

WYROK
z dnia 19 września 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozP. na rozprawie w dniu 18 września 2017 roku w W. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 4 września 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **C.D. Sp. z o.o. (Lider) oraz M.P. Sp. z o.o. Sp. k. (Partner) z siedzibą dla Lidera w W.** (KIO 1831/17)
- B. w dniu 4 września 2017 roku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **K.B. Sp. z o.o. z siedzibą w P.** (KIO 1845/17)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa- Najwyższą Izbę Kontroli z siedzibą w Warszawie.**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego:

- 1) **S. Sp. z o.o. z siedzibą w T.** (KIO 1831/17 i KIO 1845/17)
- 2) **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: C.D. Sp. z o.o. (Lider) oraz M.P. Sp. z o.o. Sp. k. (Partner) z siedzibą dla Lidera w W.** (KIO 1845/17).

orzeka:

- 1. oddala oba odwołania

1

-
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000,00 zł (słownie: trzydziestu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisów od poszczególnych odwołań,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.15794 j.t. 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 Warszawie.**

Przewodniczący:

2

sygn. akt KIO 1831/17, KIO 1845/17

UZASADNIENIE

sygn. akt KIO 1831/17

W dniu 4 września 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej W., na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579) (dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) C.D. Sp. z o.o. (Lider); (2) M.P. Sp. z o.o. Sp. k. (Partner) z siedzibą dla Lidera w W.** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa komputerów przenośnych” w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Zamawiający **Najwyższa Izba Kontroli w Warszawie z siedzibą w Warszawie.**

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2017 roku polegającej na dokonaniu wyboru oferty S. Sp. z o.o. w T. („S.”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia S. i odrzucenia oferty S. z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 26 ust.3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wezwanie S. do przedstawienia do testów komputerów o odmiennej konfiguracji niż wskazana w ofercie S.,
art. 24 ust. 1 pkt. 16) w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez 3) zaniechanie wykluczenia S. i odrzucenia oferty S. z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego przez S. w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 4) art. 87 ust.2 pkt. 1) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne poprawienie oferty S.,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2) w zbiegu z pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S. z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ oraz nieważność oferty;
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania poprzez:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia S. z Postępowania
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty S.,
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3

5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej z uwagi na przysługujący Odwołującemu status wykonawcy. Oferta Odwołującego uzyskała drugą lokatę, uzyskując 89 punktów, podczas gdy oferta S. uzyskała 90 punktów. Gdyby Zamawiający nie dokonał wyboru oferty

S., która podlegała odrzuceniu, oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w świetle kryteriów oceny ofert przewidzianych w SIWZ i uznana za najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu. W konsekwencji Odwołującemu zostałoby udzielone zamówienie. W takim stanie rzeczy utrzymanie wyboru oferty S., pomimo naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy, spowodowałoby, iż oferta Odwołującego nie zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraconego zysku z potencjalnej realizacji zamówienia.

Odwołujący w dniu 25 sierpnia 2017 r. otrzymał informację o wyborze oferty S.. Zatem odwołanie wniesione zostało w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

W dniu 10 lipca 2017 roku Zamawiający poinformował S. o wyniku oceny ofert wzywając S. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów oraz przedstawienia po jednym egzemplarzu z trzech modeli zaoferowanych komputerów celem przeprowadzenia testów przewidzianych w pkt. 4.7 SIWZ w terminie do dnia 21 lipca 2017 roku.

Zgodnie z zestawieniem parametrów technicznych oferowanego sprzętu załączonym do oferty (Załącznik nr 1a poz. 6) S. zaoferował komputery wyposażone w kartę grafiki Intel HD Graphics 630.

Zgodnie pkt 4.7 SIWZ

- 1) dostarczenie przez wezwanego Wykonawcę po jednym egzemplarzu testowym sprzętu, będącego przedmiotem zamówienia, niezgodnego w pełni oferowanego z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z parametrami wyspecyfikowanymi w Załącznikach odpowiednio nr 1a, 1b do SIWZ lub z treścią oferty Wykonawcy - zostanie potraktowane jako negatywny wynik testów,
- 2) niedostarczenie przez wezwanego Wykonawcę po jednym egzemplarzu testowym oferowanego sprzętu, będącego przedmiotem zamówienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego - zostanie potraktowane jako negatywny wynik testów,

3) negatywny wynik przeprowadzonych testów, które nie potwierdzają, że oferowane przez Wykonawcę dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ w szczególności nie potwierdzają pełnej zgodności wszystkich parametrów oferowanego sprzętu wyspecyfikowanych w Załącznikach nr 1a, 1b do SIWZ lub z treścią oferty Wykonawcy, a także poprawnej współpracy oferowanego sprzętu ze sprzętem oraz oprogramowaniem eksploatowanym przez Zamawiającego lub wystąpienie którejkolwiek z okoliczności, o których mowa w pkt 1 lub 2, skutkować będzie odrzuceniem oferty takiego Wykonawcy, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako niezgodnej z treścią SIWZ (z zastrzeżeniem, że Zamawiający uprzednio wezwie Wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, do ewentualnych uzupełnień).

W dniu 21 lipca 2017 roku S. uzupełnił dokumenty. Wśród złożonych dokumentów ponownie znalazł się Załącznik nr 1a gdzie z pozycji 6 figuruje karta grafiki Intel HD Graphics 630.

