

Sygn. akt: KIO 1555/23

WYROK
z dnia 14 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2023 r. przez wykonawcę: **M.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Web-Profit M.K.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Tarnogórski,**

przy udziale: wykonawcy **NTT Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Zakręciu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy NTT Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Zakręciu;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Tarnogórski, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Powiatu Tarnogórskiego na rzecz odwołującego M.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Web-Profit M.K. kwotę 7 900 zł 69 gr (słownie: siedem tysięcy dziewięćset złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego związanych z wpisem od odwołania oraz dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1555/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Powiat Tarnogórski, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „Zakup oprogramowania i sprzętu komputerowego dla Starostwa Powiatowego w Tarnowskich Górach”, numer referencyjny postępowania: AZ.272.4.1.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27.04.2023 r., nr 2023/BZP 00194690. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

Pismem z dnia 25.05.2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę NTT Technology Sp. z o. o.

W dniu 30 maja 2023 roku wykonawca M.K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Web-Profit M.K., zwany dalej: „odwołującym”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. wyborze przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy NTT Technology Sp. z o. o., pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami SWZ;
2. zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty NTT Technology Sp. z o. o., pomimo jej niezgodności z treścią SWZ

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

a) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 pkt 29 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez

zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odrzucenia oferty NTT Technology Sp. z o. o., pomimo jej niezgodności z warunkami zamówienia, polegającej na zaoferowaniu urządzenia nie spełniającego minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia;

b) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej, podlegającej odrzuceniu oferty wykonawcy NTT Technology Sp. z o. o., podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez zamawiającego) w tej części zamówienia była oferta odwołującego;

c) art. 223 ust. 1 Pzp poprzez doprowadzenie do negocjacji treści oferty i niedozwolonej istotnej zmiany treści oferty wykonawcy NTT Technology Sp. z o. o.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości na okoliczności wskazane w odwołaniu,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone w toku postępowania, w tym ewentualnie na rozprawie,
4. nakazanie zamawiającemu:
 - 4.1. unieważnienia zaskarżonych czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, a także poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert,
 - 4.2. powtórzenia czynności badania ofert, a następnie
 - 4.3. odrzucenia oferty NTT Technology Sp. z o. o.,
 - 4.4. ponownego dokonania oceny ofert bez uwzględnienia odrzuconej oferty NTT Technology Sp. z o. o.,
 - 4.5. wyboru oferty nie podlegającej odrzuceniu;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika – jeżeli wystąpią, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ przedmiot zamówienia obejmował dostawę sprzętu komputerowego, dla którego określono minimalne parametry zamawianych urządzeń, w tym w pozycji 5 – mysz pionowa; opis wymagań: „bezczepowa, optyczna, ergonomiczna”. Tymczasem, wykonawca NTT Technology Sp. z o. o. w ofercie zaoferował mysz pionową producenta: Media-Tech Model: Vertic MT1122, która jest myszą przewodową i nie ma możliwości bezprzewodowego podłączenia.

W ocenie odwołującego oferta wykonawcy NTT Technology Sp. z o. o. winna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, gdyż zaoferowane przez niego urządzenie nie spełnia minimalnych wymogów określonych w treści dokumentów zamówienia. Odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty i wezwał wykonawcę NTT Technology Sp. z o. o. do wyjaśnień, czym doprowadził do niedozwolonej negocjacji treści złożonej oferty. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca NTT Technology Sp. z o. o. przesłał w dniu 22.05.2023 r. wyjaśnienia, w których wprost przyznał się do popełnionego błędu wyjaśniając, iż: „Wykonawca poprzez własne niedopatrzenie powielił błąd dystrybutora zaoferowanego sprzętu”. Ponadto wykonawca NTT Technology Sp. z o. o. potwierdził w swoich wyjaśnieniach swój błąd drugi raz, cyt.: „Jednakże na stronie producenta mysz o wskazanym kodzie jest myszą przewodową”. Odwołujący nadmienił przy tym, iż jedynie specyfikacja producenta sprzętu uwzględnia stan faktyczny i prawidłowe parametry sprzętu, których nie da się podważyć. Reasumując odwołujący stwierdził, że wykonawca NTT Technology Sp. z o. o. zaoferował sprzęt niezgodny z wymogami SWZ i opisu przedmiotu zamówienia, a następnie dodatkowo potwierdził, że popełnił błąd sugerując się informacjami ze strony dystrybutora oraz potwierdził, że specyfikacja producenta sprzętu również potwierdza popełniony błąd i niezgodność treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego, argumentacja wykonawcy NTT Technology Sp. z o. o., iż zaoferowanie sprzętu niezgodnego z treścią opisu przedmiotu zamówienia, należy potraktować jako inną omyłkę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty oraz, że jest to stanowisko wielokrotnie wyrażane w orzecznictwie KIO, jest celowym wprowadzaniem w błąd zamawiającego. Z kolei przyjęcie tej argumentacji przez zamawiającego, a także wybór oferty NTT Technology Sp. z o. o. jako spełniającej wymogi opisu przedmiotu zamówienia jest bezpodstawne. Odwołujący powołał się przy tym na przepisy art. 218 ust. 2 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 7 pkt 29 Pzp.

