Sygn. akt: KIO 749/15
Sygn. akt: KIO 751/15
Sygn. akt: KIO 757/15

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez **Odwołującego – P.P.H. Elektroinstal S. O., ul. Piłsudskiego 70 A, 32-200 Miechów** (sygn. akt KIO 757/15), w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **Skarb Państwa –** Świętokrzyski **Urząd Wojewódzki, al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce**
przy udziale:
A. wykonawcy **Infover Sp. z o.o. Sp. k., ul. Zagnańska 61, 25-528 Kielce,**
B. wykonawcy **Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,**
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Centerit Sp. z o.o., ul. Towarowa 22, 25-616 Kielce, 2) Centrum Systemów Komputerowych ZETO S.A., ul.** Śniadeckich **31, 25-366 Kielce,**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt KIO 757/15, po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 757/15 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym poprawienie, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, wynikającej ze wskazania, w załączonym do ofercie zestawieniu materiałowym do projektu wykonawczego, 12 sztuk szafy o wymiarach 800x1000 zamiast 11 sztuk szafy o wymiarach 800x1000 i 1 sztuki szafy o wymiarach 800x800;

---

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Kielcach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 749/15
Sygn. akt: KIO 751/15
Sygn. akt: KIO 757/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Świętokrzyski Urząd Wojewódzki w Kielcach – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Modernizacja sieci teleinformatycznej w budynkach C-1 i B oraz A* Świętokrzyskiego *Urzędu Wojewódzkiego".*

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 stycznia 2015 r., nr 21388-2015.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2015 r., Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołań oznaczonych sygn. akt KIO 749/15 i KIO 751/15.

Z uwagi na fakt, że w sprawie ww. odwołań wykonawcy, którzy skutecznie zgłosili przystąpienia po stronie Zamawiającego, i którzy zostali dopuszczeni przez Izbę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników, nie złożyli sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołań, Izba na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie, stosownie do art. 186 ust. 3 Pzp.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 757/15

W dniu 13 kwietnia 2015 r., Odwołujący – PPH Elektroinstal S. O. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu:

1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku niezgodności oferty z SIWZ,
2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, bez wcześniejszego wezwania go do wyjaśnienia treści oferty,

3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że zaoferowane przez niego rozwiązania są równoważne i odpowiadają wymaganiom Zamawiającego,
4) art 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art 87 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż zachodziły przesłanki do zastosowania procedury naprawczej w postaci poprawienia innej omyłki o nieistotnym charakterze,
5) art 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, na skutek czego została wybrana oferta, która faktycznie nie jest ofertą najkorzystniejszą,
6) art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art 92 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, przy nieprawidłowym i niepełnym uzasadnieniu swojej decyzji.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3) dokonanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty na podstawie art 87 ust 1 Pzp,
4) dokonanie czynności poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego,
5) dokonanie ponownej oceny i badanie ofert,
6) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na posiadanie interesu we wniesieniu odwołania podnosząc, że w interesie każdego wykonawcy jest, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego odbywało się zgodnie z literą prawa. Interes Odwołującego wynika z faktu, iż jego oferta została odrzucona z pominięciem niezbędnych procedur. Zamawiający bowiem podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego bez wcześniejszego wyjaśnienia treści oferty zgodnie z art 87 ust 1 Pzp, jak również bez zastosowania trybu poprawienia innej omyłki na podstawie art 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Na skutek powyższych zaniechań, Zamawiający odrzucił ofertę, która w rzeczywistości spełnia wymagania zawarte w SIWZ, bowiem w dużej części zaoferowane

przez Odwołującego produkty stanowią rozwiązania równoważne. Ponadto, Odwołujący w jednej pozycji w ofercie popełnił omyłkę, która nie ma znaczenia z punktu widzenia ceny globalnej, jak również nie stanowi elementu istotnego oferty. Odrzucenie zatem zostało przeprowadzone w sposób uniemożliwiający jakiekolwiek wyjaśnienie lub poprawienie oferty, zatem niewątpliwie Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. Zasadne jest zatem kwestionowanie zaniechań oraz czynności Zamawiającego, a oddalenie niniejszego odwołania spowoduje szkodę po stronie Odwołującego w postaci uniemożliwienia uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że w ramach przedmiotowego zamówienia wykonawcy zobowiązani byli zaoferować materiały mające zastosowanie w pracach modernizacyjnych. Zgodnie z pkt III. 7 SIWZ Zamawiający *„dopuszcza składanie ofert z wyrobami równoważnymi, pod warunkiem zapewnienia parametrów technicznych, eksploatacyjnych, ubytkowych nie gorszych niż określone w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych”.*

Powyższe postanowienie potwierdził Zamawiający również w pkt 1.2. dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja sieci teleinformatycznej w budynkach C-I i B oraz A Świętokrzyskiego Urzędu Wojewódzkiego” - Rewizja 1: *„Projekt opisuje minimalne wymagania Użytkownika w zakresie technicznym i funkcjonalnym. Oznacza, to, że zgodnie z warunkami ustawy Prawo Zamówień Publicznych, można zastosować dowolne rozwiązanie spełniające wszystkie kryteria opisane w dokumentacji projektowej, tj. zgodne pod kątem obowiązującej normalizacji, oraz równoważne lub lepsze do wymaganych parametrów oraz funkcji. Składając ofertę, wykonawca ma przedstawić nazwę, producenta oraz listę materiałów w formie tabeli, zawierającej nr katalogowy producenta, nazwę produktu oraz zaplanowaną ilość oraz opis techniczny oferowanych materiałów potwierdzających zgodność z dokumentacją projektową - w celu zapewnienia możliwości weryfikacji wszystkich wymaganych parametrów technicznych oraz funkcji użytkowych”.*

W pkt 1.4. załącznika nr 3 do SIWZ, tj. STWiORB Zamawiający wskazał, że: *„Wykonawca robót jest odpowiedzialny za jakość ich wykonania oraz za zgodność z dokumentacją projektową. Rodzaje (typy) urządzeń, osprzętu i materiałów pomocniczych zastosowanych do wykonywania instalacji muszą być zgodne z podanymi w dokumentacji projektowej. Zastosowanie do wykonania instalacji innych rodzajów (typów) urządzeń i osprzętu niż wymienione w projekcie dopuszczalne jest jedynie pod warunkiem spełnienia parametrów technicznych i funkcjonalnych urządzeń lub podwyższania wcześniej przewidywanych”.*

Odwołujący złożył ofertę wraz ze spisem zaoferowanych materiałów. W dniu 7 kwietnia 2015r. Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przyczyną decyzji była ocena Zamawiającego, iż zaoferowane przez Odwołującego materiały były niezgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ, tj.:

Kabel SM uniwersalny 4x9/125/900[im - 6 E9...10/125 OS2 universal cable − minibreakout KL-U-VQ(ZN)BH, halogen-free, 800 N - poz. 2 spisu,

Panel uniwersalny prosty na 4 moduły uniwersalne FO, bez płyty czołowej - VarioLine® − DClink Module-Rack 19” 1RU (Panel uniwersalny prosty na 8 modułów uniwersalnych FO i Cu) - poz. 13 spisu,

Płyta uniwersalna czołowa na 4 kasety/moduły - w komplecie z panelem − LKD9SOOOOO10000 (Płyta uniwersalna czołowa na 8 kaset/modułów) — poz. 14 spisu,

Szafa 42U 800x1000, 6 belek nośnych, drzwi przód/ tył perforacja 80%, RAL9005 - − Szafa 42U 800x1000, 6 belek nośnych, drzwi przód/tył perforacja 80%, RAL9005 (w ilości 12 sztuk) - poz. 36 spisu.

W zakresie poz. 2 spisu zaoferowanych materiałów, tj. kabla SM uniwersalnego, Zamawiający stwierdził, iż zaoferowany produkt jest 6 — włóknowy, podczas gdy z Opisu technicznego wynikało, iż powinien być 4 — włóknowy.

Odnośnie poz. 13 spisu, tj. zaoferowanego panelu VarioLine, Zamawiający uznał jego

niezgodność z SIWZ ze względu na fakt, iż panel ten jest uniwersalny, prosty na 8 modułów uniwersalnych FO i Cu, podczas gdy wymagany był panel na 4 moduły zatrzaskowe FO, bez płyty czołowej.

W zakresie poz. 14, tj. płyty uniwersalnej czołowej, Zamawiający stwierdził, iż jest ona niezgodna z wymaganiami SIWZ, bowiem zaoferowana płyta jest na 8 kaset/modułów, natomiast w dokumentacji technicznej Zamawiający wymagał płyty na 4 moduły.

Za niezgodne z SIWZ uznano również zaoferowanie 12 sztuki szafy 42U 800x1000, ze względu na okoliczność, iż Zamawiający w dokumentacji projektowej wymagał zaoferowania 11 sztuk szaf 42U 800x1000 oraz 1 sztuki szafy 42U 800x800.

Kwestionując decyzję Zamawiającego Odwołujący wskazał, że w świetle obowiązujących przepisów odrzucenie oferty wykonawcy bez wcześniejszego wezwania do wyjaśnienia jej treści uznaje się za niezgodne z prawem zaniechanie Zamawiającego. Przepis art. 87 ust 1 Pzp nie wskazuje literalnie na obowiązek Zamawiającego do wyjaśniania treści oferty, jednakże obecna doktryna oraz orzecznictwo wyraźnie opowiada się za koniecznością wyjaśnienia treści oferty przed podjęciem decyzji o jej odrzuceniu. Odwołujący powołał się na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 27 maja 2013r., KIO 1152/13.

Stąd, Zamawiający zanim podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, winien był wyjaśnić, czy zaoferowane przez Odwołującego materiały spełniają wymagania określone w SIWZ. Tymczasem, jak się okazuje, zdecydowana większość zaoferowanych przez Odwołującego materiałów powinna być oceniona jako zgodna z SIWZ, o czym Zamawiający by się dowiedział, gdyby tylko zechciał swoje wątpliwości wyjaśnić.

Nie należy bowiem zapominać, iż na gruncie SIWZ niniejszego postępowania Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne, wskazując w dokumentacji technicznej załączonej do SIWZ i stanowiącej Opis przedmiotu zamówienia, że możliwe jest zaoferowanie innych rozwiązań o tych samych lub lepszych parametrach technicznych oraz poziomie funkcjonalności.

Natomiast Zamawiający, w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuje, iż część zaoferowanych materiałów literalnie nie odpowiada niektórym warunkom, zupełnie zapominając o możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnia w swojej decyzji, że zaoferowane przez Odwołującego materiały posiadają parametry oraz poziom funkcjonalności gorszy od wymaganego. Tymczasem, okazuje się, że materiały wskazane przez Odwołującego w ofercie jak najbardziej mogą być uznane za rozwiązania równoważne:

Odnośnie poz. 2 spisu zaoferowanych materiałów, tj. kabla SM uniwersalnego 4x9/125/900fim - 6 E9...10/125 OS2 universal cable minibreakout KL-U-VQ(ZN)BH, halogen-free, 800 N, Zamawiający stwierdził, iż zaoferowany produkt jest 6 - włóknowy, podczas gdy z Opisu technicznego wynikało, iż powinien być 4 — włóknowy. Zamawiający w żaden sposób w swojej decyzji nie wskazał, dlaczego uznaje kabel 6 — włóknowy za kabel o gorszych parametrach niż kabel 4 — włóknowy. Jednocześnie należy zauważyć, iż w rzeczywistości zaoferowany kabel spełnia minimalne wymagania określone w SIWZ. Dodatkowe dwa włókna nie pogarszają funkcjonalności, ani parametrów technicznych oferowanego kabla, a co więcej, zwiększają jego elastyczność. Większa ilość włókien umożliwia w przyszłości zwiększenie transmisji, albo wykorzystanie włókien dla transmisji podstawowej w przypadku awarii. Tym samym, nie można uznać, że zaoferowany kabel posiada parametry gorsze od tych, które zostały określone w dokumentacji postępowania.