Następnie S. przedstawił Zamawiającemu do testów egzemplarze komputerów wyposażone w inną kartę graficzną (Intel HD Graphics 620) niż karta określona w Załączniku nr 1a do oferty (Intel HD Graphics 630). Była to pierwsza sesja testów. W takim stanie rzeczy na podstawie pkt. 4.7 nota „UWAGA” pkt1) z uwagi na nieprzedstawienie w wyznaczonym terminie do testów komputerów zgodnych z treścią oferty Zamawiający winien wykluczyć S. z postępowania z uwagi na niewykazanie przez S. spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucić ofertę S..

Na podstawie wezwania z dnia 26 lipca 2017 roku Zamawiający przeprowadził drugą sesję testów komputerów dostarczonych przez S. wyposażonych w kartę Intel HD Graphics 620, co nastąpiło najpóźniej w dniu 7 sierpnia 2017 roku.

Odwolujący podkreślił że w dacie testów prowadzonych na podstawie wezwania z dnia 10 lipca i 26 lipca 2017 roku, oferta S. miała postać pierwotną. Poprawienie oferty S. w zakresie oznaczenia karty graficznej nastąpiło w dniu 8 sierpnia 2017 roku, czyli po przeprowadzeniu testów /dowód: zawiadomienie z dnia 8 sierpnia 2017 roku - na okoliczność poprawienia omyłki pisarskiej w dniu 8 sierpnia 2017 roku/

W konsekwencji Zamawiający testował sprzęt w innej konfiguracji niż zaoferowana Zamawiającemu, zatem S. nie wykazał w procedurach testowych aby zaoferowany sprzęt przeszedł testy z wynikiem pozytywnym.

II. Naruszenie art. 26 ust.3 ustawy Pzp

W wyniku fiaska pierwszej sesji testów w dniu 26 lipca Zamawiający wezwał S. w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do przedstawienia testowych egzemplarzy komputerów

wyposażonych z kartę odpowiadającą treści oferty (tj. Intel HD Graphics 630) oraz wskazał, iż uprzednio dostarczone Zamawiającemu komputery posiadały kartę Intel HD Graphics 620.

Na podstawie wezwania z dnia 26 sierpnia 2017 roku Zamawiający przeprowadził drugą sesję testów komputerów dostarczonych przez S. wyposażonych w kartę Intel HD Graphics 620, co nastąpiło najpóźniej w dniu 7 sierpnia 2017 roku.

Oznacza to, iż S. nie wykonał wezwania z art. 26 ust.3 ustawy albowiem przedłożył do drugiej sesji testów sprzęt z inną kartą graficzną, niż wskazana w wezwaniu tj. Intel HD Graphics 620 zamiast Intel HD Graphics 630. Zatem S. nie wykonał wezwania Zamawiającego z art. 26 ust.3 Ustawy. Zamawiający nie zastosował art. 26 ust.3 Ustawy poprzez odrzucenie oferty S. na skutek przedstawienia do drugiej sesji testów komputerów niezgodnych z ofertą.

Naruszenie art. 24 ust. 1 III. pkt. 16) w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5) Ustawy.

W dniu 26 lipca 2017 roku S. poinformował Zamawiającego o popełnieniu omyłki w Załączniku nr 1a w postaci ujęcia w nim karty Intel HD Graphics 630 zamiast Intel HD Graphics 620.

Powyższe pismo zostało skierowane do Zamawiającego po pierwszej prezentacji komputerów do testów, gdzie Zamawiający stwierdził niezgodność karty graficznej w treści oferty. Powyższe pismo miało skłonić Zamawiającego do poprawienia oferty S. pod pozorem oczywistej omyłki pisarskiej i zawierało zapewnienia S., iż oznaczenie karty Intel HD

Graphics 630 zamiast Intel HD Graphics 620 w świetle dokumentów dołączonych do oferty jest klasyczną omyłką pisarską.

Odwołujący podniósł niemożność zakwalifikowania przedmiotowej wady oferty jako omyłki pisarskiej. Ponadto, zdaniem Odwołującego, zapewnienia S. zawarte w piśmie z 26 lipca 2017 roku należy uznać za celowe przedstawienie nieprawdziwej informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd skutkujący poprawieniem oferty S. pod pozorem istnienia omyłki pisarskiej, z dalszymi konsekwencjami w postaci odpadnięcia podstawy do wykluczenia S. z postępowania i odrzucenia oferty S..

IV. Naruszenie art. 87 ust.2 pkt. 1) ustawy Pzp

Zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 1) ustawy PZP poprawieniu podlegają jedynie OCZYWISTE omyłki pisarskie. Zgodnie z orzecznictwem KIO oczywistą omyłką pisarką jest taka omyłka względem której:

1/ jest oczywiste, iż wystąpiła, tzn. jest łatwa do dostrzeżenia oraz nie powinna budzić wątpliwości co do sposobu ich poprawienia (KIO 1388/14 oraz KIO 662/13 i KIO 2003/10).

2/ a jednocześnie, oczywisty jest sposób jej poprawienia

6

Ad. 1

Odwołujący zauważył, iż ofercie S. w Załączniku nr 1a wskazano kartę graficzną Intel HD Graphics 630, a ponadto do oferty dołączono specyfikację karty Intel HD Graphics 630. Ponadto w dniu 21 lipca 2017 roku na wezwanie Zamawiającego S. ponownie przedstawił Zamawiającemu w/w załączniki do oferty, w tym Załącznik nr 1a, wskazujący na kartę Intel HD Graphics 630 oraz specyfikację karty Intel HD Graphics 630.

W konsekwencji należy zauważyć, iż dokonując oceny oferty S. nie sposób stwierdzić, iż Załączniku nr 1a karta Intel HD Graphics 630 została zamieszczona w wyniku omyłki pisarskiej, skoro S. dwukrotnie przedłożył Załącznik nr 1 wskazujący na kartę Intel HD Graphics 630 oraz specyfikację tej karty.