Odwołujący reasumując stwierdził, że oferta NTT Technology Sp. z o. o. narusza warunki zamówienia określone

w SWZ i załącznikach do SWZ, w szczególności w zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia załączniku nr 1 do SWZ – formularzu oferty, skutkiem czego podlegała odrzuceniu. Podkreślił też, że wybór oferty nastąpił w wyniku istotnej zmiany treści oferty po niedozwolonej negocjacji treści oferty, co jest niezgodne z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że z uwagi na to, że zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty i wybrał ją jako najkorzystniejszą, przez to naruszył wskazane przepisy Pzp.

Pismem z dnia 2.06.2023 r. wykonawca NTT Technology Sp. z o. o. z siedzibą w Zakręcie (dalej: „przystępujący” lub „NTT Technology”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 7.06.2023 r. zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W toku posiedzenia z udziałem stron oraz w toku rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie. Przystępujący, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, nie zgłosił się na wyznaczony termin.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest zakup i dostawa fabrycznie nowego sprzętu komputerowego i oprogramowania dla Starostwa Powiatowego w Tarnowskich Górach. W rozdziale I Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) pkt 4 ppkt 1) zamawiający wskazał:

„Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia, opis wymagań Zamawiającego w zakresie realizacji i odbioru określają:

1) opis przedmiotu zamówienia – znajdujący się w formularzu oferty – załącznik nr 1 do SWZ”.

W załączniku nr 1 do SWZ w formularzu oferty w pkt 3 zamawiający zamieścił tabelę dotyczącą zamawianego sprzętu komputerowego, w której zawarł opis wymagań. W pozycji 5 tabeli – mysz pionowa – w kolumnie „*opis wymagań*” wskazano: *„Bezprzewodowa, optyczna, ergonomiczna,”.*

Jednocześnie nad tabelą zamawiający zamieścił następującą informację:

„W kolumnie „Oferowana Nazwa, Producent, Szczegółowe dane techniczne, Model” należy wypisać wszystkie dane techniczne oraz model oferowanego sprzętu komputerowego.

W przypadku parametrów identycznych jak w kolumnie „opis wymagań” należy wpisać

w kolumnie „Oferowana Nazwa, Producent, Szczegółowe dane techniczne, Model” formułę:

„jak w kolumnie opis wymagań”.”

Wykonawca NTT Technology złożył formularz oferty, w którym w odniesieniu do pozycji 5 – mysz pionowa – w kolumnie: *„Oferowana Nazwa, Producent, Szczegółowe dane techniczne, Model”* wskazał:

„Nazwa: Mysz pionowa

Producent: Media-Tech

Model: Vertic MT1122]

jak w kolumnie opis wymagań”.

Pismem z dnia 17.05.2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę NTT Technology do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, w szczególności o wyjaśnienie czy oferowana „mysz pionowa Media-Tech Vertic MT1122]” jest bezprzewodowa?

W odpowiedzi z dnia 22 maja 2023 r. wykonawca NTT Technology wskazał m.in., że:

„ (...) oferta została przygotowana w oparciu o dane zawarte na stronie internetowej firmy Komputronik, który jest dystrybutorem producenta Media – Tech. Według tego opisu, myszka - kod producenta MT1122 jest myszką bezprzewodową i taka informacja została zamieszczona w ofercie. Poniżej przesyłam zrzut ze strony internetowej potwierdzającej, że mysz Media Tech Vertic MT1122 opisywana jest jako mysz posiadająca łączność bezprzewodową. Jednakże na stronie producenta, mysz o wskazanym kodzie, jest już myszką przewodową. Wykonawca tym samym powielił prawdopodobny błąd firmy Komputronik i zamiast prawidłowego kodu MT1123, jaki powinien znaleźć się w ofercie, przyjął nieprawidłowy kod MT1122 posilując się poniższą specyfikacją i zdjęciami. W związku z powyższymi wyjaśnieniami zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o poprawienie formularza oferty na podstawie przysługującego mu uprawnienia wynikającego z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z obowiązującym komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy, poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

1) po pierwsze, niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy

polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści.