W zakresie poz. 13 i 14 spisu zaoferowanych materiałów, tj. panelu uniwersalnego prostego VarioLine® D Clink Module-Rack 19” 1RU na 8 modułów uniwersalnych FO i Cu oraz płyty uniwersalnej czołowej na 8 kaset/modułów, Zamawiający zarzucił, iż zaoferowany panel jest na 8 modułów uniwersalnych FO i Cu, podczas gdy wymagany był panel na 4 moduły zatrzaskowe FO, bez płyty czołowej, podobnie płyta, która jest na na 8 kaset/modułów, natomiast w dokumentacji technicznej Zamawiający wymagał płyty na 4 moduły. Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu, że zaoferowany panel oraz płyta nie spełniają minimalnych wymagań określonych w SIWZ. Tymczasem nie można stwierdzić, że parametry zaoferowanej płyty oraz panelu są gorsze od wymaganych, bowiem oba urządzenia mają charakter uniwersalny (jak wymagał tego Zamawiający), a zatem mogą być do niego instalowane panele czołowe wymienne o różnym przeznaczeniu. Z powyższych względów nie można stwierdzić niezgodności zaoferowanych materiałów z wymaganiami SIWZ, bowiem

stanowią one rozwiązania równoważne zgodnie z brzmieniem postanowień Zamawiającego.

Na potwierdzenie okoliczności, iż zaoferowane przez Odwołującego materiały znajdujące się w poz. 2, 13 i 14 spisu załączonego do oferty stanowią rozwiązania równoważne o tych samych lub lepszych parametrach technicznych i użytkowych, a tym samym odpowiadające wymaganiom SIWZ, Odwołujący złożył, jako dowód, opinię autorstwa

Warszawskiego Centrum Postępu Techniczno - Organizacyjnego Budownictwa Wacetob Sp. z o.o. z dnia 10 kwietnia 2014r.

W uzupełnieniu powyższej argumentacji, Odwołujący przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2014r., KIO 256/14, która w następujący sposób określiła pojęcie oferty równoważnej: „Oferta równoważona to taka oferta, która przedstawia przedmiot namówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Istotne jest przy tym to, aby to rozwiązanie (produkt) równoważne było rozwiązaniem, które nie jest identyczne ani też tożsame z rozwiązaniem referencyjnym, ale aby posiadało pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które zostały przez Zamawiającego określone w treści SJWZ". W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający w sposób wyraźny dopuścił rozwiązania równoważne. Odwołujący zaoferował rozwiązania, które nie są tożsame z wymaganiami wskazanymi w SIWZ, ale posiadające cechy istotne dla Zamawiającego, posiadające parametry techniczne i użytkowe na tym samym poziomie lub wyższym niż literalnie wskazane w SIWZ. Tym samym, należy stwierdzić, iż zaoferował Odwołujący rozwiązania równoważne dopuszczone w postępowaniu przez Zamawiającego. Tymczasem, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego bo zaoferowane rozwiązania równoważne nie są tożsame z produktami referencyjnymi. Takie działanie należy uznać za niezgodne z przepisami, w związku z powyższym wyżej opisany zarzut jest zasadny.

Odnosząc się do ostatniego materiału, tj. szafy 42U 800x1000, 6 belek nośnych, drzwi przód/tył perforacja 80%, RAL9005 - Szafa 42U 800x1000, 6 belek nośnych, drzwi przód/tył perforacja 80%, RAL9005 zaoferowanej w ilości 12 sztuk, Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał, że Odwołujący w sposób niezgodny z SIWZ zaoferował 12 sztuk szafy 42U 800x1000, podczas gdy Zamawiający w dokumentacji projektowej wymagał zaoferowania 11 sztuk szaf 42U 800x1000 oraz 1 sztuki szafy 42U 800x800.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do potraktowania braku wskazania jednej szafy o prawidłowych wymiarach jako innej omyłki w rozumieniu art 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Możliwość zastosowania tego przepisu następuje po wypełnieniu kilku przesłanek: musi istnieć niezgodność treści oferty z treścią SIWZ; niezgodność ta ma charakter omyłki; poprawienie tej omyłki nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszym stanie faktycznym zachodzą wszystkie przesłanki umożliwiające zastosowanie art 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niewątpliwie, jak wskazał Odwołujący, istnieje sprzeczność wewnętrzna oferty oraz jej niezgodność z treścią SIWZ. Z treści oferty wynika, że Odwołujący zaoferował jedną szafę o nieprawidłowych wymiarach. Przy czym okoliczności zaoferowania tego materiału wskazują na omyłkę, bowiem jedna szafa różni się od pozostałych tylko swoim wymiarem, nie jest 800x1000, a 800x800. Niewątpliwie

zaś, poprawienie tej omyłki nie miałoby istotnego wpływu na treść oferty, raz, że wynagrodzenie przewidziane w ramach niniejszej umowy ma charakter ryczałtowy, dwa, że wartość brutto jednej szafy w stosunku do całkowitej ceny oferty wynosi 0,3%. Zatem w tym przypadku można mówić o znikomej wartości jednego z materiałów, nie mającym istotnego wpływu na wartość oferty. Odwołujący przytoczył stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z wyroku z dnia 21 maja 2014r., KIO 431/14; wyroku z dnia 25 lipca 2013r., KIO 1709/13; wyroku z dnia 10 lutego 2011 roku sygn. akt 179/11; wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r., KIO 2616/11.

Zdaniem Odwołującego, wskazana omyłka nie ma charakteru istotnego, nie wpłynie bowiem w sposób znaczący na zmianę oferowanego asortymentu, ani nie spowoduje zmiany wynagrodzenia. W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy pominął obowiązkową procedurę poprawienia innej omyłki określonej w art. 87

ust. 2 pkt 3 Pzp. Odrzucenie oferty było zatem zupełnie bezzasadne.