Wręcz przeciwnie, załączenie do oferty specyfikacji karty Intel HD Graphics 630 wskazuje, iż zamiarem S. jest zaoferowanie właśnie takiej karty.

Niewątpliwie doszło do błędu w sporządzeniu oferty, jednak błąd ten nie może być kwalifikowany w kategoriach omyłki pisarskiej, bowiem w części polega on na przedłożeniu dokumentu w postaci specyfikacji karty.

Odwołujący wskazał, iż błąd w sporządzeniu oferty S. wynika z tego, iż S. rozważał zaoferowanie Zamawiającemu komputerów serii 600 (zaoferował finalnie serię 800), która jest wyposażona w kartę Intel HD Graphics 630, jednak z uwagi na większą wagę komputerów serii 600, S. ostatecznie zdecydował się na zaoferowanie serii 800. Zgodnie z pkt XIII. 1 SIWZ waga komputerów była jednym z kryteriów oceny ofert z wagą 5%. Jest zatem oczywiste, iż w procesie kompletacji oferty S. doszło do błędu w wyniku pomieszania danych i dokumentów dotyczących dwóch odrębnych serii komputerów, co nie pozwala na potraktowanie błędu jako oczywistej omyłki pisarskiej.

Ad 2.

Odwołujący podnosił, iż sposób poprawienia omyłki musi być także oczywisty. Wobec określenia w Załączniku nr 1a do oferty S. karty Intel HD Graphics 630 oraz dołączenia do oferty specyfikacji tej karty nie sposób uznać, iż jedynym możliwym sposobem poprawienia rzekomej omyłki jest zmiana na Intel HD Graphics 620. Skoro S. wyraźnie zaoferował kartę Intel HD Graphics 630 a jednocześnie dokumentacja zaoferowanych komputerów wskazuje na brak takiej karty, nie jest możliwe stwierdzenie przez Zamawiającego czy błąd dotyczył wyboru komputerów czy też komponentu w postaci karty.

V. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) w zbiegu z pkt 8) ustawy Pzp

Zamawiający do dnia 7 sierpnia 2017 roku przeprowadził dwie sesje testów dostarczonych przez S. komputerów wyposażonych w karty Intel HD Graphics 620, czyli urządzeń niezgodnych z treścią oferty. Oferta S. z uwagi na nieusuwalną sprzeczność

7

między specyfikacją oferowanego sprzętu a jednoznacznym wskazaniem na zaoferowanie karty Intel HD Graphics 630 jest ofertą:

1/ nieważną z uwagi na treść 66 k.c. gdyż oferta przewiduje istotne postanowienia umowy

w zakresie świadczenia objętego ofertą prowadzące do zaoferowania świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 k.c., tj. komputerów serii 800 wyposażonych w kartę Intel HD Graphics 630, czyli urządzeń nieistniejących;
2/ której treść jest niezgodna z SIWZ z uwagi na konieczność przyjęcia przez Zamawiającego negatywnego wyniku testów dla zaoferowanych komputerów wyposażonych z kartę HD Graphics 630

W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) w zbiegu z pkt 8) ustawy Pzp.

VI. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający dopuszczając się naruszeń Ustawy określonych w odwołaniu dopuszcza się także naruszenia art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

W poprzednim postępowaniu na podobne zamówienie przewidującym również testowanie zaoferowanych produktów Odwołujący (w tym samym składzie) został wykluczony z uwagi na przedstawienie do testów komputerów z inną myszką (urządzenie wskazujące) niż objęte ofertą. Wówczas Zamawiający nie podjął działań sanacyjnych uchybienia Odwołującego prowadzącego do uzupełniania testowanego sprzętu o właściwą mysz.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil jak na wstępie.

sygn. akt KIO 1845/17

W dniu 4 września 2017 roku, w tym samym postępowaniu odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w W. złożył także wykonawca **K.B.**

Sp. z o.o. z siedzibą w P. (dalej jako „Odwołujący 1”).

Odwołujący 1 zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 87 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S. sp. z o.o. z siedzibą w T. mimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ wobec nie potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Ustawy, zaś poprawienie oferty przez Zamawiającego było niedopuszczalne, gdyż nie obejmowało jedynie oczywistej omyłki pisarskiej, lecz stanowiło niedozwoloną zmianą oferty,
2. art. 91 ust 1 Ustawy poprzez wybranie oferty złożonej przez S. sp. z o.o. z siedzibą w T. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą,

8

3. art. 91 ust 1 Ustawy poprzez potraktowanie ofert złożonych przez C.D.

Sp. z o.o. oraz M.P. Sp. z o.o. spółka komandytowa, N.S. S.A., H.

Sp. z o.o. oraz S.D. S.A. jako niż korzystniejszych oferta K.B.

Sp. z o.o., podczas gdy oferty te nie były ofertami korzystniejszymi, a jedynie zostały nieprawidłowo ocenione, tj. niezgodnie z SIWZ, podobnie jak nieprawidłowo została oceniona oferta Odwołującego,

4. art. 7 ust 1 Ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty S.,
4. nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert, a także wyboru oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust 5 Ustawy. Odwołujący 1 uiscił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Dnia 25 sierpnia 2017 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego 1, że oferta złożona przez S. została wybrana jako najkorzystniejsza. Jednocześnie z treści Informacji wynikało,

że oferta Odwołującego 1 zaklasyfikowana została jako piąta w kolejności. Niemniej jednak, oferta, która została uznana za najkorzystniejszą powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona. Pozostałe oferty winny zostać przez Zamawiającego ponownie ocenione, a w konsekwencji Zamawiający powinien wybrać jako najkorzystniejszą ofertą Odwołującego. Wobec powyższego Odwołujący dysponuje interesem prawnym w złożeniu odwołania. Nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty S. i uznanie jej jako oferty najkorzystniejszej

Jak wynika z treści oferty na dostawę sprzętu komputerowego, złożonej przez S. w toku postępowania, spółka w Zestawieniu parametrów technicznych oferowanych komputerów, pkt 6 „Karta graficzna”, strona 2, zaoferowała „Intel HD Graphics 630”.

