Sygn. akt: KIO 2245/16

WYROK
z dnia 14 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2016 r. przez wykonawcę: **Atos Polska S.A. w Warszawie (00-103), ul. Królewska 16,** które zostało złożone w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Poznań – Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu (60-770), ul. Matejki 59**

przy udziale wykonawcy: **J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: J. K. „Hardsoft-Telekom" w Poznaniu (60-166), ul. Namysłowska 17/19** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Atos Polska S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Atos Polska S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Poznaniu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2245/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa *urządzeń oraz oprogramowania wraz z niezbędnymi licencjami na potrzeby budowy Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych dla Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu"* zostało wszczęte przez Miasto Poznań – Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez zgodnie z informacją zawartą Zamawiającego wartość zamówienia, w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 30 listopada 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 193-347143) w dniu 6 października 2016 r.

W dniu 28 listopada 2016 r. odwołanie wniósł wykonawca: Atos Polska S.A. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
1) „naruszenie *art. 89 ust. 1 pkt 6) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP i art. 84 ust. 1 PZP poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;*

2) *naruszenie art. 26 ust. 3 PZP poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania poprzez zaniechanie wezwania Hardsoft Telekom do uzupełnienia wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie;*
3) *naruszenie art. 87 ust. 1 PZP poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego oraz Hardsoft Telekom do złożenia wyjaśnień w zakresie licencjonowanej pojemności RAW dla Macierzy produkcyjnej;*
4) *naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1-3 PZP poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania, polegające na bezpodstawnym nie dokonaniu poprawienia:*

---

a. *w ofercie Odwołującego - oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty poprzez zamianę ceny jednostkowej za zestaw macierzy produkcyjnej (poz. 2 tabeli nr 2 formularza ofertowego) z ceną jednostkową za zestaw macierzy zapasowej (poz. 3 tabeli nr 2 formularza zapasowego), a następnie oczywistej omyłki rachunkowej w obliczeniu dla obu ww. pozycji łącznej wartości netto, wartości podatku VAT, łącznej wartości brutto oraz Razem;*
b. *w ofercie J. K. prowadzącego działalność gosp. pn. HARDSOF TELEKOM w Poznaniu (60-166) przy ul. Namysłowskiej 17/19 (dalej „Hardsoft Telekom") - innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty poprzez wpisanie w tabeli 1.10 formularza ofertowego w poz. „licencjonowana pojemność RAW" dla Macierzy produkcyjnej wartości 4800TB, zamiast obecnych 9600TB,*
alternatywnie (z ostrożności)
w ofercie Odwołującego - innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty poprzez wpisanie w tabeli 1.10 formularza ofertowego w poz. „licencjonowana pojemność RAW" dla Macierzy produkcyjnej wartości 8000TB, zamiast obecnych 4000TB;
5) *naruszenie art. 92 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP i art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na:*
   a. *nieuzasadnionym wyborze oferty Hardsoft Telekom, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,*
   b. *wadliwej ocenie ofert skutkującej niezasadnym zaniechaniem przyznania Odwołującemu 8,33 punktów w kryterium „Licencjonowanie" (za Zestaw Macierzy Produkcyjnej), co w konsekwencji spowodowało zaniżenie łącznej punktacji i sklasyfikowanie oferty Odwołującego na drugiej pozycji."*

W odniesieniu do twierdzeń kwestionujących prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, Odwołujący wyjaśniał, że w odpowiedzi na skierowane do niego w trybie art. 90 ustawy Pzp wezwanie, przyznał, że w jego ofercie zaistniała omyłka. Stał na stanowisku, że w wyniku niedopatrzenia doszło do zamiany ceny za zestaw macierzy produkcyjnej z ceną za zestaw macierzy zapasowej. Jego zdaniem nawet dla Zamawiającego musiało być oczywiste, że „żaden *racjonalnie działający wykonawca nie oferowałby macierzy produkcyjnej po cenie niższej od macierzy zapasowej".* W uznaniu Odwołującego, Zamawiający błędnie odmówił dokonania