2) po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Na pierwsze wskazuje fakt, że Wykonawca nie działał celowo, tylko poprzez własne niedopatrzenie powielił błąd dystrybutora zaoferowanego sprzętu i nieświadomie złożył oświadczenie woli o określonej treści wskazując mysz o kodzie MT1122, jako bezprzewodową, kiedy to prawidłowym kodem jest MT1123.

Na drugie wskazuje fakt, że do oferty została przyjęta prawidłowa wartość zaoferowanej myszki przez co poprawienie niezgodności nie spowoduje właściwie żadnych zmian w treści oferty.

W tym miejscu chciałabym nadmienić, że art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nadaje Zamawiającemu prawo poprawienia omyłek nieoczywistych, który to artykuł został wprowadzony właśnie w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek. Zapisy ustawy Pzp dopuszczają więc poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp.(...)

W przypadku ewentualnej realizacji zamówienia potwierdzam, że dostarczona mysz Media Tech Vertic spełniałaby wszystkie wymagania Zamawiającego w zakresie specyfikacji technicznej.”

Zamawiający pismem z dnia 25.05.2023 r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę NTT Technology.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody z dokumentów złożone przez strony, a także stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie należało uwzględnić.

Bezsporne pomiędzy stronami było to, że zamawiający zgodnie z SWZ wymagał dostarczenia myszy pionowej, która miała być myszą bezprzewodową. Bezsporne było także to, że wykonawca NTT Technology w pozycji 5 tabeli w formularzu oferty w odniesieniu do myszy pionowej zawarł następujący zapis: „Producent: Media-Tech Model: Vertic MT1122J” oraz to, że mysz producenta Media-Tech, model: Vertic MT1122, to mysz przewodowa.

Inne jednakże skutki wiązały obie strony z takim opisem pozycji 5 tabeli formularza oferty. Odwołujący wskazywał, że oferta wykonawcy NTT Technology Sp. z o. o. winna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, gdyż zaoferowane przez niego urządzenie nie spełnia minimalnych wymogów określonych w treści dokumentów zamówienia, a przez to, że zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty i wezwał wykonawcę NTT Technology do wyjaśnień, to doprowadził do niedozwolonej negocjacji treści złożonej oferty.

Z kolei zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zwracał uwagę na informację zawartą w formularzu oferty, zgodnie z którą: „W przypadku parametrów identycznych jak w kolumnie „opis wymagań” należy wpisać w kolumnie „Oferowana Nazwa, Producent, Szczegółowe dane techniczne, Model” formułę: „jak w kolumnie opis wymagań”. Zamawiający podkreślił, że wykonawca NTT Technology w odniesieniu do pozycji 5 formularza oferty, zawarł sformułowanie: „jak w kolumnie opis wymagań”, co oznacza, że wykonawca ten zaoferował mysz pionową o parametrach identycznych jak w kolumnie opis wymagań, a więc mysz bezprzewodową, optyczną i ergonomiczną i według zamawiającego na takim sformułowaniu mógłby składający ofertę poprzestać. Zamawiający wskazał też, że jako model zaoferowanej myszy wykonawca NTT Technology podał „Vertic MT1122J”, a w ofercie producenta ten model występuje jako mysz przewodowa. Natomiast jako mysz bezprzewodowa występuje inny model, różniący się o jeden wyższą cyfrą w ww. czterocyfrowym oznaczeniu - Vertic MT1123, co wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo omyłki i brak celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Dlatego też zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Zamawiający przywołał wyjaśnienia wykonawcy i dodał, że wykonawca potwierdził w złożonych wyjaśnieniach, że w przypadku realizacji zamówienia dostarczona mysz spełniałaby wszystkie wymagania zamawiającego, czym dowiódł, że zaoferował mysz pionową bezprzewodową. Na rozprawie zamawiający przedstawił podobną argumentację, a ponadto zwrócił uwagę na znak specjalny przy oznaczeniu modelu myszy, co w jego ocenie dodatkowo uprawdopodobniało fakt zaistnienia omyłki wykonawcy w tym zakresie.

Przystępujący ze względu na nieobecność na rozprawie nie przedstawił swojego stanowiska. Nie składał także stanowiska na piśmie.

