

WYROK

z dnia 13 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **13 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **29 maja 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: „**KONCEPT**” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu komputerowego stanowiącego wyposażenie stanowisk pracy* (nr postępowania P/1/AZ/00086/16) prowadzonym przez zamawiającego: **ENERGA-OPERATOR S.A z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: po pierwsze – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez „KONCEPT” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, po drugie – dokonanie poprawienia w tej ofercie omyłki polegającej na niewpisaniu w odniesieniu do oferowanych Laptopów biznesowych 2A i 2B dopisku „US” dla wskazanego układu klawiatury „QWERTY”, po trzecie – dokonanie poprawienia w tej ofercie omyłki polegającej na niewpisaniu rozgałęźnika dla współdzielonego portu słuchawek i mikrofonu jako elementu zestawu oferowanego Laptopa 1 menadżerskiego.**
- 2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: ENERGI-OPERATORA S.A z siedzibą w Gdańsku i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: „KONCEPT” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: ENERGI-OPERATORA S.A z siedzibą w Gdańsku**

1

Sygn. akt KIO 1088/17

na rzecz **odwołującego: „KONCEPT” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1088/17

Uzasadnienie

Zamawiający – ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na dostawę pn. *Dostawa sprzętu komputerowego stanowiącego wyposażenie stanowisk*

pracy (nr postępowania P/1/AZ/00086/16).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 9 lutego 2017 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S_028-050388.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

18 maja 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – „KONCEPT” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej zwanej również w skrócie „Koncept”} – zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty, a także – w związku z odrzuceniem pozostałych pięciu złożonych ofert – unieważnieniu postępowania.

29 maja 2017 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ.
2. Art. 87 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.
3. Art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez zaniechanie poprawienia załącznika nr 1 do formularza oferty Odwołującego w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.
4. Art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez unieważnienie postępowania, pomimo że Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności

3

Sygn. akt KIO 1088/17

prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty:

1. LAPTOP BIZNESOWY 2A i 2B – *W ofercie nie podano wymaganego typu klawiatury US.*
2. LAPTOP 1 MENADŻERSKI – *Zgodnie z załączoną kartą katalogową w proponowanym modelu nie występuje osobne gniazdo słuchawek i mikrofonu, ale współdzielone gniazdo tzw. Combo. Zamawiający dopuszczał takie rozwiązanie pod warunkiem dostarczenia rozgałęźnika w zestawie. W złożonej ofercie brak informacji o rozgałęźniku.*
3. PC 1 INŻYNIERSKI i PC2 BIUROWY – *Zaoferowane modele komputerów, zgodnie z załączoną kartą katalogową nie posiadają w tylnej części obudowy wymaganego przez Zamawiającego gniazda mikrofonu mimo, że Oferent podaje taką informację.*

{Ad 1.}

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne.

We wzorze załącznika nr 1 do formularza oferty dla urządzeń wskazanych w pkt 4 (laptop biznesowy 2A) i pkt 5 (laptop biznesowy 2B) odnośnie klawiatury (wiersze 11.) Zamawiający określił następujące wymaganie: *klawiatura QWERTY US – co najmniej 82 klawisze pełnowymiarowe.*

W odniesieniu do ww. pozycji asortymentowych (pkt 4 i 5 załącznika nr 1) Koncept zaoferował poniższe urządzenia, dla których następująco określił parametry odnośnie klawiatury:

- pkt 4 – Fujitsu LIFEBOOK E556 vPro – *klawiatura QWERTY, 104 klawisze pełnowymiarowe;*
- pkt 5 – Fujitsu LIFEBOOK E546 vPro – *klawiatura QWERTY, posiada 85 klawiszy pełnowymiarowych.*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że bezpodstawnie uznał zaoferowany sprzęt za niespełniający wymogów odnośnie klawiatury, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów. Według Odwołującego omyłkowe użycie przez niego określenia „klawiaturowa QWERTY” zamiast „klawiaturowa QWERTY US” nie oznacza samo przez się zaoferowania klawiatury w układzie innym niż US. W toku badania i oceny ofert Zamawiający winien był m.in. zwrócić uwagę na treść załączonych do ofert kart katalogowych dotyczących oferowanego sprzętu, z których wynika, że producent nie określa, w jakim układzie jest jego

4

Sygn. akt KIO 1088/17

klawiaturowa.

