 2013 r., wydanym w sprawie o sygn. 354/13. Wskazała ona tam, iż o istotności zmiany treści oferty na gruncie PZP, każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

Niewątpliwym jest, iż korekta oferty poprzez uznanie wskazanej przez Odwołującego nazwy urządzeń nie spowodowałaby istotnej zmiany treści oferty, gdyż dotyczy to tylko jednego z elementów oferty. Intencją Odwołującego było złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ. Podkreślić przede wszystkim należy, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie ulegnie zmianie pomimo dokonania korekty oferty przez Zamawiającego.

W związku z tym poprawa i uznanie wskazanych przez Odwołującego sprzętów nie stanowi nowej oferty ani nie zniekształciłaby woli Odwołującego — a jedynie w pełni i precyzyjnie oddałaby jego zamiar. Warunek nie zniekształcania treści oferty postawiła w swoim wyroku również KIO, wskazując:

„Dla zaistnienia przesłanki nieistotności w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych koniecznym jest tylko, aby poprawa omyłki nie zniekształcała oświadczenia woli wykonawcy w sposób istotny. ” (KIO 554/13).

O istotności zmian wypowiedziała się też KIO w wyroku z dnia 8 stycznia 2013 r.: „Stwierdzenie istotnej zmiany treści oferty może nastąpić tylko w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że można by mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy(KIO 2707/12).

Krajowa Izba Odwoławcza również trafnie ujęła istotę trybu poprawy treści oferty z art. 87 ust. 2 pkt 3. W uzasadnieniu wyroku z dnia 22 października 2013 r. wskazała ona, iż „Chodzi o oddanie intencji wykonawcy, wyrażonych w niedoskonały sposób w treści złożonej oferty, czy wynikających z niedostatecznego odczytania wymagań zamawiającego. Ustawodawca wprowadził mechanizm służący potwierdzeniu tej intencji poprzez możliwość niewyrażenia zgody na dokonaną z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawę, której skutkiem jest odrzucenie oferty (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy). Powyższe oznacza, że instrument służący poprawie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma służyć jak najpełniejszemu, jak najbliższemu rzeczywistej intencji wykonawcy oddaniu jego woli, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny jego oferta odpowiadała na wymagania postawione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. ”

Ustawodawca wprowadzając powołany przepis dał prymat obowiązkowi korygowania ofert wykonawców, w granicach określonych przez prawo, na dalszy plan przesuwając formalizm postępowania. Wobec tego, całkowicie niezasadnym jest odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z SIWZ, w sytuacji, gdy w sposób oczywisty mogła ona zostać poprawiona przez zamawiającego. W orzecznictwie wyrażono pogląd w przedmiocie wady niemożliwej do usunięcia: „Za wadę, niemożliwą do usunięcia jest należy uznać tylko taką wadę, której zamawiający nie jest w stanie usunąć z własnej inicjatywy, poprzez dokonanie czynności określonych w prawie zamówień publicznych. Musi to być zatem wada powodująca zdarzenie nieodwracalne, którego konsekwencji Zamawiający nie jest w stanie naprawić poprzez własne działania. [...] Omyłką jest błąd wykonawcy przy sporządzaniu oferty nie mający celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2017 r. KIO 281/17.

Należy niewątpliwie uznać, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2. Potwierdziła to również Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. KIO 2167/17 zgodnie z treścią, którego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2

Prawa zamówień publicznych nie nakazuje eliminowania każdej oferty zawierającej omyłki, a jedynie takiej, której nie można poprawić w drodze art 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę przedstawione wyżej okoliczności, należy jeszcze raz z całą mocą podkreślić, iż jedynym błędem Odwołującego wobec treści SIWZ jest wpisanie błędnej cyfry w nazwie urzędzeń. Niemniej jednak, omyłka ta mogła zostać poprawiona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co odwołujący wykazał w niniejszym piśmie.

W wyniku poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, zamawiający będzie miał do czynienia z ofertą, która nie wykazuje żadnych niezgodności z SIWZ, tudzież ustawą Pzp, a w konsekwencji brak będzie podstaw do jej odrzucenia.