W dokumencie datowanym na dzień 8 sierpnia 2017 roku, o nazwie „Protokół z posiedzenia komisji powołanej w celu przeprowadzenia postępowania wskazano, że w dniu

9

26 lipca 2017 roku Zamawiający wezwał S. do dostarczenia egzemplarzy testowych oferowanych komputerów, zgodnych z Zestawieniem parametrów technicznych oferowanych komputerów przenośnych oraz SIWZ.

W odpowiedzi S. wyjaśnił, iż w złożonym przez niego Zestawieniu parametrów technicznych oferowanych komputerów przenośnych nastąpiła oczywista omyłka pisarska, że w rzeczywistości zaoferowanym modelem karty graficznej jest Intel HD 620 a nie Intel HD 630. Zamawiający uznał argumentację S. za słuszną, w związku z czym pismem z dnia 8 sierpnia 2017 roku poinformował S. o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy, wzywając jednocześnie do uzupełnienia poprawnej dokumentacji technicznej potwierdzającej spełnienie przez zaoferowaną zintegrowaną kartę „Intel HD Graphics 620” wykorzystującej pamięć RAM systemu przydzielaną w trybie UMWVA możliwości przydzielenia do 32 GB pamięci: a) DX10.1, 11, 12 b) OGL 4.4, Shader Model 5.0. Zamawiający przyznał również, że produkt o błędnym oznaczeniu literowym (Intel HD 630) nie mógłby zostać skutecznie zaoferowany, gdyż nie może on współpracować z zaoferowanym procesorem, wskutek czego oferta byłaby sprzeczna z treścią SIWZ.

Odwołujący 1 zauważa, iż Zamawiający bez wątplenia naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, albowiem poprawienie oferty S. nie odnosiło się jedynie do oczywistej omyłki pisarskiej - przedstawiona oferta była niezgodna z SIWZ i jako taka winna ulec odrzuceniu.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14.04.2004 r., sygn. akt: II Akz 132/04, sprostowanie omyłek pisarskich nie jest dopuszczalne wtedy, gdy ich „technologiczno-pisarski” charakter nie jest oczywisty, a sprostowanie błędnego zapisu w istocie rzeczy prowadzi nie do pozornej, lecz rzeczywistej ingerencji w materialną treść oświadczenia. Ponadto, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28.04.2006 r., sygn. akt: V Ca 147/06 stwierdził, iż: *„Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera wprowadzie definicji oczywistej omyłki pisarskiej, jednakże nie ulega wątpliwości, że do tej kategorii należy zaliczyć widocznie mylną pisownię, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie całego wyrazu lub jego części”*. Oczywistą omyłką pisarską, a więc zapisem podlegającym poprawieniu jest taka omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, iż błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2014 roku, KIO 1138/14).

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest wyjątkiem od zasady, że złożona oferta musi odpowiadać treści SIWZ, i został wprowadzony w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, drobnych różnic, które muszą jednak mieścić się w pojęciu omyłki. Celem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek

10

czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z SIWZ.

Oczywistą omyłką pisarską jest omyłka bezsporna, niebudząca wątpliwości, widoczna od razu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych wyjaśnień. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści złożonego już oświadczenia woli. Oczywistą omyłką jest określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby przeprowadzenia dodatkowych badań czy ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się każdemu

(por. A. M., Interpretacja omyłki, M.Zam.Publ. 2015/3/36-37). Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Omyłka pisarska, by została uznana za oczywistą, musi być widoczna i bezsporna, w tym znaczeniu, że każdy racjonalnie działający uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie w stanie, bez konieczności dodatkowych badań, ustaleń i wyjaśnień, ją dostrzec i jednocześnie mieć pewność co do prawidłowej treści oferty w poprawianym fragmencie. Co ważne poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Podkreśla się również, iż Izba podziela ten pogląd, że akceptacja przez wykonawcę postanowień SIWZ nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie (por. wyrok z dnia 24 maja 2017 r. sygn. akt KIO 954/17).

W ocenie Odwołującego 1 nie ulega wątpliwości, że oferta S. nie odpowiadała SIWZ, zaś Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał zmiany jej treści bezpodstawnie powołując się na sprostowanie oczywistej omyłki. Zauważyć należy, iż zarówno karta graficzna Intel HD 630 jak i Intel HD 620 istnieją i są dostępne na rynku, zaś ustalenie czy karta zaoferowana przez S. jest zgodna z SIWZ wymagało wyjaśnień, nie miało charakteru oczywistości, nie było bezsporne, możliwe do zauważenia „na pierwszy rzut oka”. Dodatkowo, jak wynika z punktu 4.7 SIWZ, w Uwadze nr 1) Zamawiający wskazał, że dostarczenie przez wezwanego Wykonawcę po jednym egzemplarzu testowym oferowanego sprzętu, będącego przedmiotem zamówienia, niezgodnego w pełni z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub z treścią oferty Wykonawcy zostanie potraktowane jako negatywny wynik testów. Dalej w punkcie 3) wskazano, iż negatywny wynik testów skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Tym samym, z uwagi na to, że oferta S. była niezgodna z SIWZ, ponadto na testy dostarczono sprzęt, który nie był zgodny z jej treścią, Zamawiający był zobowiązany do

11

odrzucenia oferty, którą ostatecznie wybrał jako najkorzystniejszą. Brak dokonania odrzucenia oferty S. oznacza naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Ustawy.