Ponadto zdaniem Odwołującego dla ustalenia, w jakim układzie jest klawiaturowa zaoferowanego sprzętu, Zamawiający winien był zwrócić się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie stosownych wyjaśnień. Bez niech Zamawiający przedwcześnie przyjął, że zaoferowany sprzęt jest niezgodny z wymaganiami SIWZ. W tych okolicznościach wezwanie do złożenia wyjaśnień było obowiązkiem Zamawiającego.

Odwołując dodał, że gdyby Zamawiający wezwał go do udzielenia wyjaśnień lub dokonał samodzielnej weryfikacji parametrów oferowanego sprzętu, ustaliby, że przeznaczone na rynek polski laptopy Fujitsu zaoferowanych typów (Odwołujący podkreślił, karty katalogowe wskazują, że przedmiotem oferty jest sprzęt przeznaczony na rynek polski) standardowo wyposażone są w klawiatury w układzie QWERTY US. Odwołujący powołał się również na potwierdzenie tego faktu wynikające z oświadczeń producenta oferowanego sprzętu.

Wreszcie Odwołujący podniósł, że omyłkowe niedopisanie w opisie parametrów klawiatury określenia „US” podlegało poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, a zastosowanie tej regulacji było obowiązkiem Zamawiającego. Wprowadzono ją, aby zapobiec sytuacji, w której oferta podlegałaby odrzuceniu z powodu wystąpienia nieistotnych sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, a które byłyby wynikiem nie celowego działania wykonawcy, ale jego omyłki.

Według Odwołującego odrzucenie jego oferty stanowi przykład rażącego formalizmu Zamawiającego przy ocenie oferty, nieuwzględniającego faktycznej treści oferty oraz regulacji ustawy pzp nakazujących poprawianie ofert oraz dokonywanie wykładni treści tej oferty z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę.

{Ad 2.}

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne.

We wzorze załącznika nr 1 do formularza oferty dla urządzenia wskazanego w pkt 1 {laptop menadżerski} odnośnie zintegrowanych portów wejścia/wyjścia Zamawiający określił następujące wymaganie (wiersz 5.): *stereofoniczne gniazdo słuchawek i mikrofonu (dopuszcza się port współdzielony, tzw. combo z rozgałęźnikiem w zestawie).*

W odniesieniu do ww. pozycji asortymentowej (pkt 1 załącznika nr 1) Koncept zaoferował Fujitsu LIFEBOOK U727vPro, dla którego w następujący sposób określił jego parametry w odniesieniu do gniazda słuchawek: *Porty wejścia/wyjścia zintegrowane: Stereofoniczne gniazdo słuchawek i gniazdo mikrofonu.*

5

Sygn. akt KIO 1088/17

Do oferty załączona została karta katalogowa ww. urządzenia, z której wprost wynika (str. 106 oferty), że posiada ono jeden port (gniazdo) współdzielony tzw. combo.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że bezpodstawnie uznał zaoferowany sprzęt za niespełniający powyższych wymogów, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów. Brak polegający na nieużyciu w ofercie określenia „rozgałęźnik” nie oznacza braku zaoferowania tego elementu. Według Odwołującego z uwagi na zaoferowanie przez niego urządzenia z portem tzw. combo, użyte w opisie parametrów oferowanego sprzętu określenie wprost oznaczało, że oferuje dwa gniazda, czym potwierdził spełnienie

sformułowanych wymagań. A jednocześnie świadczyło o zaoferowaniu w zestawie rozgałęźnika, gdyż wołał Odwołującego wynikającą z treści oferty było spełnienie wymagań w zakresie dwóch oddzielnych gniazd słuchawek i mikrofonu dzięki zastosowaniu rozgałęźnika.