W konsekwencji rażącego naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w punkcie 2, 3 i 4 petitum odwołania, Zamawiający również dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości, że Zamawiający obowiązany jest przestrzegać przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które definiują czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami w sytuacji jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). W art. 15 ust. 2 tej ustawy przykładowo wskazano czyny nieuczciwej konkurencji, w tym również utrudnianie dostępu do rynku. Odrzucenie oferty Odwołującego ewidentnie stanowi utrudnianie dostępu do rynku. Zamawiający, nie stosując się do obowiązujących go przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uniemożliwił Odwołującemu - profesjonalnemu podmiotowi zdolnemu do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, który spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu - podjęcia się realizacji zamówienia. Konkludując, Zamawiający naruszył przepisy powszechnie obowiązującego prawa poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego nie doszło do dopuszczenia Odwołującego do postępowania jako wykonawcy spełniającego wymogi wskazane w Informacji do ogłoszenia o udzielenie zamówienia, z uwagi na posiadane doświadczenie dającego rękojmię jak najlepszego wykonania zamówienia. Należy przy tym podkreślić, iż zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców jest również w istocie podstawą wspólnotowego prawa zamówień publicznych, i to nie tylko w ujęciu krajowym, ale także w wymiarze unijnym. Za uzasadniony należy zatem uznać wniosek o nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w

przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, jak również zarzucenie Zamawiającemu, że naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Konkludując, należy wskazać, iż nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego we wskazanych częściach, a działanie Zamawiającego, od którego zostało wniesione niniejsze odwołanie, mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący stwierdza, że biorąc pod uwagę powyższe, wniesienie przedmiotowego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pod nazwą „Dostawa infrastruktury sprzętowej i oprogramowania narzędziowego, platformy e-usług wraz z systemami zasilającymi oraz wykonanie szkoleń w ramach projektu " Wdrożenie i rozwój e-usług w administracji samorządowej oraz podnoszenie bezpieczeństwa teleinformatycznego" z podziałem na piętnaście części.

Zamówienie dotyczy projektu finansowanego ze środków Unii Europejskiej o numerze identyfikacyjnym projektu: RPLB.02.01.01-08-0021/16.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 23.04.2019 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2019/S 079 – 190 292.

Do postępowania odwoławczego zgłosił się przystępujący po stronie zamawiającego w dniu 2 września 2019r w formie pisemnej- wpływ bezpośredni. Odwołanie wniesiono w dniu 29 sierpnia 2019r. a informacja o wniesieniu odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia i kopią odwołania została przekazana przystępującemu – drugiemu wykonawcy w dniu 29 sierpnia 2019r. W związku z powyższym upływ terminu do skutecznego wniesienia odwołania nastąpił w dniu 2 września 2019 roku w myśl art.185 ust.2 w związku z art.185 ust.8 ustawy (termin 3 dni przedłuża się do 4 dnia poniedziałku z powodu, że trzeci dzień przypadł na niedzielę). Przystępujący do zgłoszonego przystąpienia w formie pisemnej załączył pełnomocnictwo - kserokopię aktu notarialnego dla mocodawcy udzielającego pełnomocnictwa radcy prawnemu wnoszącemu przystąpienie (Nr Rep. A.3240/2016 notariusz N. N. kancelaria notarialna Poznań ul.Św.Wojciech10/4 2016-12-12). W dniu 4 września 2019r.(wpływ bezpośredni) uzupełniono przystąpienie przez doręczenie oryginału wypisu aktu