W ocenie Izby zarzuty odwołującego potwierdziły się. Izba w tym zakresie podziela stanowisko odwołującego i uznaje, że oferta wykonawcy NTT Technology Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie zaś do art. 7 pkt 29 Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z warunkami zamówienia opisanymi w załączniku nr 1 do SWZ - formularzu oferty - w tabeli dotyczącej zamawianego sprzętu komputerowego w pozycji 5 - mysz pionowa, zamawiający zawarł następujący opis wymagań: „*Bezprzewodowa, optyczna, ergonomiczna*”.

Wykonawca NTT Technology w kolumnie „Oferowana Nazwa, Producent, Szczegółowe dane techniczne, Model” w pozycji 5 wskazał: „*Nazwa: Mysz pionowa Producent: Media-Tech Model: Vertic MT1122] ,jak w kolumnie opis wymagań*”.

Nie ulega wątpliwości, że model Vertic MT 1122 to mysz przewodowa. Zwrócił również na to uwagę zamawiający w toku postępowania i wezwał wykonawcę do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w tym zakresie, tj. „*czy oferowana mysz pionowa Media -Tech Vertic MT 1122 jest bezprzewodowa?*”. Wykonawca udzielił wyjaśnień, że oferta została przygotowana w oparciu o dane zawarte na stronie internetowej firmy Komputronik, który jest dystrybutorem producenta Media-Tech i według tego opisu mysz MT1122 jest myszą bezprzewodową i taki zapis zamieścił w ofercie. Natomiast z informacji zamieszczonych na stronie producenta wynika, że ta mysz jest myszą przewodową. Wykonawca powielił błąd firmy Komputronik i przyjął nieprawidłowy kod MT1122 zamiast prawidłowego MT1123. W związku z powyższym zwrócił się do zamawiającego o poprawienie formularza oferty na podstawie 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby treść oferty wykonawcy NTT Technology jest niezgodna z warunkami zamówienia i oferta ta podlega odrzuceniu. Niewątpliwie oferowany model myszy MT1122 to mysz przewodowa, co przyznał sam wykonawca. Nie ma tu do czynienia z oczywistą omyłką pisarską, czy inną omyłką, polegającą na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

Przede wszystkim należy wskazać, że z wyjaśnień samego wykonawcy wynika, że jego intencją – przy składaniu oferty - było zaoferowanie myszy pionowej producenta Media-Tech model MT1122. Wprawdzie wykonawca NTT Technology podnosił w swoich wyjaśnieniach, że działał on w błędzie wynikającym z przyjęcia, a następnie powielenia, informacji znajdujących się na stronie firmy Komputronik – dystrybutora oferowanego urządzenia - odnośnie parametrów tej myszy, to jednak, co należy podkreślić, jego celem było zaoferowanie właśnie tego modelu i te wyjaśnienia to potwierdzają. Wykonawca był przekonany, że jest to mysz bezprzewodowa i prawdopodobnie taką też mysz pionową chciał zaoferować. Tym samym wykonawca NTT Technology zaoferował konkretny model myszy pionowej, który nie spełnia wymagań zamawiającego. Należy podkreślić, że składając ofertę i znając wymagania zamawiającego, wykonawca winien był z należytą starannością zweryfikować parametry oferowanego sprzętu. Tym bardziej, że jak wykonawca sam wskazał w swoich wyjaśnieniach, na oficjalnej stronie producenta były informacje zgodne ze stanem rzeczywistym, tj. opisujące model MT1122 jako mysz przewodową.

Przyjęcie, iż wykonawca NTT Technology w istocie chciał zaoferować model MT 1123, który jest całkowicie innym produktem, o innych właściwościach (jest myszą bezprzewodową), prowadziłoby do zmiany treści oferty. Tymczasem wykonawca wnosił o poprawienie formularza oferty na podstawie przysługującego zamawiającemu uprawnienia wynikającego z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ze stanowiska zamawiającego przedstawionego na rozprawie wynika, że przyjął on wyjaśnienia wykonawcy NTT Technology w tym zakresie, ale nie dokonał poprawienia w ofercie innej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3. Wyjaśnił, że nie jest dla niego ważny model jaki wykonawca zaoferował, ale to, że potwierdził, że zaoferował mysz bezprzewodową. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić z kilku względów.

Po pierwsze nie jest tak jak twierdzi zamawiający, że wykonawca mógł nie podać producenta i modelu oferowanych urządzeń, a wystarczyło jedynie powołać się na formułę: „*jak w kolumnie opis wymagań*”. Z informacji zamieszczonej powyżej tabeli w formularzu oferty bezpośrednio wynikało, że wykonawca jest obowiązany podać wszystkie dane techniczne oraz model oferowanego sprzętu komputerowego. Natomiast formuła „*jak w kolumnie opis wymagań*” – odnosiła się tylko do wymagań technicznych zawartych w kolumnie „*opis wymagań*”, gdy dane techniczne oferowanego sprzętu były tożsame z opisem tam zawartym. Tym samym, wykonawca w kolumnie: „*Oferowana Nazwa,*

Producent, Szczegółowe dane techniczne, Model"był zobowiązany do podania tak producenta, jak i modelu oferowanego sprzętu komputerowego.

Po drugie, nawet jeśli nie byłoby takiego wymogu, wynikającego z SWZ, to zamawiający, w sytuacji, w której podany zostałby model urządzenia niespełniający warunków zamówienia, to nie mógłby bezkrytycznie zaakceptować takiej oferty.

Po trzecie, sam wykonawca przyznał, że doszło do innej omyłki w jego ofercie i wnosił o jej poprawienie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wezwanie wykonawcy NTT Technology do wyjaśnień treści oferty i następnie ich przyjęcie potwierdza też zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Należy podkreślić, że zamawiający nie powinien przyjąć bezkrytycznie wyjaśnień wykonawcy NTT Technology i dokonać wyboru jego oferty. Zamawiający nie mógł poprzestać na oświadczeniu wykonawcy, iż dostarczona mysz Media-Tech Vertic spełniałaby wszystkie wymagania zamawiającego w zakresie specyfikacji technicznej, gdy treść oferty temu przeczy. Z drugiej zaś strony, jak już wcześniej wskazano, nie ma podstaw do uznania, że w treści oferty nastąpiła oczywista omyłka pisarska, czy inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Modele myszy pionowej MT1122 i MT1123, to dwa różne modele o odmiennych parametrach technicznych. Ewentualny błąd na stronach dystrybutora sprzętu komputerowego nie tłumaczy w żaden sposób wykonawcy. Ponadto, jak wyjaśniał odwołujący (czemu nie zaprzeczył zamawiający), wedle danych znajdujących się na stronie producenta Media-Tech, firma Komputronik nie jest nawet oficjalnym dystrybutorem tegoż producenta. Z kolei, jak już wcześniej wskazano, na stronie oficjalnej producenta sprzętu, znajdował się prawidłowy opis myszy MT1122. Zamawiający mimo, że jak twierdzi, nie dokonał poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy NTT Technology na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jednak przyjął wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie, który powoływał się na inną omyłkę i oświadczył, iż w ofercie powinien znaleźć się prawidłowy kod MT1123. W konsekwencji należy uznać, że doszło do naruszenia także art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez doprowadzenie do negocjacji treści oferty i niedozwolonej istotnej zmiany treści oferty wykonawcy NTT Technology. Nie można też uznać, o co wnosił wykonawca NTT Technology, że poprawienie innej omyłki byłoby zgodnie z dyspozycją art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W istocie bowiem nie była to omyłka wykonawcy, lecz firmy Komputronik, a wykonawca NTT Technology świadomie oferował konkretny model myszy Media-Tech MT1122, choć pozostając w błędnym przekonaniu, że jest to mysz bezprzewodowa. Nie można się też zgodzić, że poprawienie niezgodności nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty, albowiem w istocie prowadziłyby do zaoferowania innego modelu myszy o odmiennych parametrach, w tym w zakresie parametru opisanego i wymaganego w SWZ. Nie do przyjęcia jest też argumentacja zamawiającego, że oznaczenie modelu jest bez znaczenia, gdyż istotne jest tylko to, że wykonawca zawarł sformułowanie: *„jak w kolumnie opis wymagań”*, czym potwierdził, że oferowany sprzęt spełnia wymagania zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się jedynie zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Przepis ten dotyczy bowiem bezpośrednio kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego, a w tym zakresie nie było podnoszonych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby ten zarzut. Izba uznała, że zarzut ten był podnoszony, jedynie jako zarzut wynikowy, w konsekwencji podniesienia pozostałych zarzutów odwołania, dlatego też uwzględniła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp i w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) i obciążyła kosztami postępowania zamawiającego, zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego związane z uiszczonym wpisem od odwołania oraz dojazdem na rozprawę.

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2. Zgodnie zaś z § 5 pkt 1 i 2 do kosztów postępowania odwoławczego

zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w tym koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: