Sygn. akt KIO 373/16

WYROK

z dnia 24 marca 2016 r.

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

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie **24 marca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 14 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
przez wykonawcę: **„AGN Polska" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu informatycznego dla Sił Zbrojnych RP* (nr postępowania 78/ZO/PN/DOS/ZZS/2015)
prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, Warszawa**
przy udziale wykonawców:
A. QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie, Computex sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia
B. „KONCEPT" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Egida IT Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ORTI B. sp. k. z siedzibą w Lublinie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia
– zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **„AGN Polska" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego odwołującego 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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) {dalej również „ustawa pzp" lub „pzp"} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa sprzętu informatycznego dla Sił Zbrojnych RP* (nr postępowania 78/ZO/PN/DOS/ZZS/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S-127-232309 z 4 lipca 2015 r., z tym że Zamawiający 29 czerwca 2015 r. przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.iu.wp.mil.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z."}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach

wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

4 marca 2016 r. Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – AGN Polska" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „AGN"} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w części 1 zamówienia, obejmującej dostawę serwerów SR1A(b), SR1A(c), SR2A(c), SR3A(c) oraz półek dyskowych SB, a także o odrzuceniu w tym zakresie oferty złożonej przez Odwołującego.

14 marca 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez odrzucenie oferty AGN, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ.
2. Art. 87 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania AGN do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty odnośnie liczby egzemplarzy stanowiących 15% dostawy sprzętu, które będą objęte gwarancją międzynarodową.
3. Art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez nieuznanie, że brak wyrażenia cyfrą liczby egzemplarzy sprzętu będącego przedmiotem dostawy, które będą objęte gwarancją międzynarodową w treści oferty („Formularza ofertowego" dla Części nr 1) podlega kwalifikacji jako inna omyłka podlegająca poprawieniu przez Zamawiającego w trybie tego przepisu.

---

4. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wymaganych w SIWZ dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, tj. potwierdzenia statusu „Certified for Windows Server 2008 R2 x 64" dla oferowanych serwerów i oświadczenia producenta półki dyskowej SB o przejęciu zobowiązań serwisowych (w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej), a także tłumaczenia wyniku wydajności procesora SPECint dla serwera SR2A (c).
5. Art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie wyboru oferty AGN jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienia odrzucenia oferty AGN.
2. Wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty odnośnie liczby egzemplarzy oferowanego sprzętu objętego gwarancją międzynarodową.
3. Alternatywnie – dokonania poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty AGN z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, przez przyjęcie, że 15% dostawy sprzętu będzie objęte gwarancją międzynarodową.
4. Wezwania Odwołującego do uzupełnienia wymaganych w SIWZ dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, tj. potwierdzenia statusu „Certified for Windows Server 2008 R2 x 64" dla oferowanych serwerów, oświadczenia producenta półki dyskowej SB o przejęciu zobowiązań serwisowych (w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej), a także tłumaczenia wyniku wydajności procesora SPECint dla serwera SR2A (c).
5. Dokonania ponownej oceny ofert.
6. Wyboru oferty AGN jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania zawarto następujące okoliczności faktyczne i prawne w celu sprecyzowania powyższych zarzutów.

{ad pkt 1, 2, 3 i 5 listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Przedmiotem zamówienia w części nr 1 była dostawa serwerów SR1A(b), SR1A(c), SR2A(c), SR3A(c) oraz półek dyskowych SB dla Sił Zbrojnych RP. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w załącznikach do SIWZ, w tym w załączniku nr 1 zawierającym informacje dotyczące specyfikacji sprzętu informatycznego (serwerów).

W Załączniku nr 3 do SIWZ („Istotne postanowienia umowy"), §16 – „Udzielenie

uprawnień", ust. 4 przewidywał, że: *Komórki/jednostki organizacyjne resortu obrony narodowej użytkujące Sprzęt będą miały prawo korzystać z oprogramowania w każdym miejscu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub innym obszarze (terytorium), gdzie Siły Zbrojne RP prowadzą lub będą prowadzić jakiekolwiek działania. Uprawnienie powyższe, w każdym przypadku obejmuje również wykorzystanie Oprogramowania w sieciach komputerowych.*

W odniesieniu do powyższego postanowienia SIWZ sformułowano następujące wnioski o wyjaśnienie jego treści:

1. *Czy Zamawiający zamierza użytkować/instalować oferowany sprzęt poza granicami kraju? Jeżeli tak to prosimy o podanie jaka część urządzeń może być użytkowana poza granicami kraju.*
2. *Czy sprzęt musi być objęty gwarancją międzynarodową?*
3. *Czy w przypadku użytkowania sprzętu poza granicami kraju serwis też ma być* świadczony *w miejscu instalacji sprzętu?*

17 września 2015 r. Zamawiający przekazał wykonawcom pismo z wyjaśnienia treści SIWZ (nr V/11034/15), w którym na powyższe pytania oznaczone zbiorczo nr 2.22 udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający na etapie postępowania przetargowego szacuje, że 15% dostarczanych urządzeń będzie eksploatowana poza granicami kraju. W związku z powyższym 15% dostawy sprzętu musi być objęta gwarancją międzynarodową. W przypadku użytkowania sprzętu poza granicami kraju serwis ma być świadczony *w miejscu instalacji sprzętu. W ofercie wykonawca ma wyraźnie zadeklarować, że 15% dostawy sprzętu (wymienić ilość egzemplarzy) będzie objęte gwarancją międzynarodową (należy to wyszczególnić w formularzu ofertowym). Zapisy dotyczące gwarancji międzynarodowej odnoszą się do serwerów, stacji roboczych, monitorów i notebooków. Przy dostawie opakowania sprzętu z gwarancją międzynarodową mają zostać oznaczone dużymi (min. 10x10 cm), czytelnymi plakietkami w kolorze czerwonym z napisem „Gwarancja międzynarodowa".*

Zamawiający nie zmodyfikował wzoru załącznika nr 2 do SIWZ - „Formularz ofertowy" o dodatkowe oświadczenie, którego oczekiwał, ani wzoru załącznika nr 4 do SIWZ – „Specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu" w sposób umożliwiający naniesienie wzmianki o oferowanej liczbie egzemplarzy sprzętu objętych gwarancją międzynarodową.

W rozdziale 11 SIWZ – „Opis sposobu przygotowywania ofert":

– w pkt 11.1. określono że: *Oferta musi zawierać wypełniony formularz ofertowy zawierający wszelkie informacje zawarte we wzorze stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ.*

– w pkt 11.5. określono, że: *Formularz ofertowy oraz pozostałe załączniki, dla których zostały*

określone wzory, należy wypełnić według niniejszych wymagań, bez dokonywania istotnych zmian w treści tych dokumentów, o ile Zamawiający nie wyrazi na to zgody.

W „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty" z 4 marca 2016 r. (nr pisma V/2773/16) Zamawiający zawiadomił, że odrzucił ofertę Odwołującego: *ze względu na nieusuwalną (w trybie art. 87 ust. 2 ustawy) merytoryczną niezgodność z SIWZ, tj. zaoferowania przedmiotu zamówienia nieobjętego gwarancją międzynarodową.* Dalej Zamawiający podał, że: *Wykonawca w swojej ofercie nie zadeklarował objęcia oferowanych serwerów gwarancją międzynarodową oraz nie wskazał ilości egzemplarzy objętych tą gwarancją.*

Odwołujący zakwestionował powyższe stanowisko Zamawiającego z następująco wyliczonych i skonkretyzowanych powodów.

Po pierwsze – udzieleniu przez Zamawiającego wyjaśnień na pyt. 2.22 nie towarzyszyła zmiana formularza ofertowego i załącznika nr 4 do SIWZ, co umożliwiłoby naniesienie wzmianki o oferowanej liczbie egzemplarzy sprzętu objętych gwarancją międzynarodową.

Po drugie – zastosowanie się przez Odwołującego do wytycznych z pkt 11.1 i 11.15 SIWZ, przy braku dokonania powyższych zmian, oznacza, że nie można konsekwencją tego zaniechania obarczyć Odwołującego.

Po trzecie – w ofercie (w załączniku nr 2 do SIWZ – „Formularz ofertowy") Odwołujący oświadczył:
– w pkt 1, że dostawę przedmiotu zamówienia, w pełnym zakresie określonym dla części nr 1 w załączniku nr 1 do SIWZ, zrealizuje za kwotę wskazaną w tabeli;
– w pkt 2, że zapoznał się ze wszystkimi warunkami zamówienia, SIWZ wraz z załącznikami, ich modyfikacjami, wyjaśnieniami i zaakceptował je bez jakichkolwiek zastrzeżeń.
W ocenie Odwołującego tym samym złożył wszystkie elementy oświadczenia zgodnie z treścią formularza ofertowego. Jeżeli jednak Zamawiający uznał, że jest to niewystarczające – powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wymaganego oświadczenia, czego nie uczynił.

Po czwarte – skoro odpowiadając na pytanie nr 2.22 Zamawiający nie dokonał modyfikacji i aktualizacji we wzorze formularza oferta oraz załącznikach, wykonawcy mogli powziąć wątpliwość co do obowiązującej wersji tych dokumentów. Tymczasem Zamawiający z własnych zaniedbań uczynił zarzut Odwołującemu, uznając je jednocześnie za jedyną podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

Po piąte – choć Odwołujący w treści formularza ofertowego nie wpisał liczby egzemplarzy oferowanego sprzętu, które będą objęte gwarancją międzynarodową, takie

uchybienie nie oznacza niezgodności oferty AGN z postanowieniami SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia, gdyż podlegało ono poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jako inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący oświadczył, że podziela następujące stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach wyrażone w wyroku z dnia 1 marca 2010 r. (sygn. akt: XIX Ga 18/10): *Lege non distinguente art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie wskazuje o jakie może chodzić tutaj omyłki, a więc mogą wchodzić tutaj w grę wszelkie niezamierzone błahe pomyłki, niedopatrzenia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące* świadomym *pominięciem określonych przez SIWZ wymogów. Może to dotyczyć także i ceny wskazanej w ofercie.*