W odpowiedzi na odwołanie ozn. sygn. akt KIO 757/15, Zamawiający wskazał, że uznaje zarzuty odwołania – w zakresie analogicznym do zarzutów odwołań ozn. sygn. akt KIO 749/15 i KIO 757/15 – jednak odwołanie winno ulec oddaleniu w całości, jako niezasadne, gdyż Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego w zakresie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a zatem odrzucenia oferty Odwołującego z powodu zaoferowania szaf 42 U 800x1000, 6 belek nośnych, drzwi przód/tył preformacja 80%, RAL 9005, cokół szafy 800x1000x100, 2 maskownice pełne, 1 perforowana, 1 przepust szczotkowy, RAL 9005, firmy LEONI – w ilości 12 sztuk.

Zamawiający wskazał, że w ww. zakresie nie miał wątpliwości, co do treści oferty, albowiem oświadczenie Odwołującego skonkretyzowane w treści spisu zaoferowanych materiałów było jednoznaczne i niebudzące wątpliwości, w związku z czym nie podlegało procedurze wyjaśnień. Podane przez Odwołującego szafy są natomiast niezgodne z opisanymi w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający argumentował także, że działanie Odwołującego, który w spisie zaoferowanych materiałów ujął wszystkie oferowane szafy w jednej pozycji było celowe, co wyklucza przyjęcie omyłki po jego stronie. Niezależnie zatem od uznania zarzutów odwołań ozn. sygn. akt KIO 749/15 i KIO 751/15, w tym zarzutów Odwołującego w tym samym zakresie, co Infover Sp. z o.o. Sp. k., oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu ze względów wyżej opisanych. Zamawiający stwierdził, że w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należało zatem odrzucić ofertę Odwołującego, albowiem w jego ofercie występowała niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 757/15 złożyli następujący wykonawcy: 1) Infover Sp. z o.o. Sp. k., ul. Zagnańska 61, 25-528 Kielce; 2) Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa; 3) wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centerit Sp. z o.o., ul. Towarowa 22, 25-616 Kielce, Centrum Systemów Komputerowych ZETO S.A., ul. Śniadeckich 31, 25-366 Kielce. Przystępujący Infover Sp. z o.o. Sp. k. nie stawił się na posiedzeniu i rozprawie, będąc skutecznie i prawidłowo zawiadomionym o wyznaczonym terminie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w sprawie odwołania o sygn. akt KIO 757/15, w charakterze uczestników. Obecni w toku postępowania odwoławczego Przystępujący, stosownie do stanowiska Zamawiającego, wnieśli o oddalenie odwołania.

W toku rozprawy strony i uczestnicy postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja sieci teleinformatycznej w budynkach C-1 i B Świętokrzyskiego Urzędu Wojewódzkiego w Kielcach i obejmuje w szczególności:
1) demontaż istniejącej instalacji elektrycznej do zasilania komputerów,
2) demontaż istniejącego okablowania strukturalnego,
3) montaż wewnętrznych linii zasilających,
4) montaż tablic zasilania gwarantowanego,
5) montaż tablic komputerowych,
6) wykonanie instalacji zasilania gwarantowanego,
7) wykonanie instalacji zasilania dedykowanego 230V,
8) montaż szaf sieci strukturalnej,
9) wykonanie instalacji okablowania światłowodowego,
10) wykonanie instalacji okablowania telefonicznego,
11) wykonanie instalacji okablowania strukturalnego,
12) montaż korytek kablowych w przestrzeni międzystropowej,
13) montaż dzielonych kanałów instalacyjnych,
14) montaż gniazd 230V DATA,
15) montaż gniazd RJ45,
16) doprowadzenie do budynku A do CPD kabli światłowodowych i wieloparowych do

pomieszczeń centrali telefonicznej wraz z dedykowanymi trasami kablowymi oraz pionami i przebiciami,

17) montaż drzwi p. poż. EI-30 w dwóch pomieszczeniach PPD w budynku C-1.

Przedmiot zamówienia został szczegółowo określony w Projekcie wykonawczym – załącznik nr 1 do SIWZ. Uzupełnieniem opisu przedmiotu zamówienia jest Przedmiar robót – załącznik nr 2 do SIWZ oraz Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – załącznik nr 3 do SIWZ. W załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający określił wymagania dla szaf CPD oraz PPD (z wyjątkiem PPD 1 w budynku B) oraz szafy PPD 1 w budynku B. W pkt 1.12.17 – Wymagania dla szaf CPD oraz PPD (z wyjątkiem PPD 1 w budynku B), Zamawiający zawarł następujące wymagania:

Wysokość 42U, szerokość 800mm oraz głębokość 1000 mm; −

− Sześć pionowych profili / słupów montażowych o rozstawie 19”;

Drzwi przednie jednoskrzydłowe z szybą i perforowane po bokach z możliwością − montażu prawo- i lewostronnego, z zamkiem i klamką;

boczne i tylna zdejmowane; − Ściany

Perforacja u dołu szafy na wszystkich − ścianach;

4 „belki poziome” mocowane do zewnętrznego stelaża szafy po 2 z każdej strony − przeznaczone do mocowania kabli skrętkowych, z możliwością instalacji dodatkowych belek;

Wszystkie elementy rozłączne tj. drzwi, ściany boczne itd. mają posiadać linki − uziemiające;

W dachu i podstawie otwory pod zainstalowanie paneli wentylacyjnych/zaślepek z − włókniną oraz otwory umożliwiające wprowadzenie kabli liniowych od góry;

Dół szafy wypełniony panelami zaślepiającymi otwory do wprowadzenia kabli od dołu; −

Otwór o wysokości min. 3U i szerokości min 450mm znajdujące się w dolnej części − tylnej ściany szafy;

Szafa ma posiadać nóżki regulowane lub możliwość zastosowania kół jezdnych −

Szafa musi być wypoziomowana. −

W pkt 1.12.18 – Wymagania dla szafy PPD 1 w budynku B – Zamawiający wskazał:

Wysokość 42U, szerokość 800mm oraz głębokość 800 mm; −

Cztery pionowe profile / słupy montażowe o rozstawie 19”; −

− Drzwi przednie jednoskrzydłowe z szybą i perforowane po bokach z możliwością montażu prawo- i lewostronnego, z zamkiem i klamką;

Ściany boczne i tylna zdejmowane; −

Perforacja u dołu szafy na wszystkich − ścianach;

4 „belki poziome” mocowane do zewnętrznego stelaża szafy po 2 z każdej strony − przeznaczone do mocowania kabli skrętkowych, z możliwością instalacji dodatkowych belek;

Wszystkie elementy rozłączne tj. drzwi, ściany boczne itd. mają posiadać linki − uziemiające;

W dachu i podstawie otwory pod zainstalowanie paneli wentylacyjnych/zaślepek z − włókniną oraz otwory umożliwiające wprowadzenie kabli liniowych od góry;

Dół szafy wypełniony panelami zaślepiającymi otwory do wprowadzenia kabli od dołu; −

Otwór o wysokości min. 3U i szerokości min 450mm znajdujące się w dolnej części − tylnej ściany szafy;

Szafa ma posiadać nóżki regulowane lub możliwość zastosowania kół jezdnych; −

Szafa musi być wypoziomowana. −

W Specyfikacji Technicznej Zamawiający określił, że parametry techniczne materiałów i wyrobów powinny być zgodne z wymaganiami podanymi w projekcie i powinny odpowiadać wymaganiom obowiązujących norm państwowych (PN) oraz przepisom dotyczącym instalacji okablowania strukturalnego. W pkt 2.1. Zamawiający podał materiały podstawowe (przykładowe) – zgodnie z dokumentacją projektową, wskazując m.in. szafa 42U 800x1000, 6 belek nośnych, drzwi przód/tył perforacja 80%, RAL9005; cokół szafy 800x1000x100, 2 maskownice pełne, 1 perforowana, 1 przepust szczotkowy, RAL9005; szafa 42U 800x800,

drzwi przód/tył perforacja 80%, RAL9005; cokół szafy 800x800x100, 2 maskownice pełne, 1 perforowana, 1 przepust szczotkowy, RAL9005. W pkt 5.3. – Budowa punktów dystrybucyjnych – Zamawiający wskazał, że elementy punktów dystrybucyjnych powinny być umieszczane w szafach dystrybucyjnych stanowiących zabezpieczenie pasywnych paneli krosowych, urządzeń aktywnych, kabli elastycznych oraz innego sprzętu instalowanego w stelażu 19. Z uwagi na łatwość późniejszego administrowania systemem zaleca się stosowanie szaf o szerokości 800 mm i głębokości 1000mm (wyjątkiem jest szafa o głębokości 800 w budynku B – ze względu na ograniczoną przestrzeń w wyznaczonym pomieszczeniu), co pozwala na wygospodarowanie miejsca na pionowe prowadzenie kabli elastycznych. Ma to znaczenie szczególnie w sytuacjach, kiedy wypełnienie szafy osprzętem pasywnym i aktywnym jest duże.

W Zestawieniu materiałowo-cenowym instalacji okablowania strukturalnego – Rewizja 1, Zamawiający, dla poszczególnych punktów dystrybucyjnych wskazał m.in. szafa 42U 800x1000, 6 belek nośnych, drzwi przod/tył perforacja 80%, przy czym w zestawieniu elementów w punkcie dystrybucyjnym PPD 1 – Budynek B, Zamawiający podał: szafa 42U 800x800, drzwi przod/tył perforacja 80%, RAL9005.

W Rozdziale XIII pkt 8 SIWZ, Zamawiający zastrzegł, że na potwierdzenie, iż oferowana robota odpowiada wymaganiom Zamawiającego do oferty należy załączyć: spis zaoferowanych materiałów w formie tabeli. Powyższy spis ma zawierać nazwę producenta, numer katalogowy producenta, nazwę produktu oraz zaplanowaną ilość oraz opis techniczny oferowanych materiałów potwierdzający zgodność z dokumentacją projektową – w celu zapewnienia możliwości weryfikacji wszystkich wymaganych parametrów technicznych oraz funkcji użytkowych.

W Rozdziale XIX SIWZ, Zamawiający wskazał, że cena oferty jest ceną ryczałtową brutto.

W Rozdziale XXI SIWZ, Zamawiający określił, że kryterium wyboru oferty jest najniższa cena (z wagą 80%) oraz termin realizacji zamówienia (z wagą 20%).

W załączniku nr 4 do SIWZ – Formularz ofertowy – Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty zamówienia, zgodnie z postanowieniami SIWZ, że wykonawca zapoznał się z treścią SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte, że wykonawca zapoznał się z Projektem umowy i zobowiązuje się, w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy zgodnej z ofertą, na warunkach określonych w SIWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W załączniku nr 12 do SIWZ – Umowa (projekt) – Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

W § 1 projektu umowy przewidziano, że przedmiot zamówienia został szczegółowo określony w Projekcie wykonawczym – załącznik nr 1 do SIWZ. Uzupełnieniem opisu przedmiotu zamówienia jest Przedmiar robót – załącznik nr 2 do SIWZ oraz Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – załącznik nr 3 do SIWZ. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z wszystkimi warunkami, które są niezbędne do wykonania przedmiotu umowy.

W § 3 projektu umowy przewidziano, że za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie w kwocie ryczałtowej. Określona kwota wynagrodzenia ryczałtowego stanowi zapłatę za całość robót w celu osiągnięcia oczekiwanego przez Zamawiającego rezultatu. Różnice pomiędzy przyjętymi przez wykonawcę w ofercie ilościami, cenami i przewidywanymi elementami, a faktycznymi ilościami, cenami i koniecznymi do wykonania elementami stanowią ryzyko wykonawcy i obciążają go w całości. Strony nie przewidują możliwości przekroczenia wartości umowy przez wykonawcę, co wynika z istoty zamówienia i związanym z tym ryzykiem wykonawcy.