Ponadto, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust 1 Ustawy poprzez potraktowanie ofert złożonych przez C.D. Sp. z o.o. oraz M.P. Sp. z o.o. spółka komandytowa, N.S. S.A., H. Sp. z o.o. oraz S.D. S.A. jako korzystniejszych niż oferta K.B. Sp. z o.o., podczas gdy oferty te nie były ofertami korzystniejszymi, a jedynie zostały nieprawidłowo ocenione, tj. niezgodnie z SIWZ, podobnie jak nieprawidłowo została oceniona oferta Odwołującego.

Nieprawidłowa ocena oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - C.D. SP. Z O.O. oraz M.P. SP. Z O.O. spółka komandytowa.

Zamawiający przyznał wykonawcom 5 punktów z tytułu spełnienia Kryterium nr 6 - „waga komputera Typu C”, podczas gdy z A.P. podlegających ocenie powyżej wartości wymaganych dla komputera, zawartego na stronie 16 SIWZ wynika, iż waga tego typu komputera jest punktowana, jeżeli waży on do 1,40kg. Wprawdzie wg oświadczenia wykonawcy, oferowany komputer spełnia kryteria (por. str. 7 oferty, pozycja nr 5) jednak jak wynika z pomiarów Odwołującego 1, komputer waży 1,45 kg, w związku z czym Wykonawcy nie powinni otrzymać żadnego punktu.

Na stronie producenta jest wpisana jedynie waga startowa notebooka, Odwołujący 1 zważył samodzielnie notebook Dell Latitude 7480 w konfiguracji oferowanej przez C.D. Sp. z o.o. oraz M.P. Sp. z o.o. Sp. k. i pomiary jasno wskazują, iż zaoferowany przez nich notebook znacznie przekracza wagę 1,40 kg, którą to Wykonawcy podali w kryteriach oceny.

W związku z tym łączna ilość punktów uzyskanych przez wykonawców powinna wynieść nie 89 punktów a 84.

Nieprawidłowa ocena oferty złożonej przez N.S. S.A.

Zamawiający przyznał wykonawcy po 5 punktów z tytułu spełnienia Kryterium nr 4 - „waga komputera Typu A”, Kryterium nr 5 - „waga komputera Typu B”, Kryterium nr 6 - „waga

komputera Typu C".

Tymczasem z A.P. podlegających ocenie powyżej wartości wymaganych dla komputera, zawartego na stronie 16 SIWZ wynika, iż waga poszczególnych typów komputera jest punktowana, jeżeli ważą one odpowiednio do 1,80 kg (typ A), do 2,10 kg (typ B), oraz do 1,40 kg (typ C).

12

Wykonawca w treści złożonej oferty wskazał, że oferowane komputery typu A ważą poniżej 2,2 kg, typu B poniżej 2,5 kg, natomiast typu C poniżej 1,7 kg (por. str. 8 oferty, pozycje 3- 5). W ocenie Odwołującego 1, z treści oferty nie można więc wywnioskować, iż mieszczą się w graniach punktowanych przez Zamawiającego, a tym samym niesłusznie powołane kryteria były przez niego punktowane.

W związku z tym łączna ilość punktów uzyskanych przez wykonawcę powinna wynieść nie 83,65 punkty a 68,65 punktów.

Nieprawidłowa ocena oferty złożonej przez H. SP. Z O.O. oraz S.D. S.A.

Zamawiający przyznał wykonawcom po 5 punktów z tytułu spełnienia Kryterium nr 4- „waga komputera Typu A", Kryterium nr 5- „waga komputera Typu B", Kryterium nr 6 - „waga komputera Typu C".

Tymczasem z A.P. podlegających ocenie powyżej wartości wymaganych dla komputera, zawartego na stronie 16 SIWZ wynika, iż waga poszczególnych typów komputera jest punktowana, jeżeli ważą one odpowiednio do 1,80 kg (typ A), do 2,10kg (typ B), oraz do 1,40kg (typ C).

Wykonawcy w treści złożonej oferty wskazali, że oferowane komputery typu A ważą poniżej 2,2kg, typu B poniżej 2,5kg, natomiast typu C poniżej 1,7kg (por. str. 10-11 oferty, pozycje 3-5).

W ocenie Odwołującego 1, z treści oferty nie można więc wywnioskować, iż mieszczą się w graniach punktowanych przez Zamawiającego, a tym samym niesłusznie powołane kryteria były przez niego punktowane.

W związku z tym łączna ilość punktów uzyskanych przez wykonawców powinna wynieść nie 80,99 punktowa 65,99 punktów.

Nieprawidłowa ocena oferty złożonej przez Odwołującego

Zamawiający nieprawidłowo ocenił również spełnienie Kryterium 10: Urządzenie wskazujące, przez co Odwołujący nie uzyskał należnych 3 punktów z tego tytułu. Odwołujący prawidłowo wypełnił formularz oferty wraz z kryteriami wyboru w sposób jednoznaczny spełniający wymagania Zamawiającego odnośnie dodatkowych punktów, co Zamawiający zignorował i z niewiadomych przyczyn nie przyznał Odwołującemu należnych 3 punktów w Kryterium 10: Urządzenie wskazujące.