Na marginesie Odwołujący nadmienił, że dołączone do jego oferty oświadczenie z 28 września 2015 r. odnosi się do określenia warunków współpracy między producentem oferowanego sprzętu, tj. Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. a AGN. Odwołujący podał, że treść tego oświadczenia potwierdza zgodność oferowanego sprzętu ze wszystkimi wymaganiami ustalonymi w treści dokumentacji przez Zamawiającego. Co zdaniem Odwołującego stanowi dodatkową przesłankę konieczności uznania braku wpisania liczby egzemplarzy objętych gwarancją międzynarodową jedynie za inną omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Według Odwołującego z jego oferty i załączonych dokumentów, w szczególności powyższego oświadczenia, wynika, że *zapewnił objęcie przedmiotu oferty gwarancją znacznie przewyższającą minima wymagane przez Zamawiającego. Ta intencja i* świadomość *Odwołującego była jeszcze na etapie przed składaniem ofert. A jedynie nie wskazał tego bezpośrednio w formularzu.*

Zdaniem Odwołującego w tym stanie faktycznym zachowuje aktualność następujące stanowisko wyrażone w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r." pod red. J. Sadowego: *Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.*

Odwołujący podniósł, że nawet gdyby Zamawiający powziął wątpliwość, jaką liczbę egzemplarzy oferowanego przez AGN sprzętu wpisać w treść załącznika nr 2 do SIWZ – „Formularz ofertowy" lub załącznika nr 4 do SIWZ – „Specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu" – choć Zamawiający jasno określił, że: *W ofercie wykonawca ma wyraźnie zadeklarować, że 15% dostawy sprzętu (wymienić ilość egzemplarzy) będzie objęte gwarancją międzynarodową (należy to wyszczególnić w formularzu ofertowym),*
a Odwołujący czytelnie wskazał w treści formularza ofertowego ilość oferowanego sprzętu –

Zamawiający mógł wezwać AGN do wyjaśnień odnośnie dokonanego pominięcia.

Odwołujący powołał się na to, że w ten sposób orzekła również Izba w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 959/09): *Izba wskazuje, iż zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 powołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści.*

Według Odwołującego podobnie w wyroku z 21 września 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1946/11) Izba stwierdziła, że: *art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp wprowadzony został w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu omyłek możliwych do wyeliminowania. Dopuszczalne jest zatem poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, różnic* (...), *lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki.*

Odwołujący podniósł, że na Zamawiającym ciąży obowiązek uważnego, rzetelnego, dokładnego i zgodnego z prawem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Aby uczynić zadość tym obowiązkom, Zamawiający dysponuje zestawem narzędzi przewidzianych m.in. w ustawie pzp, które zakładają także możliwość wyjaśniania niejasności jako wskazanie sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie wykonawcy. Wykorzystanie tych narzędzi dla przeprowadzenia rzetelnej oceny ofert, poprzedzające ewentualne odrzucenie oferty, jest podstawowym obowiązkiem Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że powyższe potwierdziła Izba w wyroku z 6 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1048/12): *Stwierdzić dalej należy, że 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 nieścisłości 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. 1 ust. 2 Pzp (vide: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).*

Podsumowując, Odwołujący zaznaczył, że intencją ustawodawcy przy wprowadzeniu art. 87 ust. 2 pkt 33 do ustawy pzp, co wynika z jednolitej linii orzeczniczej, było złagodzenie nadmiernego formalizmu przepisów ustawy, usprawnienie procedur udzielania zamówienia publicznego oraz zmniejszenie liczby odrzuconych ofert i w konsekwencji – unieważnionych postępowań. Czynność poprawienia oferty, co wynika z brzmienia samego przepisu art. 87 ust. 2 pzp (Zamawiający *poprawia...)* ma charakter obligatoryjny i stanowi obowiązek

Zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających dokonanie poprawek, co miało miejsce w opisywanym stanie faktycznym.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W załączniku nr 1 do SIWZ – „Specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu" Zamawiający określił:

– w opisie parametrów minimalnych poszczególnych serwerów, tj. SR1A (b), SR1A (c), SR2A (c) oraz SR 3A (c), w wierszu „Certyfikaty" – że wymagane jest dostarczenie wskazanych certyfikatów do oferty (m.in. potwierdzenie statusu „Certified for Windows" dla systemu Windows Server 2008 R2 x 64);

– w opisie parametrów minimalnych półki dyskowej SB, w wierszu „Warunki gwarancji" – że wymaga przedłożenia oświadczenia producenta, iż w przypadku niewywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

W przekazanym zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 4 marca 2016 r.

Zamawiający:
– zwrócił również uwagę, że: *Wykonawca nie złożył wymaganych w SIWZ dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, tj. potwierdzenia statusu „Certified for Windows Server 2008 R2 x 64" dla oferowanych serwerów, oświadczenia Producenta półki dyskowej SB o przejęciu zobowiązań serwisowych (w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej), a także tłumaczenia wyniku wydajności procesora SPECint dla serwera SR2A (c);*
– jednocześnie poinformował, że odstąpił od wezwania AGN w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów, ponieważ mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy pzp, nie odrzuciłby oferty Odwołującego, lecz wezwałby do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty *odnośnie ilości egzemplarzy stanowiących 15% dostawy sprzętu, które będą objęte gwarancją międzynarodową,* działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. W rezultacie Odwołujący powinien zostać wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, tj. potwierdzenia statusu „Certified for Windows Server 2008 R2 x 64" dla oferowanych serwerów, a także tłumaczenia wyniku wydajności procesora

SPECint dla serwera SR2A (c).

Na marginesie Odwołujący nadmienił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, dołączył oświadczenie producenta półki dyskowej SB z 28 września 2015 r., z którego wynikają wszystkie elementy wymagane według dokumentacji postępowania.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 15 marca 2016 r. kopii odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły w formie pisemnej następujące zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:
– 18 marca 2016 r. – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie, Computex sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Konsorcjum Qumak"};
– wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „KONCEPT" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Egida IT Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ORTI B. sp. k. z siedzibą w Lublinie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Koncept"}.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Wobec dokonania zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności powyższych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Zamawiający nie wniósł pisemnej lub ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie, ale oświadczył na posiedzeniu, że nie uznaje zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – 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. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały złożone wnioski o odrzucenie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko {ze zmianami opisanymi poniżej}, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparli Przystępujący.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępujących)

postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniach przystąpień, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z 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, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący, kwestionując odrzucenie swojej oferty, wykazał że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła, że wynikające z odwołania okoliczności faktyczne odnośnie treści przywołanych postanowień s.i.w.z., wyjaśnień udzielonych 17 września 2015 r. oraz uzasadnienia odrzucenia oferty AGN odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Odmiennie przedstawia się sytuacja odnośnie załączonego do oferty oświadczenia Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „HPE"} z 28 września 2015 r. .

Zgodnie z treścią tego oświadczenia ww. spółka informuje AGN, *iż złożona Państwu oferta HPE z dnia 28.09.2015r, dotycząca sprzętu Hewlett Packard wskazanego w załączniku do niniejszego pisma, obejmuje swoim zakresem także serwis tego sprzętu. W przypadku gdy zakupicie Państwo całość* świadczeń *HPE określonych w wyżej wymienionej ofercie, wówczas HPE będzie realizować stosowne naprawy w ramach wykonywanego serwisu, w zakresie i na warunkach określonych w powyższej ofercie, niezależnie od tego czy wywiązujecie się Państwo z obowiązków gwarancyjnych określonych w umowie, jaka zostanie zawarta w Przetargu pomiędzy Państwem a Zamawiającym.*

Jedynym załącznikiem do tego pisma – wymienionym na dole pisma i faktycznie do niego załączonym jako „Załącznik nr 1 – Lista sprzętu objętego serwisem w ramach oferty nr 2/09/2015 z dnia 29.09.2015" – jest krótka tabela składająca się z dwóch kolumn (opisanych odpowiednio: „Produkt Description" i „Qty"), w której wyszczególniono w pkt od 1.1 do 1.4 serwery, a w ostatnim wierszu półkę dyskową – przez podanie oznaczenia kodowego z s.i.w.z. oraz oznaczenia kodowego producenta (w pierwszej kolumnie) oraz

liczby sztuk odpowiadającej wskazanej w s.i.w.z. (w drugiej kolumnie).

W treści oświadczenia w ogóle nie wspomina się o gwarancji międzynarodowej, a o tym, że złożona AGN przez HPE oferta sprzedaży sprzętu wskazanego w załączniku do oświadczenia obejmuje również serwis tego sprzętu, pod warunkiem zakupu całości świadczeń określonych w ofercie, która określa również zakres i warunki, na jakich będą realizowane naprawy w ramach tego serwisu. Wyłącznie w takim zakresie HPE zobowiązało się realizować naprawy tego sprzętu, niezależnie od tego czy AGN wywiąże się ze swoich obowiązków gwarancyjnych określonych w umowie, która zostanie zawarta pomiędzy AGN a Zamawiającym. Jednocześnie oferta, do której odsyła oświadczenie, nie została załączona do oferty {ani przedstawiona do zamknięcia rozprawy}.

Tymczasem Izba ustaliła ponadto, że załącznik nr 3 do s.i.w.z. określa istotne postanowienia umowy pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, w tym w § 8 dotyczące gwarancji – warunków serwisowania. Wynika z nich w szczególności, że:
– Wykonawca odpowiada względem Zamawiającego ujawnione w dostarczonym sprzęcie wady, zarówno fizyczne (zmniejszające wartość lub użyteczność sprzętu wynikającą z jego przeznaczenia, sprzęt nie ma właściwości wymaganych przez Zamawiającego albo dostarczono go w stanie niekompletnym), jak i prawne (sprzęt stanowi własność osoby trzeciej albo jeżeli jest obciążony prawem osoby trzeciej), ponosi z tego tytułu wszelkie