Odwołujący złożył ofertę z ceną brutto 1.422.280,71 zł i terminem realizacji zamówienia: 93 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy. W załączonym do oferty spisie zaoferowanych materiałów – zestawieniu materiałowym do projektu wykonawczego, Odwołujący podał: szafa 42U, 800x1000, 6 belek nośnych, drzwi przód/tył perforacja 80%, RAL9005 – producent LEONI – wykonanie pod projekt – 12 szt.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2015 r., Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty – wykonawcy Comp S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto 2.602.482,93 zł. Zamawiający poinformował także o odrzuceniu oferty Odwołującego na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że w toku badania i oceny oferty stwierdził, że wykonawca załączył do oferty spis zaoferowanych materiałów w formie tabeli. W spisie tym zaoferowano łącznie 12 sztuk szaf 42U 800x1000

firmy LEONI. Podane przez wykonawcę wymiary zaoferowanych szaf są niezgodne z wymiarami szaf określonymi w dokumentacji projektowej, będącej załącznikiem nr 1 do SIWZ, tj. w zestawieniu materiałowo-cenowym instalacji okablowania strukturalnego. W dokumentacji projektowej Zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia m.in. dla budynku C-1 jest 11 sztuk szaf 42U o wymiarach 800x1000, zaś dla budynku B – 1 sztuka szafy 42U o wymiarze 800x800. Wykonawca w załączonym do oferty spisie wykazał, że oferuje 12 sztuk szaf 42U o wymiarach 800x1000, a zatem wykonawca nie oferuje szafy o wymiarze 800x800.

Zamawiający wskazał następnie, że zaoferowany przez wykonawcę kabel jest 6-włóknowy zamiast wymaganego 4-włóknowego opisanego w dokumentacji projektowej – Opisie technicznym (tabela nr 3) oraz w Zestawieniu materiałowo-cenowym instalacji okablowania strukturalnego.

Zamawiający stwierdził także, że wykonawca zaoferował Panel uniwersalny prosty VarioLine® DClink Module-Rack 19” 1RU (panel uniwersalny na 8 modułów uniwersalnych FO i Cu), natomiast Zamawiający wymagał panela uniwersalnego prostego na 4 moduły zastrzaskowe FO, bez płyty czołowej.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podał również, że wykonawca zaoferował Płytę uniwersalną czołową na 8 kaset/modułów, zaś Zamawiający wymagał płyty uniwersalnej na 4 moduły.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że **odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający wycofał się z oceny, co do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji z uwagi na zaoferowanie kabla 6-włóknowego, zamiast 4-włóknowego, zaoferowanie Panelu uniwersalnego prostego VarioLine® DClink Module-Rack 19” 1RU (panel uniwersalny na 8 modułów uniwersalnych FO i Cu), zamiast panelu uniwersalnego prostego na 4 moduły zatrzaskowe FO, bez płyty czołowej oraz z uwagi

na zaoferowanie Płyty uniwersalnej czołowej na 8 kaset/modułów, zamiast płyty uniwersalnej na 4 moduły. Zamawiający uwzględnił w tym zakresie zarzuty odwołania. Zamawiający, pomimo uznania wadliwości swojej decyzji, w zakresie w jakim została ona oparta na ww. podstawach faktycznych, wskazywał jednocześnie, że decyzja jest prawidłowa, gdyż znajduje oparcie w ostatniej podstawie faktycznej przytoczonej w jej uzasadnieniu, a dotyczącej kwestii szaf. Zamawiający argumentował, że kwestią kluczową jest pojęcie treści oferty oraz to, że wykonawca nie zaoferował szafy o wymiarach 800x800.

W konsekwencji stanowiska Zamawiającego za potwierdzone należało uznać zarzuty odwołania dotyczące braku podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ z uwagi na zaoferowanie dopuszczalnych rozwiązań równoważnych, o cechach, parametrach technicznych i użytkowych na tym samym poziomie lub nawet wyższym, niż te wskazane w treści specyfikacji. Zamawiający, czyniąc powyższe okoliczności podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, dopuścił się wskazanych w odwołaniu naruszeń art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 30 ust. 5 Pzp.

W ocenie Izby również ostatnia okoliczność, na podstawie której Zamawiający oparł

swoją decyzję, nie stanowiła podstawy do uznania oferty za niezgodną z treścią SIWZ, a w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy niezgodność w zakresie szaf bezspornie zaistniała, jednak była to omyłka, do której winien znaleźć zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W myśl tego ostatniego przepisu Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest więc możliwe dopiero w sytuacji, gdy brak jest podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Sam fakt niezgodności oferty z treścią specyfikacji, o ile niezgodność ta kwalifikuje się do uznania za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie stanowi podstawy do zdyskwalifikowania oferty wykonawcy.

Rozstrzygając niniejszą sprawę Izba miała na uwadze okoliczności podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. W spornym zakresie, tj. dotyczącym niezgodności z SIWZ zaoferowanych szaf, Zamawiający podał, że wymiary zaoferowanych szaf są niezgodne z wymiarami szaf określonym w SIWZ oraz, że skoro Odwołujący zaoferował 12 sztuk szaf 42U o wymiarach 800x1000, to tym samym nie oferuje szafy o wymiarze 800x800. Podstawą uznania niezgodności oferty z treścią SIWZ, Zamawiający uczynił więc kwestie dotyczące wymiarów szafy oraz tego, że zgodnie ze specyfikacją należało zaoferował 11 sztuk szafy o wymiarach 800x1000 oraz 1 sztukę szafy o wymiarach 800x800 – a więc kwestie dotyczące ilości wymaganych szaf, a w konsekwencji

braku zaoferowania szafy o wymiarze 800x800. Kwestie odnoszące się do innych wymogów specyfikacji, w tym okoliczności dotyczące producenta zaoferowanych szaf, istnienia w ofercie tego producenta tego rodzaju szafy, czy okoliczności dotyczące kształtu pomieszczania, do którego została przewidziana szafa 42U 800x800, jako nie podane w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego, nie mogły stanowić przedmiotu rozważań i rozstrzygnięcia Izby. Izba nie mogła orzekać poza granicami sprawy, wyznaczonymi podstawami podanymi przez Zamawiającego w treści swojej decyzji oraz skorelowanymi z tymi podstawami zarzutami odwołania. Z tych też względów Izba oddaliła wniosek dowodowy Zamawiającego złożony na okoliczność kształtu pomieszczenia oraz w istocie dla wykazania, że szafa o wymiarach 800x1000 nie mogłaby zostać w tym pomieszczeniu ustawiona i nie mogłaby być wykorzystywana zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Odwołujący w tej sprawie nie podnosił twierdzeń, że dla tego pomieszczenia można było zaoferować szafę o wymiarach 800x1000, ani nie wskazywał, by takie rozwiązanie należało uznać za zgodne z treścią SIWZ oraz, by stanowiło ono element jego oferty. Istotną odwołania było to, że wykonawca, dla jednej szafy, przewidzianej przez Zamawiającego dla budynku B, nie podał, wskutek omyłki, wymiaru 800x800. Poza sprawą pozostawały także argumenty i twierdzenia Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Centerit Sp. z o.o., ul. Towarowa 22, 25-616 Kielce, 2) Centrum Systemów Komputerowych ZETO S.A., ul. Śniadeckich 31, 25-366 Kielce – dotyczące produktów firmy LEONI oraz braku w ofercie tej firmy szaf 42U o wymiarze 800x800. Z tożsamych względów Izba oddaliła również wniosek dowodowy Odwołującego z przesłuchania świadka na okoliczność tego, że szafa 42U 800x800 jest w ofercie podmiotu dystrybuującego. Podstawą odrzucenia oferty nie była ta kwestia, a Zamawiający nie badał dotychczas tych okoliczności, bynajmniej nie dał temu wyrazu w uzasadnieniu swojej decyzji z dnia 7 kwietnia 2015 r.

Odnosząc się do zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba w całości podzieliła stanowisko i argumentację podniesioną w treści odwołania.

W ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy, spełnione zostały przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w odniesieniu do braku wskazania jednej szafy o prawidłowych wymiarach. Zamawiający winien był poprawić zaistniałą omyłkę i wykorzystać wprowadzony przez ustawodawcę instrument konwalidowania oferty, o którym mowa w ww. przepisie.

Przede wszystkim, Izba nie uznała, by podanie 12 szaf o wymiarach 800x1000, zamiast 11 szaf o wymiarach 800x1000 i 1 szafy o wymiarach 800x800, wynikało z celowego działania wykonawcy oraz, by wolą wykonawcy i treścią jego oferty było zaoferowanie tylko szaf o wymiarze 800x1000, w ilości przekraczającej (o 1 sztukę) potrzeby Zamawiającego, a tym

samym, że wykonawca świadomie nie oferował 1 szafy o wymiarze 800x800. Trudno uznać, m.in. w świetle zasad logicznego rozumowania, by wykonawca celowo nie chciał zaoferować

1 szafy o wymiarze 800x800, a jednocześnie chciał zaoferować tylko szafy o wymiarach 800x1000 w ilości przekraczającej ilość podaną przez Zamawiającego. Uznanie takiego stanowiska nakazywałoby przyjęcie, że wykonawca specjalnie sporządzałby ofertę w sposób niezgodny z treścią specyfikacji. Doświadczenie życiowe, jak również sam fakt ubiegania się o udzielenie zamówienia, wskazuje, że celem i istotą działania wykonawcy jest to, by zaoferować przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający treści specyfikacji, a nie w sposób z nią sprzeczny. Zamawiający nie miał podstaw do przypisywania wykonawcy umyślności, skoro nawet nie umożliwił wykonawcy udzielenia wyjaśnień, nie zapytał przykładowo, czy wykonawca oferuje wyłącznie szafy o wymiarach 800x1000 w ilości 12 sztuk, zwłaszcza gdy Zamawiający wymagał szaf o tych wymiarach w ilości 11 sztuk. Łączna ilość szaf wskazana w ofercie odpowiadała sumarycznej ilości szaf wymaganych przez Zamawiającego. Dawało to podstawy do powzięcia i wyjaśnienia wątpliwości, czy zaoferowanie nadmiernej ilości szaf o większych wymiarach, bez wyodrębnienia, w ramach sumarycznej ilości odpowiadającej potrzebom Zamawiającego, 1 szafy o wymiarach mniejszych, nie stanowi omyłki wykonawcy. Powyższe było zdaniem Izby uzasadnione również tym, że w spisie materiałów, przy pozycji dotyczącej szaf, wykonawca zawarł adnotację „wykonanie pod projekt". Zamawiający miał podstawy, by wyjaśnić, co oznacza powyższa adnotacja, zwłaszcza, że w toku rozprawy Zamawiający wskazał, że może to być interpretowane w różny sposób. Nie można więc było, w ocenie Izby, wykluczyć takiej interpretacji, że „wykonanie pod projekt" mogło zostać utożsamione przez wykonawcę z wolą wskazania i zapewnienia Zamawiającego, że również szafa dla budynku B zostanie wykonana pod projekt Zamawiającego, w którym podane zostały wymiary 800x800. Co prawda, Zamawiający nie sporządzał projektu szafy, ale w dokumentacji projektowej wymiary szaf były wskazane, ponadto Zamawiający szczegółowo opisał elementy szafy, w tym sposób montażu i ustawienia.

Zdaniem Izby, Zamawiający z jednej strony przypisał nadmierną wagę okoliczności podania szaf w jednej pozycji spisu, a z drugiej, pominął przy swojej ocenie oświadczenia składane przez wykonawcę w treści oferty, a dotyczące oferowania przedmiotu zamówienia i wykonania zamówienia w całości zgodnie z wymogami specyfikacji, w tym oświadczenia dotyczące akceptacji projektu umowy. Zamawiający nie narzucił wykonawcom formy sporządzenia zestawienia. Argument, że dokumentacja Zamawiającego była w tym zakresie obszerna, zaś zestawienie Odwołującego jedynie dwustronicowe nie mógł mieć znaczenia. Istotna jest zawartość merytoryczna zestawienia, a nie to, czy poszczególne elementy zostały przedstawione w takim samym szczegółowym rozbiciu, jak uczynił to Zamawiający w treści specyfikacji. Oczywiście oświadczenia składane w formularzu oferty samodzielnie nie mogą przesądzać o wyniku badań oferty wykonawcy, jednak nie powinno to oznaczać, że nie mają one żadnego znaczenia, w tym znaczenia prawnego. Ocena tych oświadczeń, skoro były

wymagane przez Zamawiającego, musi być brana pod uwagę, jako jedna z okoliczności w ramach badania rzeczywistej treści oświadczenia woli wykonawcy. W tym przypadku przedmiotowa okoliczność stanowiła dodatkowy argument za odmową uznania twierdzeń Zamawiającego dotyczących umyślności wykonawcy w zakresie podania jedynie 12 szaf o wymiarach 800x1000. Gdyby uznać, jako zasadę, że fragmentaryczna niezgodność oferowanego przedmiotu z wymogami specyfikacji jest wynikiem umyślnego działania wykonawcy, to instytucja poprawienia omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zawsze byłaby instytucją iluzoryczną i martwą.

W ocenie Izby w tej sprawie należało w konsekwencji przyjąć, że celem i wolą Odwołującego było zaoferowanie wymaganej ilości szaf, zgodnie z ich wymiarami określonymi w treści specyfikacji. Wskutek błędu, z łącznej ilości wymaganych szaf, nie została wyodrębniona jedna szafa o wymiarach 800x800. Zdaniem Izby doszło w tej sytuacji do omyłki, która skutkowała niezgodnością oferty z treścią SIWZ, a tym samym została spełniona podstawowa przesłanka otwierająca potrzebę rozważenia zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3

Pzp.

Zdaniem Izby, poprawienie zaistniałej omyłki mogło zostać dokonane samodzielnie przez Zamawiającego, jak również dokonanie jej poprawienia nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Możliwość samodzielnego poprawienia wynikała, w ocenie Izby, z faktu, że sprzeczność oferty z treścią specyfikacji została skoncentrowana na wymiarze szafy. Zamawiający na podstawie treści oferty wiedział, że wykonawca oferuje tyle szaf ile potrzebuje Zamawiający, przy czym w sumarycznej ilości nie została wyodrębniona 1 szafa o wymiarach 800x800. Zamawiający mógł więc samodzielnie dokonać poprawki w ten sposób, że sumaryczną ilość 12 szaf poprawiłby na 11 szaf o wymiarach 800x1000 i 1 szafę o wymiarach 800x800. Analiza obszerności i złożoności przedmiotu zamówienia pozwalała także na wniosek, że jedna szafa o wymiarach 800x800 stanowi jedynie drobny element całości. Poprawienie tego drobnego wycinka oferty, zwłaszcza gdy sumaryczna ilość wymaganych szaf została podana, a więc gdy wolą wykonawcy było to, by zaoferować Zamawiającemu taką ilość szaf, jaką Zamawiający potrzebuje, nie doprowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty. Za przekonujące Izba uznała także argumenty Odwołującego dotyczące wartości jednej szafy oraz odnoszące się do faktu, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu zostało określone, jako ryczałtowe, a więc zmiana tego drobnego elementu oferty nie mogła w żaden sposób wpłynąć na cenę oferty, zwłaszcza w kontekście postanowień projektu umowy stwierdzających, że określona kwota wynagrodzenia ryczałtowego stanowi zapłatę za całość robót w celu osiągnięcia oczekiwanego przez Zamawiającego rezultatu, a różnice pomiędzy przyjętymi przez wykonawcę w ofercie ilościami, cenami i przewidywanymi elementami, a faktycznymi ilościami, cenami i koniecznymi do wykonania elementami stanowią ryzyko wykonawcy i obciążają go w całości.

Należy następnie wskazać, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ustawy nowelizującej - ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058): "W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami."

W stanie faktycznym niniejszej sprawy poprawienie oferty w zakresie zaoferowania 1 szafy o wymiarach 800x800 nie prowadziłoby do zniekształcenia woli wykonawcy, tym bardziej do zniekształcenia o charakterze znacznym. W ocenie Izby, właśnie dla sytuacji takich, jak ta zaistniała w tym postępowaniu, gdzie wykonawca błędnie podał 12 sztuk szaf, zamiast 11 sztuk o wymiarach 800x1000 i jednej o wymiarach 800x800, został wprowadzony art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie dochodzi tu do faworyzowania wykonawcy popełniającego błędy – na marginesie należy wskazać, że Zamawiający w toku rozprawy z jednej strony argumentował na okoliczność umyślności, a z drugiej strony podnosił brak podstaw do tworzenia komfortowej sytuacji dla wykonawcy, który się myli i składa ofertę niezgodną ze specyfikacją, co bliższe

było, w ocenie Izby, zaistnieniu omyłki, a nie celowemu działaniu – ale do stosowania instrumentów przewidzianych przez ustawodawcę, gdyż sam fakt błędu i niezgodność ze specyfikacją – skoro ustawodawca dopuścił poprawienie omyłki – nie może automatycznie

dyskwalifikować wykonawcy lub świadczyć o jego nierzetelności czy o braku profesjonalizmu, jak również nie przesądza *a limine* o zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający nie odnosił się do kwestii cokołów do szaf. Jedynie informacyjnie można natomiast stwierdzić, że w sposób analogiczny zaistniały podstawy do poprawienia oferty także w tym zakresie.

Reasumując, w ocenie Izby, potwierdził się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji, wszystkie podstawy, które Zamawiający podał w piśmie z dnia 7 kwietnia 2015 r., na których oparł swoją ocenę, co do niezgodności oferty z treścią specyfikacji, należało uznać za błędne, a tym samym potwierdził się główny zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co skutkowało także uznaniem naruszenia normy zawartej w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Mając wszystko powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……