Zdaniem Odwołującego wymogiem Zamawiającego było zaoferowanie dwóch gniazd stereofonicznych słuchawek i mikrofonu, a nie samego rozgałęźnika, który był dopuszczonym sposobem jego spełnienia.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, że nie mając wystarczających podstaw do przyjęcia niezgodności jego oferty z treścią SIWZ, również w tym przypadku winien był skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 pzp i zwrócić się o udzielenie wyjaśnień. Zamawiający uzyskałby wtedy potwierdzenie, że treścią oferty Odwołującego jest również rozgałęźnik. Odwołujący powołał się również na potwierdzenie tego faktu wynikające z oferty złożonej Odwołującemu przez Fujitsu, a także oświadczenie producenta dotyczące parametrów oferowanego sprzętu.

Odwołujący podniósł, że uwzględniając zasady wykładni oświadczeń woli nie sposób przyjąć, że treścią oferty Odwołującego nie jest zaoferowanie sprzętu spełniającego wymagania Zamawiającego, w tym w zakresie rozgałęźnika. Brak literalnego użycia w ofercie określenia „rozgałęźnik” może być traktowany co najwyżej jako omyłka Odwołującego, która jednak podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Odwołujący ponownie powołał się na cel ustanowienia tej regulacji, a także ponownie zarzucił Zamawiającemu skrajny formalizm.

{Ad 3.}

Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne.

We wzorze załącznika nr 1 do formularza oferty dla urzędzeń wskazanych w pkt 1 (PC 2 Biurowy) i pkt 2 (PC 1 Inżynierski), odnośnie portów wejścia/wyjścia (wiersz 5.)

6

Sygn. akt KIO 1088/17

Zamawiający określił następujące wymaganie: *Tył obudowy: minimum 4 portów USB w tym min 2 szt. USB 3.0, 1xDisplayPort, 1xDisplayPort lub HDMI lub VGA, złącze słuchawek i mikrofonu (dopuszcza się port combo z rozgałęźnikiem w zestawie).*

W odniesieniu do ww. pozycji asortymentowych Koncept zaoferował następujące urządzenia: Fujitsu ESPRIMO D957/E85+ (pkt 1) oraz Fujitsu ESPRIMO D957/E85+ (pkt 2)

Odwołujący dodał, że ww. urządzenia posiadają w tylnej części obudowy wymagane gniazdo mikrofonu, co zostało wprost wskazane w treści oferty. Odwołujący wyjaśnił, że rolę gniazda mikrofonu pełni wejście opisane w karcie katalogowej jako „audio - wejście liniowe”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w sposób dowolny, niezgodny ze stanem faktycznym i wbrew treści kart katalogowych zaoferowanych urządzeń ustalił brak spełnienia ww. wymagania, czym doprowadził do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie z następujących powodów.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp Zamawiający w pierwszej kolejności powołał się na stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z 20 marca 2017 r. (sygn. akt: KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17), że norma art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp odnosi się do merytorycznych wymagań każdego zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. 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.

Według Zamawiającego, jak to określił, „bezsprzecznym” jest, że literalna treść oferty Odwołującego nie odpowiadała w pełni przedmiotowi zamówienia (co *de facto* przyznaje Odwołujący wnioskując o wezwanie do wyjaśnień treści oferty i jej korektę):

– Laptopy biznesowe 2A i 2B – niezgodność z SIWZ polegała na tym, że w ofercie Odwołującego nie podano wymaganego przez Zamawiającego typu klawiatury US (Odwołujący wprost przyznaje, że „omyłkowo nie użył w opisie parametrów określenia „OWERTY US”, a jedynie „OWERTY”).