zobowiązania {ust. 1}.
– Wykonawca zobowiązany jest do bezpłatnego usunięcia wad fizycznych sprzętu lub do bezpłatnego ostrzenia sprzętu wolnego od wad, jeżeli wady te ujawnią się w okresie gwarancji {ust.3}. Przy czym realizacja naprawy gwarancyjnej następuje w miejscu eksploatacji sprzętu {ust. 6}.
– Czas reakcji serwisu, rozumianej jako podjęcie działań diagnostycznych i kontakt z Użytkownikiem {według § 4 ust. 2 zdefiniowano to jako jednostki lub komórki organizacyjne resortu obrony narodowej}, nie może przekroczyć jednego dnia roboczego od chwili zgłoszenia, jeżeli inaczej nie określono w załączniku nr 1 do s.i.w.z. {dla żadnego z serwerów inaczej nie określono, natomiast dla półki dyskowej SB określono: *Czas reakcji na rozpoczęcie naprawy w następnym dniu roboczym. Przyjmowanie zgłoszeń 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu.}.*
– Gwarancja Wykonawcy udzielana Zamawiającemu ma charakter wyłączny i zastępuje wszelkie inne gwarancje wyraźne i domniemane, a w szczególności domniemane gwarancje lub warunki przydatności handlowej lub przydatności do określonego celu. Wykonawca w jej ramach gwarantuje nieprzerwaną i wolną od błędów pracę dostarczonego sprzętu w okresie trwania gwarancji {ust. 10}.

– Użytkownik jest upoważniony do samodzielnego (prawidłowego) demontażu i montażu informatycznych nośników danych i kart rozszerzeń pracujących w sprzęcie (dyski twarde) {ust. 11 i 12}, przy czym te ostatnie nie podlegają przekazaniu do naprawy lub zwrotowi, pozostają własnością Zamawiającego {ust. 13}.
– W przypadku stwierdzenia w okresie gwarancji wad fizycznych w dostarczonym sprzęcie, o ile wymagania określone w załączniku nr 1 do s.i.w.z. nie stanowią inaczej {dla serwerów – nie stanowią, dla półki dyskowej SB – jw.} Wykonawca: 1) rozpatrzy protokół reklamacji w ciągu 7 dni od daty jego otrzymania; 2) w terminie 14 dni od otrzymania protokołu reklamacji na własny koszt usunie wady sprzętu w miejscu, w którym zostały one ujawnione lub na własny koszt dostarczy do swojej siedziby w celu ich usprawnienia oraz sprzęt wolny od wad dostarczy na własny koszt do miejsca jego eksploatacji; 3) przedłuży termin gwarancji o czas, w ciągu którego wskutek was sprzętu objętego gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niego należycie korzystać zgodnie z jego przeznaczeniem; 4) wymieni wadliwy sprzęt na nowy w terminie 5 dni licząc od bezskutecznego upływu terminu z pkt 2); 5) dokona stosowanych zapisów w karcie gwarancyjnej dotyczących zakresu wykonanych napraw oraz zmiany okresu udzielonej gwarancji; 6) poniesie odpowiedzialność z tytułu przypadkowej utraty lub uszkodzenia sprzętu w czasie od przyjęcia go do naprawy do czasu przekazania sprawnego sprzętu Użytkownikowi w miejscu ujawnienia wady; 7) zwróci Zamawiającemu równowartość wadliwych egzemplarzy Sprzętu powiększoną o karę umowną w wysokości 10% ceny jednostkowej określonej w załączniku nr 1 do umowy, jeżeli nie wykona zobowiązań wynikających z pkt 4) {ust. 16}.
– Zamawiający zastrzegł sobie prawo do odmowy zdalnej diagnostyki sprzętu poprzez Internet, w takim przypadku wszystkie wymagane czynności diagnostyczne powinny być realizowane przez dostawcę lub serwis producenta w miejscu zamontowania sprzętu {ust. 21};
– W przypadku wystąpienia w okresie gwarancji awarii, usterki bądź ujawnienia wady tego samego elementu (podzespołu) w więcej niż 10% ilości dostarczonego sprzętu {dla dostaw sprzętu powyżej 40 szt., dotyczy zatem trzech spośród czterech zamawianych typów serwerów}, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zobowiązany jest do wymiany tego elementu (podzespołu) lub całego urządzenia na swój koszt w całym sprzęcie stanowiącym przedmiot zamówienia, w terminie do 2 miesięcy od otrzymania takiego żądania {ust. 23}.

Z wyjaśnień udzielonych 17 września 2016 r. na pyt. 2.22 wynika, że 15% dostarczonych serwerów będzie eksploatowana poza granicami kraju, przy czym może to być każdy obszar (terytorium), gdzie Siły Zbrojne RP prowadzą lub będą prowadzić jakiekolwiek działania i to tam ma być świadczony serwis sprzętu objętego gwarancją

międzynarodową. Ponieważ nie sprecyzowano odmiennych warunków tej gwarancji – obowiązują warunki, które uregulowano w § 8 istotnych postanowień umowy.