---

poprawienia tak zdefiniowanej przez niego omyłki, uznając, że nie ma ona charakteru oczywistego. Jeśli zaś Zamawiający nie znalazł podstaw do tego, aby zastosować w tak opisanym przypadku przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, zobowiązany był pominąć wszelkie twierdzenia odnoszące się do oferty złożonej przez Odwołującego, które nie wynikały z treści tejże oferty. W innym przypadku, zdaniem Odwołującego, „doszłoby *do obejścia zakazu wycofania oferty po upływie terminu składania",* mającego wynikać z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do dostawy zrealizowanej na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego wskazanej w pozycji pierwszej wykazu dostaw złożonego przez J. K. gospodarczą wykonawcę: prowadzącego działalność pod firmą: J. K. w Odwołujący twierdził, „Hardsoft-Telekom" Poznaniu, że nie zostało wykazane, aby obejmowała ona swym zakresem wdrożenie dostarczonej infrastruktury. Miało to przesądzać o tym, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Niezależnie od powyższego Odwołujący kwestionował też działania podjęte przez Zamawiającego w związku z oceną złożonych mu ofert. Uważał on, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia treści ofert odnoszących się do określonego w nich parametru licencjonowanej pojemności RAW dla Macierzy produkcyjnej, czego konsekwencją miało być przypisanie ofercie złożonej przez Odwołującego zbyt małej liczby punktów, a w konsekwencji nie uznanie jej za najkorzystniejszą.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
1) „unieważnienia *czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;*
2) *unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;*
3) *wezwania Hardsoft Telekom do uzupełnienia wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie;*
4) *poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty poprzez zamianę ceny jednostkowej za zestaw macierzy produkcyjnej (poz. 2 tabeli nr 2 formularza ofertowego) z ceną jednostkową za zestaw macierzy zapasowej (poz. 3 tabeli nr 2 formularza zapasowego), a następnie oczywistej omyłki rachunkowej w obliczeniu dla obu ww. pozycji łącznej wartości netto, wartości podatku VAT, łącznej wartości brutto oraz Razem;*

5) *poprawienia w ofercie Hardsoft Telekom innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty poprzez wpisanie w tabeli 1.10 formularza ofertowego w poz. „licencjonowana pojemność RAW" dla Macierzy produkcyjnej wartości 4800TB, zamiast obecnych 9600TB,*
alternatywnie (z ostrożności)
poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty poprzez wpisanie w tabeli 1.10 formularza ofertowego w poz. „licencjonowana pojemność RAW" dla Macierzy produkcyjnej wartości 8000TB, zamiast obecnych 4000TB;
6) *dokonania ponownej oceny ofert i przyznania Odwołującemu 8,33 pkt w kryterium Licencjonowanie (za Zestaw Macierzy Produkcyjnej), a w konsekwencji łącznie 85,83 pkt."*

W dniu 2 grudnia 2015 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: J. K. „Hardsoft-Telekom" w Poznaniu, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179

ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także te, które Strony złożyły w toku rozprawy przed Izbą.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowił załącznik nr 6 do SIWZ. Z akt sprawy wynika, że ostateczna treść OPZ ukształtowana została pismem z dnia 2 listopada 2016 r.

W pkt 5.2.c) SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, aby ci wykazali się zrealizowaniem co najmniej 4 dostaw obejmujących m.in. dostawę i wdrożenie serwerów, macierzy oraz infrastruktury z oprogramowaniem serwerowym, co miało znaleźć swe potwierdzenie w treści składanego Zamawiającemu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). Zgodnie z pkt 6.12.4 SIWZ Zamawiający postanowił w toku prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia zastosować procedurę postępowania opisaną w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp.

W pkt 12 SIWZ zawarty został opis sposobu obliczenia ceny oferty. Zgodnie z pkt 12.3 SIWZ cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. W pkt 12.7 SIWZ podkreślone zostało, że cenę za wykonanie przedmiotu należało przedstawić w składanej ofercie wpisując ją do formularza ofertowego będącego załącznikiem nr 1 do SIWZ.

W pkt 13 SIWZ zawarty został opis kryteriów, którymi Zamawiający miał się kierować przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jednym z tych, które odnosiło się do Zestawu Macierzy Produkcyjnej, było kryterium opisane w pkt 13.2.1 SIWZ jako „Licencjonowanie". W SIWZ Zamawiający w odniesieniu do tegoż kryterium zapisał co następuje: „Przy *ocenie oferty Zamawiający będzie brał pod uwagę licencjonowaną pojemność RAW rozwiązania (zadeklarowaną w formularzu oferty). W trakcie oceny ofert kolejno rozpatrywanym i ocenianym ofertom przyznawane są punkty.* (...) *Zamawiający wymaga dostarczenia licencji minimalnie na oferowaną pojemność macierzy dyskowej. Wykonawca może zaoferować licencje na pełną możliwą katalogowo pojemność urządzenia. Do umowy z wykonawcą zostanie wpisana licencjonowana pojemność faktycznie zaoferowana."*

Jak wskazywał do Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą, w pkt 1.2 OPZ w wierszu 32 tabeli, Zamawiający wymagał w odniesieniu do Macierzy Dyskowej, aby całkowita pojemność dyskowa macierzy nie była mniejsza niż 55 TB.

Zgodnie z pkt 12.1 pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyło Zamawiającemu trzech wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący.

W ofercie złożonej przez Odwołującego, w pkt 1.10 formularza oferty w pierwszym wierszu tabeli, odnoszącym się do Macierzy Produkcyjnej, w linii opisanej jako „licencjonowana *pojemność RAW"* podana została wielkość „4 *000 TB".* W tabeli nr 2 formularza ofertowego zawierającej wskazanie na rodzaj i ilość oferowanego asortymentu wraz z wyceną jego

poszczególnych składników Odwołujący wycenił w wierszu drugim dwa zestawy macierzy produkcyjnej oraz jedne zestaw macierzy zapasowej.

Pismem z dnia 10 listopada 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień „w *zakresie rażąco niskiej ceny ze szczególnym uwzględnieniem wartości i różnic w cenach ujętych w formularzu ofertowym (pozycja 2 i 3 w tabeli nr 2 formularza ofertowego)*

dla macierzy podstawowej i zapasowej". Przedstawione przez siebie wyjaśnienia, Odwołujący objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak to jednakże sam na stronie 4 odwołania ujawnił, w wyjaśnieniach tych wprost przyznał, że w zawartej w formularzu ofertowym tabeli nr 2 błędnie przypisał wartości poszczególnych zestawów macierzy, cenę macierzy produkcyjnej przypisał macierzy zapasowej, zapasowej zaś przyporządkował cenę produkcyjnej. Jak przyznał to w odwołaniu: „tej *różnicy nie sposób było wyjaśnić inaczej niż omyłką".* W przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnieniach Odwołujący zawarł na nowo wypełnioną tabelę nr 2 formularza ofertowego, z którego wynikała inna, wyższa niż w pierwotnie złożonej ofercie, cena.

W ofercie złożonej przez Przystępującego, w pkt 1.10 formularza oferty w pierwszym wierszu tabeli, odnoszącym się do Macierzy Produkcyjnej, w linii opisanej jako „licencjonowana *pojemność RAW"* podana została wielkość „9 *600 TB".* W złożonym wraz ofertą JEDZ Przystępujący wskazał na 4 dostawy mające potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego jego zdolności technicznej i zawodowej.

Pismem z dnia 15 listopada 2016 r., Zamawiający odwołując się do przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia m.in. wykazu dostaw wraz z odpowiednimi dowodami należytego ich wykonania. Przystępujący taki wykaz z załączonymi do niego referencjami przedstawił wraz z pismem z dnia 16 listopada 2016 r. Jak wynikało z notatki służbowej z dnia 17 listopada 2016 r. komisja przetargowa ustaliła, że wykazywana przez Przystępującego w pozycji pierwszej (tak w JEDZ, jak i wykazie dostaw) dostawa zrealizowana na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego obejmowała swym zakresem dostawę i uruchomienie serwerów, macierzy, elementów sieciowych oraz oprogramowania. Uznała przy tym, że słowo „uruchomienie" można uznać za synonim słowa „wdrożenie". Kierując się tym przekonaniem Zamawiający uznał, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku opisanego w SIWZ.

Pismem z dnia 17 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do twierdzeń formułowanych przez Odwołującego w kontekście znajdującego się w złożonej przez niego ofercie zapisu cen zestawów macierzy produkcyjnej i macierzy zapasowej Izba uznała, że zawarte w odwołaniu zarzuty stawiane w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności uznać należało, że odmienny ze stanem faktycznym (zamiarem Odwołującego oraz rzeczywistą wartością zestawów poszczególnych macierzy) zapis cen nie mógł zostać uznany za oczywistą omyłkę pisarską. Analiza samej li tylko treści oferty nie pozwalała bowiem stwierdzić, że zamiarem Odwołującego było odmienne skonstruowanie zapisów cen każdego z zestawów macierzy. Wątpliwości Zamawiającego, nie budził sposób zapisu poszczególnych cyfr liczby stanowiący łącznie obraz ceny, a jedynie wartość pieniężna z nich wynikająca, i rodząca po stronie Wykonawcy zobowiązanie o konkretnej treści. Jak przyznał to jednak sam Odwołujący, wątpliwości wzbudzać powinna ta właśnie wartość – jak to napisał wyraźnie w rozpoznawanym odwołaniu „żaden *racjonalnie działający wykonawca nie oferowałby macierzy produkcyjnej po cenie niższej od macierzy zapasowej".* Nie sposób jednakże było z treści oferty Odwołującego wywieść, że taki właśnie zapis cen jest niezamierzoną niedokładnością, której zaistnienie może nasunąć się każdemu,

bez dokonywania dodatkowych wyjaśnień i, co szczególnie przy tym ważne, nie można było stwierdzić, aby oczywistym było to, jaką treść powinien przybrać zapis prawidłowy, nieobciążany taką omyłką. Jak to przyznał sam Odwołujący błąd był zawarty w treści oferty. W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby błąd ten mógłby zostać uznany za oczywistą omyłkę pisarską, a zatem aby mógł znaleźć zastosowanie przepis art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

Tak określonego błędu w zapisie treści oferty nie można było uznać również za inną omyłkę, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści

oferty. Z przepisem tym koresponduje przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stąd też, jeżeli możliwym jest poprawienie treści oferty w sposób odpowiadający przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający nie może odrzucić takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu uznać należy, iż warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, że elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Istotnym jest, aby były one wynikiem omyłki, a ich poprawienie nie powodowało istotnych zmian w treści oferty. Należy przy tym jednakże podkreślić, iż dokonanie zmian w treści oferty przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą prowadzić do zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów. W przypadku umowy o udzielenie zamówienia cena jest istotnym elementem zobowiązania wykonawcy mającym swe źródło w zapisach złożonej Zamawiającemu oferty. W rozpoznawanym zaś wypadku niemożliwym było samodzielne ustalenie przez Zamawiającego odpowiedniej wartości poszczególnych zestawów macierzy. Niemożliwym było również, bez naruszenia powołanego przepisu art. 87 ust 1 ustawy Pzp ustalenie prawidłowej, tj. odpowiadającej zamiarowi Odwołującego oraz rzeczywistej wartości zestawów poszczególnych macierzy, cen określonych w pozycji 2 i 3 w tabeli nr 2 formularza ofertowego.

W ocenie Izby nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. Sam fakt zaistnienia błędu w sposobie obliczenia ceny znajdującego swe odzwierciedlenie w zapisach oferty złożonej Zamawiającemu potwierdził Odwołujący. Potwierdził on bowiem *de facto,* że błąd ten tkwił w tej ofercie od chwili jej sporządzenia i wprost oddziaływał na wartość pieniężną mającą stanowić cenę oferty. Nawet na etapie odwołania, w sformułowanych przez siebie żądaniach, wnioskował o przeliczenie wartości oferty i odpowiednie jej zwiększenie, tak aby cena uwzględniała rzeczywistą wartość oferowanego Zamawiającemu asortymentu. Tym samym oczywistym jest, że zaistniały w ofercie błąd stał się przyczyną odmiennego, niż to być powinno, ustalenia ceny oferty. Poprawienie zaś tego błędu zgodnie z żądaniami Odwołującego sprokurowałoby zwiększenie ceny całkowitej oferty. Właściwie zatem uznał Zamawiający tak ustalony błąd w sposobie obliczenie ceny za nieusuwalny w świetle przepisów ustawy Pzp i ofertę złożoną przez Odwołującego odrzucił. W toku postępowania odwoławczego

nie zostało wykazane, aby przez dokonanie tej czynności Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu.

Co do drugiego z zarzutów, odnoszącego się do przedstawionej przez Przystępującego w JEDZ i wykazie dostaw jednej z czterech przywołanych tam prac, Izba uznała, że nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby postępowanie Zamawiającego naruszało przepisy ustawy Pzp w taki sposób, aby zasadnym było uwzględnienie odwołania.

W toku postępowania odwoławczego spór między Stronami sprowadził się do tego, czy możliwe i prawidłowe jest utożsamianie pojęć „uruchomienie" i „wdrożenie". W ocenie Izby, Odwołujący, który nie kwestionował w rzeczywistości tego, że wykazana przez Przystępującego dostawa obejmowała swym zakresem nie tylko dostawę odpowiednich urządzeń, ale też ich uruchomienie, nie wykazał jednocześnie, że z treści SIWZ i zawartego w niej opisu warunku wynikać miałoby, że spornych dwóch pojęć nie można uznać za słowa na tyle sobie bliskie znaczeniowo, aby dostawa obejmująca swym zakresem uruchomienie dostarczonego sprzętu nie mogła zostać uznana za odpowiadającą opisowi warunku z SIWZ. Tym samym nie zostało wykazane Izbie, że rzeczywisty zakres świadczenia zrealizowanego w ramach spornej dostawy nie wypełniał w sposób wystarczający przesłanki minimalnego zakresu doświadczenia zakreślonego przez Zamawiającego w SIWZ w opisie warunku.

Co do ostatniego z zawartych w odwołaniu zarzutów, odnosząc się jedynie do samego sposobu oceny poszczególnych ofert przez Zamawiającego i wynikającego z niego przypisania tym ofertom odpowiedniej liczby punktów, Izba uznała, że nie zostało jej wykazane, aby Zamawiający podjętymi przez siebie działaniami dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Jak wynika wprost z zapisów pkt 13.2.1 SIWZ Zamawiający przy ocenie ofert w spornym kryterium „Licencjonowanie" miał brać pod uwagę licencjonowaną pojemność RAW zadeklarowaną w formularzu oferty. Oświadczenie złożone w tym zakresie, składane w odpowiednim miejscu formularza ofertowego, było dla wykonawców wiążące i miało zostać przeniesione do umowy zawartej z Zamawiającym. To od wyłącznej woli wykonawcy (w rozpoznawanym przypadku – Odwołującego) zależało, jaką wartość w składanej przez siebie ofercie zadeklaruje. Ważnym jest to, że oświadczenie to kreowało zobowiązanie, od którego treści zależeć miała liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach spornego kryterium oceny ofert. Każda bowiem wielkość zadeklarowana ponad liczbę licencji wymaganej w OPZ jako minimalna, miała być premiowana w ramach tego właśnie kryterium oceny. W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku, zasadnie podnosił Zamawiający, że w treści oferty złożonej przez Odwołującego „brak *punktu zaczepienia, który pozwalałby przyjąć*

stanowisko Odwołującego za uzasadnione", szczególnie wobec faktu, że za prawidłową w spornym punkcie oferty mogła zostać uznana każda wartość mieszcząca się w zbiorze ograniczonym z jednej strony minimalnymi wymogami opisanymi w OPZ, z drugiej zaś maksymalną, katalogowo określoną pojemnością urządzenia. Jedynie od woli wykonawcy zależało jak wartość ta zostanie ustalona w treści oferty. Obowiązkiem Zamawiającego było zaś, zgodnie z deklaracją zawartą w pkt 13.2.1 SIWZ, uwzględnienie wielkości „zadeklarowanej *w formularzu oferty".* Tego zaś sam Odwołujący w rozpoznawanym odwołaniu nie kwestionował. W świetle przytoczonych w kontekście pierwszej grupy zarzutów poglądów odnoszących się do przepisów art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, niemożliwym było poprawienie przez Zamawiającego treści oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego, które kreowało w opisany wyżej sposób zakres zobowiązania zawartego w ofercie. Tym samym zarzut nie zasługiwał na uznanie.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, że niewłaściwym w świetle przepisu art. 24aa ustawy Pzp, do którego Zamawiający odwoływał się w SIWZ, a także z punktu celowości tak podjętych działań, wydaje się dokonanie oceny oferty (przypisanie jej odpowiedniej liczby punktów w ramach poszczególnych kryteriów oceny i na tej podstawie umiejscowienie jej w odpowiednim miejscu szeregu ocenionych ofert), która zgodnie z samego miała zostać ustaleniami Zamawiającego odrzucona, czego zresztą Zamawiający ostatecznie dokonał.

Kierując się dokonanymi ustaleniami, Izba uznała, że nie zostało przez Odwołującego wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9

i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: ……