– Laptop 1 menadżerski – niezgodność z SIWZ polegała na tym, że zgodnie z załączoną przez Odwołującego kartą katalogową w proponowanym modelu nie występowało osobne gniazdo słuchawek i mikrofonu, ale współdzielone gniazdo tzw. Combo, co Zamawiający

7

Sygn. akt KIO 1088/17

dopuszczał pod warunkiem dostarczenia rozgałęźnika w zestawie, a w złożonej ofercie brak informacji o rozgałęźniku.

– PC1 inżynierski i PC2 biurowy – z złożonej oferty Odwołujący wskazał, że dostarczane komputery będą w tylnej części wyposażone w złącze słuchawek i złącze mikrofonu. Tymczasem zgodnie z załączoną do oferty kartą katalogową oferowanego produktu tj. FUJITSU ESPRIMO D957/E85+ komputer ten wyposażony jest w tylnej części w gniazdo Line-Out oraz Line-In. O ile można się zgodzić, że gniazdo Line-Out może służyć jako gniazdo słuchawkowe, o tyle gniazdo Line-In nie jest gniazdem mikrofonowym (posiada bowiem inną impedancję wejściową i nie posiada zasilania koniecznego do obsługi mikrofonu).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 pzp, Zamawiający stanął na stanowisku, że nie było uzasadnione korzystnie z uprawnienia do wyjaśnienia oferty w oparciu o ten przepis, wobec niespełnienia w ofercie wymaganych warunków dla przedmiotu zamówienia. Niespełnienie warunków wymaganych przez Zamawiającego oznacza, że dana oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Zamawiający podniósł, że skorzystanie z przedmiotowej procedury wyjaśnień ma na celu wyjaśnianie treści ofert lub eliminowanie wewnętrznych sprzeczności w niej zawartych (tak m.in. wyrok KIO z 17 marca 2014 r., sygn. akt KIO 439/14). Powyższe potwierdziła Izba także w wyroku z 24 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 51/17, LEX nr 2202719), w którym wskazano, że (...) *z praktyki, a także ugruntowanego orzecznictwa i doktryny wynika, że zamawiający powinien wystosować do wykonawcy żądanie wyjaśnień dopiero, gdy zrodzą się u zamawiającego jakiekolwiek wątpliwości do treści oferty; w innych przypadkach żądanie wyjaśnień byłoby bezpodstawne i bezcelowe*".

Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego – w zaskarżonym zakresie – ani nie budziła wątpliwości Zamawiającego, ani nie zawierała wewnętrznych sprzeczności, a więc nie było i nie ma potrzeby uruchomienia procedury wyjaśniania. W szczególności, choć Odwołujący uważał, że z posiadania jednego gniazda typu „combo” wynika w sposób dorozumiany oferowanie przez niego rozgałęźnika, Zamawiający nie ma obowiązku domysławiania się pożądaney przez wykonawcę wykładni. Skoro nie miał też wątpliwości co do treści oferty, nie miała ona sprzeczności, nie miał też obowiązku wzywania Odwołującego do ich wyjaśnienia.

Zdaniem Zamawiającego gdyby zastosował postępowanie wyjaśniające, w wyniku którego dokonałby lub przyjął zmiany w ofercie zgodnie z argumentacją i wyjaśnieniami prezentowanymi w odwołaniu, *de facto* zaoferowany zostałby inny przedmiot (o zmienionych

8

Sygn. akt KIO 1088/17

parametrach), a więc doszłoby do zmiany oferty Odwołującego, tj. czynności zakazanej powyższym przepisem.

Odnosnie Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, Zamawiający wskazał, że aby doszło do zainicjowania tej procedury, uchybienia w jego ofercie winny mieć przymiot omyłek. Tak m.in. wskazano w przywołanym wyżej orzeczeniu Izby z 26 marca 2014 roku (sygn. akt KIO 479/14): *„przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia przypadku odrzucania oferty z powodu błahych pomyłek, niedopatrzeń, niezamierzonych błędów, opuszczeń, drobnych różnic, ale mieszczących się w pojęciu „omyłki”, zbliżonej swym charakterem do niedokładności błędu pisarskiego lub błędu rachunkowego, ma zastosowanie w przypadku ziszczenia się przesłanek w nim określonych, w sytuacji, gdy zamawiający ma możliwość samodzielnego poprawienia oferty, nie tworząc treści oferty, w szczególności nie podając nowych cen poszczególnych pozycji kosztorysu wykonawcy*".

Zamawiający stanął na stanowisku, że wskazywane w odwołaniu uchybienia oferty nie miały cech omyłek, gdyż – jak to wynika z odwołania – wymagają one stosowania zaawansowanej procedury wykładni oświadczeń woli, która jednak wykracza poza dyspozycję normy z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skoro omyłki w ofercie nie miały cech oczywistości ani nie były błahie (o czym świadczy również fakt, że Odwołujący równolegle wymaga by Zamawiający wzywał go do złożenia wyjaśnień), poprawienie treści oferty było niedopuszczalne.

Zamawiający stwierdził, że tym samym bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że jako gospodarz postępowania ma dowolność w kształtowaniu warunków w nim udziału jak i wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia. Wszczynając postępowanie liczy każdorazowo na profesjonalizm podmiotów zainteresowanych realizacją zamówienia. Ustawa pzp wprowadza dla Zamawiającego pewne instrumenty (wezwanie do złożenia wyjaśnień, poprawa oczywistych omyłek), które mają służyć uniknięciu zbytniego formalizmu postępowania, a zarazem niejako naprawiać drobne nieścisłości składanych ofert albo występujące niejasności lub sprzeczności oferty. Nie może jednak polegać to na tym, że zamawiający poprzez te instrumenty samoczynnie naprawia błędy profesjonalnego wykonawcy, ale kształtuje (zmienia) ofertę tego ostatniego, aby odpowiadała warunkom zamówienia. W tym wypadku doszłoby u zamawiającego do nieuprawnionego połączenia ról – składania odpowiadających przedmiotowi zamówienia

9

Sygn. akt KIO 1088/17

ofert, a następnie ich oceny.

Zamawiający powołał się na to, że postąpił zgodnie z zaleceniami wynikającymi z wyroku Izby z dnia 19 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1294/16; KIO 1299/16; LEX nr 2149343), w którym Izba wskazała, że w przypadku jakichkolwiek błędów w ofercie niedopuszczalne jest odgadywanie przez Zamawiającego rzeczywistej intencji Odwołującego – albo omyłka jest nieistotna i w oczywisty sposób łatwa do skorygowania, albo też oferta jest niezgodna z SIWZ. Zdaniem Izby *w przypadku, gdy nie jest możliwe jednoznaczne zdekodowanie rzeczywistego zamiaru wykonawcy, występującego w postępowaniu, jako profesjonalista, zamawiający nie może domyślać się, jaka powinna być treść oferty, lecz bezwzględnie powinien ją odrzucić, bowiem każda próba dokonania ewentualnej poprawy takich omyłek prowadzić musi do niedozwolonej przepisem art. 87 ust. 1 p.z.p. negocjacji treści oferty.*

Zamawiający poinformował Izbę, że 30 maja 2017 r. przekazał drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom kopię odwołania.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony przez Odwołującego – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zostały również zgłoszone w tym przedmiocie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

10

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, której odrzucenie oznacza utratę możliwości uzyskania przedmiotowego odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba stwierdziła, że ponieważ w odwołaniu adekwatnie przywołano lub opisano treść specyfikacji, złożonej oferty i zawiadomienia o odrzuceniu oferty, nie ma potrzeby ich powtarzania, gdyż zostały już zrelacjonowane powyżej.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę złożoną przez Koncept.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., 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 s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje 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 s.i.w.z. 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 s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej 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 s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. 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 s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez

12

Sygn. akt KIO 1088/17

oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231; dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”). Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 6 ust. 1 pkt 2 - 4 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach lub fotografiach produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi być poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 16 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2162/12), konsekwencją nieuzupełnienia dokumentu przedmiotowego (innego niż potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu) jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji.