Standardowo wszystkie typy serwerów zaoferowanych AGN objęte są przez HPE międzynarodową ograniczoną gwarancją i wsparciem Serwisem HPE, o których {na podstawie wydruków ze stron internetowych HPE złożonych przez Odwołującego wraz z tłumaczeniem poniższych fragmentów} wiadomo, co następuje:

– {dla wszystkich 4 typów serwerów} *Ten produkt jest objęty międzynarodową ograniczoną gwarancją i wspierany Serwisem HPE, jak również globalną siecią autoryzowanych partnerskich sprzedawców HPE. Wsparcie sprzętu diagnostycznego i naprawa są dostępne w ciągu trzech lat od daty zakupu. Wsparcie oprogramowania i początkowych ustawień jest dostępne w ciągu 90 dni od daty zakupu. Rozszerzenia usług gwarancji są dostępne przez usługę HPE Care Pack lub dostosowane dl uzgodnień serwisowych. Twarde dyski objęte są gwarancją na rok lub na trzy lata; szczegóły zostały ujęte w specyfikacji każdego z typów twardych dysków.*

– {dodatkowo dla 3 pierwszych typów serwerów} *Gwarancja na serwer obejmuje trzyletnią gwarancję na części i serwis, jak również obsługę na miejscu, z czasem reakcji w ciągu kolejnego dnia roboczego. Naprawy wynikające z gwarancji mogą być dokonywane przez użycie części Customer Self Repair (CSR). Te części dzielą się na dwie kategorie: 1) obowiązkowe części CSR są zaprojektowane by stanowić łatwe zamienniki. Zostaną naliczone dostawowe koszty podróży oraz serwisu w przypadku, gdy klienci odmówią wymiany obowiązkowej części CSR; 2) dostawowe części CSR również mogą są zaprojektowane w celu łatwej wymiany, ale mogą być bardziej założone. Klienci mogą zdecydować o tym, by HPE wymieniło części zamienne CSR bez dodatkowych kosztów. Dodatkowe informacje dotyczące globalnej ograniczonej gwarancji i wsparcia technicznego są dostępne pod adresem* http://h18004.www1.hp.com/productts/servers/platforms/warranty /index.html.

Powyższe nie pozwala na stwierdzenie, że warunki tej gwarancji odpowiadają warunkom ustalonym przez Zamawiającego w § 8 wzoru umowy.

Izba ustaliła również, że na część I oferty złożyło 5 wykonawców.

Najniższą cenę zaoferował ITPROJEKT sp. z o.o. (7.691.152,90 zł), którego oferta została odrzucona m.in. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Druga w kolejności była cena oferty AGN (8.766.267,88 zł), ceny pozostałych ofert kształtowały się na poziomie od 12.904.643,40 zł (Konsorcjum Qumak) do 13.776.469,86 zł (Konsorcjum Koncept).

Z wyjątkiem AGN wszyscy pozostali wykonawcy w treści formularza ofertowego

zawarli oświadczenie o liczbie serwerów, które będą objęte gwarancją międzynarodową.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne {niż oczywiste pisarskie i rachunkowe} omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który przez opis parametrów przedmiotu zamówienia i dodatkowych wymagań (np. odnośnie warunków gwarancji) 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, warunkami i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Dla zastosowania podstawy 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. Ustalenie tego ostatniego jest możliwe dzięki zasadzie pisemności postępowania wyrażonej w art. 9 ust. 1 pzp, a także dalszym przepisom regulującym zawartość i udostępnianie specyfikacji, sposób wyjaśnienia jej treści i wprowadzania do niej zmian. Z kolei dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 82 ust. 3 pzp zastrzega formę pisemną pod rygorem nieważności.

Natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści

oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie 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 zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się 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, opisania 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 szczególności nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty 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, już choćby z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp.

Przede wszystkim 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 jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Na podstawie przywołanego przepisu zamawiający uprawniony jest zatem do żądania wyjaśnień jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty, których nie jest w stanie samodzielnie rozwiać, co do zasady nie może to jednak prowadzić do zmiany treści oferty. Dla wyznaczenia granic wyjaśniania treści oferty pomocne jest odwołanie się do kryterium, czy w ofercie znajdował się konkretny punkt zaczepienia, pozwalający na stwierdzenie, że mamy do czynienia z wyjaśnianiem treści informacji już w niej zawartych, a nie uzupełnianiem tej treści. Takie stanowisko wyraziła Izba m.in. w wyrokach: z 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 616/11) i z 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 731/11).

Jak już powyżej wskazano, wyjątek od zakazu zmiany treści oferty wprowadza art. 87

ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne {niż oczywiste pisarskie i rachunkowe, o których mowa w pkt 1 i 2} omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z kolei z art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp wynika, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na takie poprawienie, zamawiający odrzuca jego ofertę.

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}. Izba podziela 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 pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać również 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 takiej omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualny brak wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

W przypadku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp zawsze następuje zmiana treści oferty, z niezgodnej na zgodną z treścią specyfikacji. Granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby miała istotnego charakteru. Jak trafnie 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. Innymi słowy ujęła to Izba w uzasadnieniu wyroku z 26 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 354/13). *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 zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.*

W rozstrzyganej sprawie niesporne było, że zaistniała niezgodność oferty AGN z treścią s.i.w.z., polegająca na braku objęcia co najmniej 15% oferowanych serwerów gwarancją międzynarodową, w tym sprecyzowania dokładnej liczby urządzeń objętych taką gwarancją. Istotą sporu było natomiast, czy podlegała ona poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Przywołana w odwołaniu geneza wprowadzenia regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, a także wypowiedzi judykatury mają charakter generalny i są słuszne, ale z przytoczonych

fragmentów, choć zostały wplecione w wywód Odwołującego, nie wynika, aby odnosiły się do okoliczności zbliżonych do zaistniałych w tej sprawie. W szczególności w odwołaniu brak odniesienia do kwestii istotności rozbieżności treści oferty AGN w stosunku do treści s.i.w.z.

Poczynione powyżej ustalenia faktyczne pozwoliły Izbie stwierdzić, że udzielone 17 września 2015 r. wyjaśnienia treści s.i.w.z. wprowadziły *de facto* istotną zmianę odnośnie gwarancji jakości, której udzielenia na dostarczone serwery wymagał Zamawiający od wykonawcy zamówienia na warunkach określonych w istotnych postanowieniach umowy. W § 8 wzoru umowy od początku określono szeroki zakres odpowiedzialności wykonawcy za wady fizyczne (a nawet prawne) dostarczanego sprzętu, wymagając realizacji naprawy gwarancyjnej w miejscu jego eksploatacji (ewentualnie zabrania i zwrócenia na własny koszt z powrotem do tego miejsca z obciążeniem ryzykiem przypadkowej utraty lub uszkodzenia), niezwłocznego 1-dniowego czasu reakcji (pomimo możliwości wyłączenia zdalnej diagnostyki sprzętu), krótkiego 14-dniowego czasu na dokonanie naprawy, ewentualnie 19-dniowego na

wymianę na nowy sprzęt. Jednakże na mocy wyjaśnień warunki te miały znaleźć również zastosowanie – jako tzw. gwarancja międzynarodowa – dla co najmniej 15% serwerów, których miejscem eksploatacji mogło być nie tylko każde miejsce na terytorium Polski, ale również poza jej granicami. Zważając, że może to być każde terytorium gdzie wojsko polskie określono to w sposób szeroki i otwarty jako każde terytorium, na którym Wojsko Polskie będzie prowadzi lub będzie prowadzić jakiekolwiek działania, a zatem nie można wyłączyć, że będzie to np. Afganistan. Niewątpliwie taka zmiana rzutować musiała na wycenę oferty, gdyż wymagała uwzględnienia ryzyka i kosztów związanych z wykonywaniem napraw poza granicami kraju, w tym w krajach odległych i niestabilnych, w których może nie funkcjonować serwis producenta urządzeń, a w każdym razie zupełnie inaczej niż na terenie kraju kształtuje się ryzyko niedotrzymania terminów i koszty napraw gwarancyjnych. Powyższa zmiana była na tyle istotna, że Zamawiający słusznie uznał za konieczne, aby wykonawca składając ofertę wyraźnie oświadczył, że przyjmuje na siebie zobowiązania związane z faktem udzielenia gwarancji międzynarodowej, z obowiązkiem wskazania liczby serwerów odpowiadających co najmniej 15% dostarczanych serwerów.

W pierwszej kolejności odnieść się należy do pierwszych czterech opisanych w odwołaniu powodów nietrafności decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty AGN. Zupełnie niezrozumiałe jest powoływanie się na postanowienia odnośnie zalecanego sposobu przygotowania oferty. Skoro w późniejszych wyjaśnieniach Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek zawarcia w formularzu oferty oświadczenia odnośnie gwarancji międzynarodowej, dopuścił tym samym, a wręcz nakazał, dokonanie takiej istotnej zmiany w formularzu uprzednio załączonym do s.i.w.z. Nie powstała w ten sposób żadna wątpliwość co do treści s.i.w.z., o czym świadczy, że pozostali czterej wykonawcy złożyli dodatkowe oświadczenie woli wymagane przez Zamawiającego. Przede wszystkim istotne było dopełnienie wymagania, aby złożyć oświadczenie woli w formie pisemnej ujawniające wolę wykonawcy w tym zakresie, drugorzędne znaczenie miało, czy zostanie ono wkomponowane w formularz oferty. Ponadto sprecyzowanie szczegółowego wymagania odnośnie treści oferty czyni niewystarczającym złożenie ogólnych oświadczeń o zapoznaniu się i akceptacji postanowień s.i.w.z. wraz ze zmianami i wyjaśnieniami. Tego typu ogólne i generalne oświadczenia, choć tradycyjnie oczekiwane przez zamawiających, mają niewielki walor, gdyż samo złożenie oferty stanowi wyraz akceptacji warunków przetargu ustalonych przez zamawiającego. W tym przypadku niezłożenie wymaganego oświadczenia dotyczącego gwarancji międzynarodowej wskazuje wręcz na niezapoznanie się z wyjaśnieniami treści s.i.w.z. z 17 września 2015 r.

W drugiej kolejności Izba zważyła, że wbrew ocenie Odwołującego ze złożonego

wraz z ofertą oświadczenie producenta oferowanych serwerów nie sposób wywieść potwierdzenia woli zaoferowania przez AGN Zamawiającemu gwarancji międzynarodowej na

warunkach określonych w § 8 wzoru umowy. Odwołujący nie wyjaśnił, w czym miałoby się przejawiać objęcie przedmiotu oferty gwarancją na warunkach lepszych niż wymagane przez Zamawiającego. Wydaje się, że jedynym elementem przewyższającym oczekiwania Zamawiającego jest fakt złożenia tego oświadczenia o przejęciu przez producenta zobowiązań związanych z serwisem, w razie niewywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych przez wykonawcę, dla wszystkich urządzeń objętych częścią I zamówienia, podczas gdy było to wymagane tylko dla półki dyskowej. Jest to jednak raczej kolejny przyczynek do powzięcia wątpliwości, czy Odwołujący zapoznał się z treścią s.i.w.z.

Ponieważ treść oświadczenia jest enigmatyczna, gdyż odwołuje się do nieznanych warunków sprecyzowanych w ofercie złożonej AGN przez HPE, nie wiadomo, na jakich warunkach i w jakim zakresie HPE będzie realizować naprawy w ramach serwisu sprzedawanych urządzeń. Nic nie wiosło w tej materii do sprawy złożenie przez Odwołującego na rozprawie: po pierwsze – oświadczenia załączonego do oferty w wersji rozszerzonej o dodatkowe 3 str., na których w ramach parametrów poszczególnych serwerów {utajnionej przez Odwołującego} znalazło się odwołanie do między narodowej gwarancji, z informacjami niewykraczającymi poza wynikające ze stron internetowych HPE {przytoczonych powyżej w ustaleniach}; po drugie – oświadczenia HPE z 22 marca 2016 r. potwierdzającego, że serwery wyszczególnione w załączniku do oświadczenia załączonego do oferty AGN były w dniu jej składania i są nadal objęte gwarancją międzynarodową („Global limited Server Warranty"). Abstrahując od wątpliwości co do autentyczności pierwszego z dokumentów, w którym pojawia się drugi załącznik nr 1 nazwany tak samo jak ten, który był złożony wraz z ofertą, oba te dokumenty nie przybliżają warunków owej międzynarodowej gwarancji na serwery.

Z przeprowadzonych w toku rozprawy dowodów wnioskowanych przez Odwołującego nie wynika, aby HPE zaoferował kiedykolwiek AGN coś więcej niż standardowo oferowaną wraz z serwerami HPE ProLiant ML 350, DL 580 i DL 360 9 generacji międzynarodową ograniczoną gwarancję. Nic nie wskazuje na to, aby HPE miało świadomość warunków gwarancji wymaganych przez Zamawiającego i miało zamiar je respektować. Wręcz przeciwnie, w oświadczeniu załączonym do oferty nie tylko nie wspomina się o gwarancji międzynarodowej, ale zastrzeżono, że HPE będzie realizować stosowne naprawy w ramach świadczonego serwisu, co prawda niezależnie od tego, czy AGN wywiąże się ze swoich zobowiązań względem Zmawiającego, co nie oznacza, że na takich warunkach jak w umowie w sprawie zamówienia publicznego, bo odesłano w tym zakresie do warunków

wynikających z oferty HPE. Tymczasem szczątkowe informacje odnośnie warunków gwarancji międzynarodowej HPE wskazują, że w zakresie części napraw uznanych przez producenta za proste, przewidziano wymianę dostarczonych części samodzielnie przez uprawnionego z gwarancji, chyba że poniesie dodatkowe koszty. Wspomina się też o rozszerzeniu usług gwarancyjnych lub ich dostosowaniu, czyli mogą to być zróżnicowane warunki, w zależności od tego, jak się umówiono. Doświadczenie życiowe podpowiada, że standardowo oferowana wraz z serwerem przeznaczonym na rynek cywilny, choćby profesjonalny, gwarancja, nawet w opcji rozszerzonej, obejmowała zobowiązanie do napraw tych urządzeń w miejscu ich użytkowania, które znajduje się na obszarze terytorium np. Afganistanu. A w każdym razie ciężar dowodu w tym zakresie – z mocy art. 190 ust. 1 pzp – spoczywał na Odwołującym.

W ocenie Izby przebieg postępowania odwoławczego przeczy nawet twierdzeniu Odwołującego, że miał intencję zaoferowania gwarancji międzynarodowej na oferowane serwery, tylko jej nie wyraził w formularzu oferty. Z odwołania wynika bowiem, jakoby Odwołujący uznawał za oczywiste, że Zamawiający miałby poprawić jego ofertę przez dodanie oświadczenia o oferowaniu gwarancji międzynarodowej na liczbę egzemplarzy serwerów odpowiadających 15% oferowanej ilości serwerów (aczkolwiek Odwołujący już nie podaje ile miałoby to być i czy liczone od wszystkich serwerów łącznie, czy odrębnie dla każdego z 4 typów, a co daje inne wyniki). Tymczasem na rozprawie okazało się, że wszystkie serwery oferowane przez AGN miałyby być objęte gwarancją międzynarodową. Odwołujący nie może skutecznie zarzucać braku poprawienia jego oferty, skoro sam na różnych etapach postępowania odwoławczego domaga się dokonania tego w odmienny

sposób. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że zamawiający winien być w stanie dokonać poprawienia w ofercie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Odwołujący sam dowiódł, że w okolicznościach tej sprawy nie byłoby to możliwe.

Przede wszystkim jednak Zamawiający trafnie zidentyfikował, że nie ma podstaw, aby dokonać poprawienia oferty AGN, gdyż jej treść nie odpowiadała treści s.i.w.z. w istotnym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – 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 zw. z § 3 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 Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: ……