W związku z tym łączna ilość punktów uzyskanych przez Odwołującego powinna wynieść nie 81,72 punktów a 84,75 punkty.

Dokonana przez Zamawiającego z należyłą starannością i rzetelnością ocena ofert powinna prowadzić do wyłonienia wykonawcy, którego oferta spełniając kryteria SIWZ,

13

będzie najkorzystniejsza. Taki wykonawca najlepiej daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Uwzględniając powyższe zarzuty, klasyfikacja ocen podmiotów ubiegających się o zamówienie przedstawiałaby się następująco:

1 K.B. Sp. z o.o. 84,75

2 C.D. Sp. z o.o. oraz M.P. Sp. z o.o. 84,00

3 I.S. Sp. z o.o. oraz S. Sp. z o.o. 82,43

4 N.S. S.A. 68,65

5 H. Sp. z o.o. oraz S.D. S.A. 65,99

6 I.Sp. z o.o. Oferta odrzucona

7 S. Sp. z o.o. Oferta odrzucona

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, wedle którego zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 p.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu

tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SIWZ. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 2015-05-12 sygn. akt KIO 884/15, LEX nr 1796864). Powyższe uzupełnić można konstatacją, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakazuje ustalić treść SIWZ oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertą (wyrok KIO z 2015-07-23 sygn. akt KIO 1474/15, LEX 1821178), a ponadto stwierdzeniem, że zamawiający ma obowiązek dokonywać oceny ofert na podstawie kryteriów i sposobu ich ocennych zawartych w dokumentacji postępowania i nie występują od tej reguły wyjątki (wyrok KIO z 2015-01-12 sygn. akt KIO 2744/14, LEX 1651226).

Wskazuje się także, że celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 p.z.p. zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie

14

o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy (Zob. uchwała KIO z 14 maja 2014 r., sygn. KIO/KD 45/14).

Konsekwentnie należy przypomnieć, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. zachodzi, gdy zawartość oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotykają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (wyrok KIO z 2015-04-08 sygn. akt KIO 569/15, Lex 1679028. Zatem jasne wymagania SIWZ (które nie zostały zamienione czy zakwestionowane na etapie przed składaniem ofert) powinny być bezwzględnie stosowane i egzekwowane w trakcie oceny ofert, nawet jeśli prowadzą do sytuacji, w której nie istnieje przedmiot dostawy je spełniający i przez to dane zamówienie nie może dojść do skutku (wyrok KIO z 2016-06-11 sygn. akt KIO 1088/15, Lex 1802593). Tym bardziej nie ma powodu do odstępstw od wymogów SIWZ w sytuacji, gdy poza ofertą podlegającą odrzuceniu, złożono przynajmniej jedną ofertę zgodną z SIWZ, a oferowana w niej cena mieści się w kwocie przeznaczonej na to zamówienie.

Zaniechanie odrzucenia oferty SUIMTAR pomimo obowiązku wynikającego z przepisów Ustawy, a także dokonanie oceny oferty w sposób sprzeczny z wymaganiami SIWZ doprowadziło w sposób do zachwiania zasady oczywistej fundamentalnej postępowania w sprawie zamówienia publicznego, jaką jest zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 p.z.p. Skoro podstawową zasadą zamówień publicznych jest równe traktowanie wykonawców i uczciwa konkurencja między nimi, nie można faworyzować, udzielając zamówienia, wykonawców, którzy przez niedbalstwo nie złożyli oferty zgodne z SIWZ.

Jak wskazuje się w orzecznictwie w art. 7 p.z.p. została wyrażona zasada równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego (Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r. VIII Ga 22/08).

Tym samym, aby zamówienia udzielić „wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” zamawiający musi prawidłowo przeprowadzić procedurę wyboru oferty najkorzystniejszej, aby taką rzeczywiście najkorzystniejszą ofertę wybrać. Nie może więc - jak wskazano powyżej - udzielić zamówienia wykonawcy, który powinien być wykluczony (a nie został), wybrać oferty, która powinna być odrzucona (a nie była) lub która nie byłaby pierwsza w rankingu (Wyrok KIO z 2015-07- 22 sygn. akt. KIO 1462/15).

Odwołujący zasygnalizował także prawo/obowiązek zamawiającego do samokontroli czynności podjętych w toku postępowania przetargowego. Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości (wyrok z dnia 23 września 2010 r., sygn. KIO 1939/10).

Podsumowując Odwołujący wskazał, że przedstawił ofertę odpowiadającą wszystkim wymogom stawianym przez Zamawiającego w SIWZ, natomiast prawidłowa ocena wszystkich złożonych w toku postępowania ofert powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie, jego zdaniem, jest konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na

16

odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że obaj Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w

uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Dalej, ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy w wymaganej wysokości. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowań odwoławczych zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

3) S. Sp. z o.o. w T. po stronie Zamawiającego (KIO 1831/17 i KIO 1845/17)

4) konsorcjum w składzie: (1) C.D. Sp. z o.o. (Lider); (2) M.P. Sp. z o.o. Sp. K. (Partner) z siedzibą dla Lidera w W., po stronie Zamawiającego (KIO 1845/17).

Izba uznała prawidłowość wszystkich przystąpień.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania, w której wnosił o ich oddalenie w całości jako bezzasadnych.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniach prawidłowo przytoczyli zapisy SIWZ, treść poszczególnych ofert, w tym oferty Przystępującego S., ze wskazaniem odpowiednich dokumentów oraz podali stan faktyczny istotny dla rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba łącznie rozpoznała zarzuty podnoszone przez obu Odwołujących odnoszące się do oferty Przystępującego S..

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, czy w postępowaniu konieczne było zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

17

warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to jest czy Zamawiający prawidłowo zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej w treści z treścią SIWZ i czy prawidłowo dokonał w niej poprawki oczywistej omyłki pisarskiej.

W ramach rozważań natury ogólnej, skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ustawa Pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 Pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 Pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 Pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 Pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 Pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej

18

oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ (tak wyrok Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z SIWZ {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Konieczność odrzucenia takiej oferty zachodzi także

19

w przypadku, kiedy niemożliwe staje się zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ i niezgodności tej nie da się usunąć w dozwolony przepisami sposób. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż tak rozumiana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie zaistniała w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego i nie dotyczyła oferty Przystępującego S..

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający co prawda nieprawidłowo zastosował regulację art. 87 ustawy Pzp, dokonując poprawienia oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i kwalifikując rozbieżności treści oferty jako oczywistą omyłkę pisarską, powyższe jednakże nie prowadziło do uwzględnienia odwołania. W ocenie Izby możliwie było zastosowanie do oferty Przystępującego treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, także po uzyskaniu od wykonawcy pisemnych wyjaśnień, nie zachodziła więc konieczność odrzucenia tej oferty jako niezgodnej w swej treści z treścią SIWZ.

Bezspornym jest, że w ofercie Przystępującego kilkakrotnie, w różnych miejscach

przedstawiono informację dotyczącą oferowanej karty graficznej. W załączniku 1a Przystępujący oświadczył, iż oferuje kartę graficzną Intel HD 630, do oferty załączono także specyfikację techniczną dla tego modelu. Natomiast z innych dokumentów załączonych do oferty, w tym ze specyfikacji technicznej komputerów, ARK porównanie produktów Intel oraz wydruków oceny wydajności wynikało, że w oferowanych modelach komputerów kartą zintegrowaną jest karta o oznaczeniu Intel 620. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia próbki oferowanego sprzętu do testów, Przystępujący również złożył model posiadający kartę zintegrowaną o symbolu 620.

Mając na względzie powyższe, Zamawiający był uprawniony do zastosowania regulacji art. 87 ustawy Pzp umożliwiającego dokonanie w treści oferty wykonawcy poprawy pewnych omyłek, które po ich wprowadzeniu do oferty, nie wpływają na treść takiej oferty.

20

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż takiej omyłki, jaka zaistniała w ofercie Przystępującego S. nie można było uznać za oczywistą omyłkę pisarską. Różnica między podaniem modeli kart nie sprowadzała się wyłącznie do jednej cyfry. Nie jest to także, jak wskazywał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, omyłka widoczna w treści samego formularza ofertowego. Model 620 także występuje na rynku i jest stosowany w urządzeniach przenośnych. Zamawiający zaś sam zauważył, że aby zdecydować który model karty graficznej był prawidłowy, konieczna była wiedza o współpracy poszczególnych modeli kart z oferowanym procesorem komputera. Jednakże całokształt informacji znajdujących się w ofercie, przedstawienie do testów próbek z modelem 620 i złożone przez wykonawcę Przystępującego wyjaśnienia pozwalały na zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie można bowiem uznać, zaś żaden z Odwołujących tego nie wykazał, że Przystępujący umyślnie zaoferował przedmiot zamówienia nieodpowiadający wymogom SIWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego C. nie jest istotna geneza błędu w ofercie. Istotne znaczenie ma natomiast okoliczność, czy powstała nieścisłość można poprawić w taki sposób, że nie zmieni ona w istotny sposób treści oferty danego wykonawcy. Oferta Przystępującego S. w dokumentacji odnoszącej się do oferowanych modeli komputerów zawierała wskazanie właściwej karty graficznej, zintegrowanej z danym modelem komputera, zgadzał się model procesora wymieniony także w załączniku 1a do oferty. Zestawiając ze sobą te informacje oraz uzyskane od S. wyjaśnienia Zamawiający był w stanie dokonać poprawy w ofercie.

Odwołujący C. zarzucał Zamawiającemu niewłaściwe zastosowanie regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w momencie złożenia przez Przystępującego próbki do testów z innym modelem karty graficznej niż zaznaczony w ofercie. Dostrzeżenia jednak wymaga, że próbka jako dokument przypisywany do katalogu dokumentów o charakterze przedmiotowym podlega regulacjom art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i możliwe jest jej uzupełnienie. Jeżeli więc do testów złożono model o innych parametrach niż w ofercie, to Zamawiający, biorąc pod uwagę zarówno zapisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych co do wymaganych dokumentów, a także zapisy SIWZ (w tym punkt VI.4.7) prawidłowo zastosował przepis i wezwał do dostarczenia egzemplarzy testowych z kartą graficzną opisaną w załączniku 1a do oferty. Nie jest niezgodne z ustawą Pzp, że po otrzymaniu takiego wezwania wykonawca złożył dodatkowe wyjaśnienia, w ramach których przedstawił poprawiony załącznik nr 1a, wskazując, że oferuje kartę o modelu jak w dostarczonej próbce. Zamawiający uzyskał wiedzę, które z oświadczeń woli jest prawidłowe i jaki był rzeczywisty zamiar Wykonawcy przy składaniu oferty. Wbrew także twierdzeniom Odwołującego C. do wezwania nie musiało dojść po przeprowadzeniu I fazy testów, bowiem do zidentyfikowania błędu wystarczająca była wiedza Zamawiającego i opis złożonych urządzeń. Także termin dokonania poprawy w

21

ofercie Przystępującego nie ma większego znaczenia.

W przedmiotowym postępowaniu sekwencja zdarzeń wygadała w ten sposób, że Zamawiający po otrzymaniu próbek wezwał do uzupełnienia dokumentów, Przystępujący złożył wyjaśnienia, że złożone próbki są przedmiotem, który chciał zaoferować Zamawiającemu i poprawić należy treść załącznika

1a, Zamawiający na tej podstawie przeprowadził testy i poinformował do poprawieniu treści oferty Przystępującego. Ważne jest, że w momencie przeprowadzania testów Zamawiający posiadał informacje jaka była

rzeczywista treść oferty.

Izba nie dopatrzyła się także naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp, jakoby Przystępujący S. nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu i wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na wynik postępowania. Przepis 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji” lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Przepis ten zatem zakłada kwalifikowaną postać wprowadzenia Zamawiającego w błąd, polegającego na zamierzonym działaniu lub rażącym niedbalstwie wykonawcy. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym C., że w niniejszym postępowaniu doszło do zamierzonego wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub rażącego niedbalstwa Przystępującego. W ocenie Izby – w tym stanie faktycznym – owe zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo – opisane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp – nie zostało w żaden sposób wykazane w postępowaniu odwoławczym przed Izbą.

Po drugie w przepisie tym – art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp – mowa jest o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wobec powyższego podstawą wykluczenia wykonawcy – na podstawie tego przepisu – nie może być jakiegokolwiek wprowadzenia Zamawiającego w błąd, ale wprowadzenie w błąd co do braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający opierając się na oświadczeniach wiedzy zawartych w dokumencie JEDZ i pozostałych elementach oferty dokonuje w ramach postępowania czynności sprawdzenia poprawności treści oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i za istotną w tym zakresie należy uznać rzetelność zawartych tam informacji. Odwołujący C. nie wykazał

22

odmienności rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie Przystępującego, a przede wszystkim celowości działania Przystępującego. W ofercie znajdowały się informacje wskazujące dwa rodzaje karty graficznej, Przystępujący nie ukrywał, że podczas sporządzania oferty doszło do błędnego wypełnienia załącznika 1a i załączenia do niego nieprawidłowych dokumentów, które przez złożenie wyjaśnień Przystępujący skorygował. Z jednej strony Wykonawca potwierdził więc spełnianie warunków przedmiotowych w postępowaniu i wykazał, że nie działał celowo chcąc uzyskać w nieuprawniony sposób zamówienie.

Oferty Przystępującego S. nie można było uznać za niezgodną z innymi przepisami, co w ocenie Odwołującego C. miało przejawiać się w oferowaniu świadczenia niemożliwego. Skoro karta Intel 620 jest przeznaczona do zaoferowanych przez Przystępującego modeli komputerów, to świadczenie jest jak najbardziej możliwe do zrealizowania.

Podsumowując, informacje przedstawione przez Przystępującego w złożonej ofercie i wyjaśnieniach pozwoliły Zamawiającemu dokonać kompleksowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oferty uznanej za najkorzystniejszą.

Przy ocenie pozostałych zarzutów odwołania K. dotyczących nieprawidłowego przyznania lub nieprzyznania punktów w ustalonych w postępowaniu kryteriach oceny ofert, odnosząc się do oceny oferty C.D., to waga komputera typu C wynikała z oświadczenia wykonawcy i potwierdzały ją dokumenty przedmiotowe złożone wraz z ofertą. Dodatkowo na rozprawie C.D. złożył oświadczenie producenta potwierdzające wartość tego parametru. W opozycji do tych dowodów Odwołujący K. przedstawił dokumentację fotograficzną, która obrazować miała wynik pomiaru urządzenia dokonany samodzielnie przez Odwołującego. Izba nie dała wiary temu materiałowi. Pomijając wiarygodność i rzetelność przeprowadzenia tego eksperymentu, z fotografii nie wynika jak model, w jakiej konfiguracji i czy przede wszystkim w wymaganej przez Zamawiającego został zważony.

Odnosnie ofert N. i H. Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo przyznał dodatkowe punkty tym ofertom. Choć w załączniku 1a rzeczywiście potwierdzono tylko wartości minimalne, wymagane przez Zamawiającego dla urządzeń, to w ofertach znalazły się

specyfikacje techniczne dla oferowanych modeli komputerów, które potwierdzały wartość danego parametru, przy wymaganym przez Zamawiającego czasie pracy baterii. Zestawienie ze sobą tych informacji pozwalało Zamawiającemu przyznać takim wykonawcom dodatkowe punkty w ramach ustalonych kryteriów.

23

Odwołujący K. podnosił także, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny jego oferty, nie przyznając Wykonawcy dodatkowych punktów w kryterium „Urządzenie wskazujące”. W ocenie Izby działania Zamawiającego miały charakter prawidłowy. Przy ocenie tej oferty Zamawiający również wziął pod uwagę całokształt dokumentów składających się na ofertę. Zauważyć należy, iż żaden z dokumentów przedmiotowych załączonych do oferty Odwołującego K., jak również załącznik 1a nie wskazywały i nie potwierdzały posiadania funkcjonalności „trackpoint”. Dlatego też Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał przyznania dodatkowych punktów za poszczególne funkcjonalności.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust 1 ustawy Pzp uznając, że wybór oferty najkorzystniejszej i wykonane przez Zamawiającego czynności podczas procesu badania i oceny ofert miały prawidłowy przebieg i charakter.

24

Z powodów przedstawionych w uzasadnieniu orzeczenia, Izba oddaliła oba odwołania.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do ich wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) obciążając nimi Odwołujących.

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący:

25