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 s.i.w.z. W odniesieniu do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, oznacza to konieczność zidentyfikowania parametru oferowanego produktu, który nie znalazł w nich kwalifikowanego potwierdzenia, pomimo że w ofercie został zadeklarowany przez wykonawcę jako zgodny z parametrem wymaganym według opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

13

Sygn. akt KIO 1088/17

Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomianej

powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to 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 s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. 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 s.i.w.z. {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. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obciąża natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. *W realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 PZP stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 PZP. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 2 Pzp.* {vide wyrok Izby z 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2743/11) oraz wyrok Izby z 29 lipca 2011 r. (sygn. akt 1514/11)}

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że w ofercie złożonej przez Odwołującego

14

Sygn. akt KIO 1088/17

zaistniały niezgodności z treścią s.i.w.z. polegające na niedookreśleniu w ofercie (załączniku nr 1 do formularza ofertowego) informacji oczekiwanych przez Zamawiającego dla potwierdzenia zgodności z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie: po pierwsze – amerykańskiej wersji układu klawiatury QWERTY dla dwóch typów laptopów, po drugie – dołączenia do jeszcze innego typu laptopa rozgałęźnika dla złącza tzw. combo gniazda słuchawek i mikrofonu.

Pozostaje zatem ocena, czy i w jaki sposób Zamawiający powinien dokonać skorygowania stwierdzonych niezgodności.

Na wstępie należy zauważyć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu aktualnego brzmienia art. 87 ust. 2 pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek uprawnień rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu 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. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował

15

Sygn. akt KIO 1088/17

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.

W orzecznictwie Izby podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie). {vide wyrok Izby z 23 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 522/11)} Jednocześnie czynność poprawiania oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podziela również stanowisko {wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 959/09}, że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza *spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp.* {Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie <http://sjpd.pwn.pl>}. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawie omyłki i ewentualny brak wyrażenia zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie. Izba zważyła, że – jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach

16

Sygn. akt KIO 1088/17

zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze im się to udaje i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważnie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Izba zważyła, że w tej sprawie Zamawiający nie wskazywał żadnych okoliczności, które świadczyłyby o nieomyłkowym charakterze niezgodności oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z., poprzestając na ich stwierdzeniu i przyjęciu nieuzasadnionych okolicznościami

założenia, że mają one charakter nieusuwalny.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby miała istotnego charakteru. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują 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, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Na powyższe uwarunkowania zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09): *W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.*

Tymczasem Zamawiający w tej sprawie {vide uzasadnienie odrzucenia oferty i odpowiedź na odwołanie} nie był w stanie podać żadnego konkretnego argumentu przemawiającego za istotnością dla całej oferty zmian, które spowodowałyby uzupełnienie

17

Sygn. akt KIO 1088/17

oferty o informację, że wskazany w ofercie dla dwóch typów laptopów układ QWERTY będzie w wersji amerykańskiej, a w zestawie z jeszcze innym typem laptopa będzie rozgałęźnik gniazda mikrofonowo-słuchawkowego na osobne wyjścia. Zamawiający zdaje się negować jakąkolwiek zmianę treści oferty w zakresie przedmiotowo istotnym. Jednakże art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, nie stanowiła ona znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę w powyżej przedstawionym rozumieniu. Jak to słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11): *[w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazusu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści).* Podobne stanowiska Izba zabrała w wyroku z 24 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2490/10) i w wyroku z 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1978/10).