notarialnego. W związku z tym przekroczono termin na przystąpienie, który upłynął w dniu 2 września 2019r. (art.185 ust.2 w związku z ust.8 tegoż artykułu). Ponadto udzielone pełnomocnictwo notarialne nie zawiera w swej treści pełnomocnictwa wymaganego do reprezentowania przed Izbą (wskazuje na wnoszenie odwołań i skarg oraz innych środków zaskarżenia a przystąpienie nie jest nimi – art. 180 ust.1 i art.198a 1. ustawy w zw. z art.185 ust.2ustawy). Z treści aktu notarialnego wynika również prawo reprezentowania przed wszelkimi urzędami i instytucjami, organami administracji publicznej w tym Urzędami Skarbowymi, Zakładem Ubezpieczeń Społecznym, Urzędem Statystycznym i innymi urzędami lub instytucjami. Krajowa Izba Odwoławcza jest powołana do rozpatrywania odwołań (art. 172ust.1 ustawy). Na mocy § 4 aktu notarialnego ustanowiony pełnomocnik ma prawo w zakresie udzielonego pełnomocnictwa udzielać dalszych pełnomocnictw. W związku z powyższym udzielone pełnomocnictwo przed notariuszem w zakresie przedmiotowym upoważnia do udzielenia dalszych pełnomocnictw w zakresie wnoszenia odwołań i skarg a nie przystąpień do postępowania odwoławczego przed Izbą. Z kolei w zakresie podmiotowym w akcie notarialnym nie wymienia się Krajowej Izby Odwoławczej co wymagane jest na podstawie z art. 14 i art.185 ust.7 ustawy w związku z art. 98 k.c.(do czynności przekraczających zwykły zarząd potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj). Reasumując pełnomocnictwo notarialne dla pełnomocnika spółki P. R. M. nie obejmuje prawa do zgłaszania przystąpień w postępowaniu odwoławczym (obejmuje wnoszenie odwołań i skarg oraz innych środków zaskarżenia - § 1 ust.2 aktu not.) oraz nie obejmuje reprezentowania spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą (obejmuje co do rodzaju Urzędy Skarbowe, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Urząd Statystyczny). W załączonym pełnomocnictwie dla radców prawnych z dnia 30 sierpnia 2019r. do zgłoszenia przystąpienia mocodawca również przekroczył zakres umocowania aktem notarialnym, upoważniając radców prawnych do zgłaszania przystąpienia do postępowania prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą (§ 4 aktu notarialnego). Poza wyżej wymienionymi przesłankami nieważności, do reprezentowania w zgłoszeniu przystąpienia jak i przed Izbą, udzielonych upoważnień Izba dostrzegła okoliczność braku załączonego pełnomocnictwa udzielonego przed notariuszem w formie pisemnej (kserokopia aktu notarialnego – zgłoszenie z 2 września 2019r.), którego oryginalny wypis doręczono w dniu 4 września 2019 r. (z przekroczeniem dwóch dni od upływu – dnia 2 września 2019r.- terminu na zgłoszenie przystąpienia). W myśl art.185 ust.2 ustawy Izba nie znalazła podstaw do wezwania przystępującego do uzupełnienia udzielonych pełnomocnictw w związku z brakiem podstaw do takiej czynności jaka jest przewidziana dla odwołania (art.187ust.1 i ust.3 w zw. z art. 185 ust.2 ustawy).

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła nie uwzględnić przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłaszającego przystąpienie w sprawie Sputnik

Software Sp. z o.o. w Poznaniu jako spóźnionego i bez upoważnienia do jego wniesienia (art.185 ust.2 w zw. z ust.3 tegoż artykułu).

Przedmiotem rozpoznania wniesionego odwołania jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego w częściach: 1, 3, 4, 7, 11, 12 i 14 zamówienia.

Odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 29 sierpnia 2019r. (informacja o czynności zamawiającego odrzucenia oferty została przesłana odwołującemu w dniu 19 sierpnia 2019r.)podniósł zarzut dokonana czynności odrzucenia jego oferty z naruszeniem następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ( j.t. Dz.U. 2018 poz.1986 ze zm.) dalej „ustawa”:

1. art. 7 ust. 1 ustawy przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na złożenie wyczerpujących i kompletnych wyjaśnień a w konsekwencji przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy przez jego niezastosowanie,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez jego niezastosowanie,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz), w sytuacji, gdy oferta odwołującego podlegała poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, która to winna podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów odwołujący wniósł następujące żądania:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie wyżej wskazanych części postępowania,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie wyżej wskazanych części postępowania,
- 3) nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający pismem z dnia 19 sierpnia 2019r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu odwołania.

Podstawę odrzucenia złożonej oferty zamawiający uzasadnił sprzecznością treści oferty z treścią siwz, powołując się na treść art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy i precyzując czynność do części zamówienia, na które odwołujący złożył ofertę: 1, 3, 4, 7, 11,12 , 14.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający przywołał postanowienia siwz odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia to jest pkt 3 siwz i załącznika 1A do siwz, gdzie zamieścił wymagania w zakresie infrastruktury sprzętowej, oprogramowania narzędziowego i szkoleń, zawierających minimalne i maksymalne parametry techniczne dostarczanych urządzeń. Zaoferowane urządzenia nie spełniają wymaganych parametrów a co za tym idzie są niezgodne z treścią siwz.

Wymieniając kolejne niezgodności parametrów oferowanego sprzętu w poszczególnych częściach zamówienia wymienił dwie następujące niezgodności. Zamawiający wymagał aby serwer posiadał obudowę RACK o wysokości max 1 U a zaoferowany został serwer Dell Power Edge R 540 posiadający obudowę RACK o wysokości 2U. Powyższe niezgodności wystąpiły w następujących częściach złożonej oferty: 1, 3, 4, 7, 11, 12. Z kolei dla części 11 i 14 zamawiający określił wymagania dla urządzenia sieciowego UTM wraz z licencjonowaniem modułów, które nie są spełnione przez zaoferowane urządzenie STORMSHIELD SN310 (zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty z dnia 19.08.2019r.).

Zamawiający zaznaczył, że w dniu 18 lipca 2019r. zwrócił się do odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie treści złożonej oferty w powyższych częściach. W dniu 22 lipca 2019 roku odwołujący złożył zamawiającemu stosowne wyjaśnienia. Zamawiający po zapoznaniu się z odpowiedzią oraz przedstawioną argumentacją co do popełnienia przez odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej w modelach zaoferowanego sprzętu tj. zaproponowanego modelu serwera R540 zamiast R640 oraz urządzenia sieciowego UTM SN310 zamiast SN 510 odrzuca oferty dla części: 1, 3, 4, 7, 11, 12, 14. Zamawiający zacytował orzecznictwo, zgodnie z którym za oczywistą omyłkę pisarską uznać należy: "niezamierzoną niedokładność nasuwającą się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia(...).Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli Wykonawcy". Zaistniałą sytuację zamawiający nie zidentyfikował jako oczywistą omyłkę pisarską, ponieważ zaoferowany sprzęt w różnych częściach postępowania

w różnych fragmentach złożonej oferty aktualnie występuje w sprzedaży i nie spełnia zapisów SIWZ. Złożone przez odwołującego wyjaśnienia prowadzą do zmiany treści złożonej oferty co jest niezgodne z art.87 ust.1 ustawy.

W podsumowaniu opisanej powyżej czynności odrzucenia oferty zamawiający stwierdza, że zgodnie z treścią art.89 ust.1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz z zastrzeżeniem art.87 ust.2 pkt 3 ustawy.

W toku postępowania odwoławczego odwołujący powoływał się na naruszenie nie tylko art.87 ust.2 pkt 1 ustawy (oczywista omyłka pisarska) ale również na naruszenie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy (inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty).

Odwołujący na rozprawie nie podtrzymał zarzutu zbyt krótkiego czasu udzielonego na złożenie wyjaśnień (18 -22 sierpnia 2019r.) w sytuacji pierwotnego przesłania wezwania niekompletnego to jest z pominięciem części stron pisma. Ja wyjaśniał odwołujący czyni to w związku dotrzymaniem terminu wyznaczonego przez zamawiającego na złożenie wyjaśnień. W związku z tym Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania, który odwołujący podnosił opierając się na ogólnych zasadach ustawy co do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w myśl art.7 ust.1 ustawy.

Izba odnosząc się do zarzutu merytorycznego odwołania jakim jest odrzucenie oferty, rozpoznała ten zarzut zarówno co do art.87 ust.2 pkt 1 jak i pkt.3 tegoż artykułu. Przy czym Izba miała na uwadze, że argumentacja uzasadnienia odwołania przedstawiona powyżej w uzasadnieniu odnosiła się do art.87 ust.2 pkt 3 ustawy, z przywołaniem orzecznictwa wskazującego na art.89 ust.1 pkt 2 w związku z art. 87 ust.1 i art.87 ust.2 pkt 3 ustawy (np Sygn. akt: KIO 1247/16; KIO 2425/17; KIO 2707/12; KIO 281/17; KIO 2167/17).

Izba uwzględniając również argumentacje stron na rozprawie ustaliła, że zamawiający przedstawiając swoje stanowisko do protokołu odnosił się do faktu, że oferta złożona przez odwołującego jest sprzeczna z siwz co do postawionych parametrów technicznych i uwzględnienie wyjaśnień odwołującego jest nieuzasadnione, ponieważ stanowiło by to nieuzasadnioną ingerencję w treść oferty, która jest sprzeczna z treścią siwz a co wskazuje na obowiązek po stronie zamawiającego odrzucenie takiej oferty. Reasumując stanowisko zamawiającego było negatywne zarówno co do uwzględnienia zarzutu odwołania opartego o art.87 ust.2 pkt 1 jak i art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy.

Z kolei odwołujący powołując się na omyłkę w treści złożonej oferty twierdził, że powstała ona w wyniku niezamierzonego działania przy sporządzaniu oferty, przedstawiając w poczet materiału dowodowego ofertę handlową z dnia 06. 06.2019r. MKM MARKET M. M. w

Warszawie (przyjęta w poczet materiału dowodowego), z której to wynika, że sprzęt oferty handlowej miał wymagane parametry a omyłki w jego nazewnictwie powstały przy przepisywaniu ich do oferty (zaproponowano model serwera R540 zamiast R640 oraz urządzenie sieciowe UTM SN310 zamiast SN 510).

W toku rozprawy odwołujący przywołał następujące okoliczności i dowody na potwierdzenie omyłki w ofercie. Według jego oświadczenia w dacie składania oferty posiadał ofertę handlową z dn. 06.06.2019r. złożoną przez firmę MKMMarket gdzie też stwierdził, że są jako pełnomocnicy odwołującego dzisiaj obecni na rozprawie P-n. A. M., przedstawiciele oferenta też P-n M. K., którzy poświadczają (P-n. K.) jest podmiotem współpracującym z MKMMarket tj. świadczy usługi w ramach samozatrudnienia dla MKMMarket, gdzie dobiera sprzęt dla klientów; (P-n M.) jest osobą współpracującą z MKMMarket. Obaj Panowie w tym miejscu poświadczają, że dobierali sprzęt do przedmiotowego zamówienia na podstawie dokumentacji przetargowej. Z kolei radca prawny odwołującego wyjaśniał na rozprawie, że tabele przedstawione do części zamówienia: 1, 3, 4, 7, 11, 12, 14 pod pozycją nr 1 w ofercie MKMMarket w poz. 1 wszystkich tych części znajduje się serwer Dell R640 a co ma świadczyć o o tym, że zamiarem odwołującego było złożenie oferty prawidłowo, tj. na serwer Dell R640, a omyłkowo w ofercie wpisano serwer Dell R540 oraz zaznacza, że w cz. 11 i 14 poz. 5 zaoferowano odwołującemu urządzenie bezpieczeństwa, czyli firewall o nazwie Stormshield, a w ofercie wpisano SN310 zamiast 510. (w poczet materiału dowodowego oferta MKMMarket)

Z kolei dowody w sprawie złożone przez zamawiającego odnoszą się do uzyskanych wyjaśnień od branży handlowej sprzętu na okoliczność, że sprzęt w ofercie nie posiada parametrów wymaganych w siwz. Z tej okoliczności zamawiający wywodzi, że oferta odwołującego ulega odrzuceniu, ponieważ uwzględnienie wyjaśnień odwołującego z dnia 22 sierpnia 2019 roku do złożonej oferty stanowiłoby nieuprawnioną ingerencję w treść oferty. Na powyższą okoliczność zamawiający złożył na rozprawie następujące dowody:

1. Pytanie z dn. 21.06.2019r do Dell Sp. z o.o. Warszawa o udzielenie odpowiedzi czy model serwera Dell PowerEdge R 540 występuje w obudowie 1u wraz z udzieloną odpowiedzią w drodze emailowej 22.07.2019r., że nie występuje a serwery w obudowie 1U to Power Edge R240; R340; R440; R640 oraz oświadczenie pisemne z 05.09.2019r. udzielone przez Dell Sp. z o.o. Warszawa, które potwierdziło emaliową odpowiedź.
2. Pytanie z 21.06.2019r. zamawiającego do DAGMA Sp. z o.o. dystrybutor rozwiązań STORMSHIELD w Polsce z siedzibą w Katowicach oraz oświadczenie z 09-09-2019r.o parametrach UTM STORMSHIELDSN310 i UTM STORMSHIELDSN510 na okoliczność, że w trakcie badania ofert stwierdzono sprzeczność oferty z treścią SIWZ.

Izba dokonując oceny przedstawionych dowodów przez zamawiającego ustaliła, że potwierdziły się okoliczności podawane przez strony co do sprzeczności parametrów technicznych oferty odwołującego z parametrami wymaganymi w siwz (załącznik 1a do siwz). Powyższa okoliczność pomiędzy stronami jest okolicznością bezsporną co potwierdził odwołujący w wyjaśnieniach w dniu 22 lipca 2019 r. na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w dniu 18 lipca 2019 roku.

Natomiast powstały spór pomiędzy odwołującym a zamawiającym wskutek wniesionego odwołania sprowadza się do kwalifikacji sprzeczności w ofercie odwołującego, które zamawiający zakwalifikował do art.89 ust.1 pkt 2 ustawy bez możliwości zastosowania art.87 ust.2 pkt 3 ustawy.

W ocenie Izby powstałe rozbieżności w złożonej ofercie odwołującego należy zakwalifikować do art.87 ust.2 pkt 3 ustawy i uwzględnić wyjaśnienia złożone przez odwołującego co powoduje brak podstaw do odrzucenia oferty jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Norma art.87 ust.1 ustawy przewiduje wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty, które w okolicznościach sprawy w ocenie Izby nie mają charakteru negocjacji i mieszczą się w dyspozycji art.87 ust.2 pkt 3 ustawy. Zamawiający zażądał wyjaśnień od odwołującego w dniu 18 lipca 2019 roku i otrzymał wyjaśnienia w dniu 22 lipca 2019 roku. Przy czym z czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego z dnia 19 lipca 2019 roku wynika, że wyjaśnienie odwołującego co do omyłki (zamiast modelu serwera R640 wpisano R540 i urządzenia sieciowego UTM SN 310 zamiast SN 510) wynika, że nie zakwalifikował rozbieżności jako oczywistej omyłki pisarskiej, co w ocenie Izby należy uznać za uprawnione w rozumieniu słowa omyłki pisarskiej. Niemniej zamawiający był zobowiązany do oceny czy powstała rozbieżność kwalifikuje się do art.87 ust.2 pkt 3 ustawy a w konsekwencji do poprawienia omyłki według wskazań odwołującego w złożonych wyjaśnieniach. Izba na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie (fakt wezwania do złożonych wyjaśnień, decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty, oświadczenia na rozprawie osób przygotowujących sprzęt dla odwołującego i przedstawionej oferty MKM Market z 06.06.2019r.) kwalifikuje rozbieżności sprzętu w ofercie z parametrami siwz jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący nie zmienił rodzaju sprzętu UTM STORMSHIELDSN oraz serwera Dell PowerEdge R a zmienił jego cyfrowe oznaczenia kolejno w miejsce „310” na „510” oraz w miejsce „540” na „640” ograniczając zmiany do pojedynczych cyfr „3” i „5” na „5” i na „6”. Izba podziela pogląd zamawiającego, że w zaistniałej sytuacji nie można omyłki w ofercie zakwalifikować jako omyłki pisarskiej (brak możliwości jej poprawienia na podstawie oferty, czy też innej części złożonych przy ofercie dokumentów). Natomiast Izba stwierdza, że wskutek otrzymanych na wezwanie wyjaśnień odwołującego (art.87 ust.1 z zastrzeżeniem

ust.2 pkt 3 tegoż artykułu), zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy. Bowiem zamawiający miał obowiązek jej poprawienia w trybie art.87 ust.2 pkt 3 w związku z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, uznając opisane omyłki w ofercie odwołującego jako niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zgodnie z art.192 ust.2 ustawy stwierdza naruszenie art. 87 ust.2 pkt 3 w związku z art.89 ust.1 pkt 2 i art. 7 ust.1 i 3 ustawy co może mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba nie stwierdza naruszeń art. 3 oraz art.15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako nie znajdujący uzasadnienia w odwołaniu i w toku postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego i wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie przedstawionej faktury vat bez kwoty 350 zł. w związku z nie przedłożeniem na żądaną kwotę biletów kolejowych.

Przewodniczący: .....