Zamawiający co prawda twierdził, że poprawienie treści oferty w sposób wskazany w odwołaniu spowoduje wytworzenie zupełnie nowego oświadczenia woli, jednak nie był w stanie przedstawić żadnych konkretnych argumentów, a tym bardziej dowodów. Zamawiający zdaje się w ogóle nie dostrzegać, że w skali wartości oferty i zakresu przedmiotu zamówienia doprecyzowanie układu klawiatury QWERTY jest bez znaczenia, a doprecyzowanie oferty odnośnie wspomnianego rozgałęźnika co najwyżej stanowi zmianę mniej niż znikomą, wręcz mikroskopijną, zarówno pod względem rzeczowym, jak i wartościowym. Z tego względu w tym drugim przypadku Izba uznała za nieistotny wynikły na rozprawie spór, czy taki rozgałęźnik kosztuje 5 zł (Odwołujący), czy 40 zł (Zamawiający).

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej

niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez

18

Sygn. akt KIO 1088/17

zamawiającego z art. 87 ust. 1 pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty” charakter „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający był w stanie zarówno stwierdzić na czym polega omyłkowa niezgodność, co uczynił, jak i w jaki sposób ją poprawić, czego bezpodstawnie zaniechał. Oczywiście powinno być bowiem dla Zamawiającego że należy ofertę doprecyzować w odniesieniu do których typów laptopów co do amerykańskiego układu klawiatury i rozgałęźnika w zestawie.

W ocenie składu orzekającego w tej sprawie, z uwagi na znikomość zakresu zmiany treści oferty nie wymaga rozstrzygnięcia, czy poprawienie w tym ostatnim zakresie sprowadza się jedynie do dodania informacji, dla spokoju Zamawiającego, że rozgałęźnik jest w zestawie, czy do uzupełnienia zakresu rzeczowego oferty o ten rozgałęźnik. Na przeszkodzie poprawieniu tej pozycji bez zmiany ceny nie stoi na przeszkodzie przypuszczenie – choćby było uzasadnione – że Odwołujący sporządzając ofertę po prostu zapomniał o takim detalu jak rozgałęźnik. Biorąc pod uwagę stanowisku Odwołującego brak podstaw do przypuszczenia, że stanie się to powodem braku jego zgody na dokonanie poprawienia tej omyłki w sposób, który z pewnością był dostępny Zamawiającemu.

Resumując, w ocenie składu orzekającego Izby z całokształtu złożonej przez Odwołującego oferty wynika wola zaoferowania realizacji całości zamówienia dotyczącego, a zatem nie było przeszkód do poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w sposób, który powinien być oczywisty dla Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe nie miały znaczenia dla sprawy złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody co do treści jego oferty w postaci oświadczeń producenta laptopów i szczegółowych ofert, które przedstawił Odwołującemu przed terminem składania ofert. Tym niemniej wiarygodność i znacznie tych dowodów nie zostało w żaden sposób podważone przez Zamawiającego.

W toku rozprawy okazało się, że Zamawiający bezpodstawnie stwierdził,

19

Sygn. akt KIO 1088/17

że w przypadku dwóch typów komputerów stacjonarnych, które zaoferował Odwołujący, nie posiadają one z tyłu obudowy wymaganego złącza mikrofonowego. Zamawiający wycofał się bowiem z arbitralnie przyjętego założenia, że gniazdo opisane jako „Line-in” nie może służyć jednocześnie jako gniazdo mikrofonowe. Przy czym niesporne było, że ze specyfikacji nie wynikał zakaz, aby jedno gniazdo pełniło te dwie funkcje. Przede wszystkim Odwołujący udowodnił za pomocą dokumentacji zdjęciowej, że po podłączeniu mikrofonu do tego gniazda jest on automatycznie wykrywany przez oprogramowanie zarządzające

ustawieniami zintegrowanej karty dźwiękowej, które umożliwia użytkownikowi potwierdzenie, że chce skorzystać z tej funkcjonalności. Dodatkowo podwójny charakter złącza „Line-in” został również potwierdzony w pkt 3. oświadczenia producenta, o którym była mowa powyżej. Zamawiający nie zgłosił żadnych dowodów przeciwnych, więc twierdzenia Odwołującego należy uznać za udowodnione.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 pkt 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono, w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: