Sygn. akt: KIO 1709/13

WYROK
z dnia 25 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2013 r. przez **odwołującego – Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom,**
przy udziale **wykonawcy - CA Consulting S.A., al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od zamawiającego: Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom na rzecz odwołującego: Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa kwotę 16 800 zł 00 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 **Radomiu.**

Przewodniczący: ……

KIO 1709/13

UZASADNIENIE

Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom, zwane dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Rozbudowa systemu do wirtualizacji serwerów w zakresie sprzętu i oprogramowania informatycznego wraz z usługami towarzyszącymi".

Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp).

Pismem z dnia 3 lipca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie (00-807 Warszawa), przy Al. Jerozolimskie 9. Wykonawca ten pismem z dnia 12 lipca 2013 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. **Art. 89 ust 1 pkt. 2 PZP** poprzez bezzasadne odrzucenie oferty
Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ, w przypadku w którym oferta jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ I
2. **Art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP** poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze
oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
3. **Art. 92 ust 1 pkt. 2 PZP** poprzez niedokładne i niegodne ze stanem
faktycznym uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty Odwołującego.
4. **Art. 91 ust 1 PZP** - poprzez niezgodne z Ustawa dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.
5. **Art. 87 ust 1 PZP** poprzez brak skierowania do Odwołującego wezwania
do wyjaśnień treści oferty w zakresie zarzutów stanowiących podstawę odrzucenia oferty odwołującego, pomimo wątpliwości Zamawiającego co do jej prawidłowości.
6. **Art. 87 ust 2 pkt. 3 PZP** poprzez nie poprawienie w ofercie
Odwołującego innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty Odwołującego polegających na:
a) nie wymienieniu wprost w poz. 5 l.p. 4 załącznika nr 2A, iż Odwołujący zaoferował szafę RACK 19
b) nie wymienieniu wprost w poz. 5 l.p. 5 załącznika nr 2A ilości kontrolerów

c) nie zawarcia wprost w opisie w poz. 5 l.p. 7 załącznika 2A opisu skalowalności w zakresie pamięci cache oraz informacji czy macierz posiada możliwość rozbudowy, do co najmniej 30 interfejsów FC
Mając na uwadze powyższe. wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. Unieważnienia czynności oceny oferty odwołującego,
4. Dokonania ponownej oceny ofert w tym oferty odwołującego w zakresie zgodności oferty Odwołującego z SIWZ
5. Wezwania odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 PZP w zakresie zarzutów stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującego
6. Poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp polegających na:
a) nie wymienieniu wprost w poz. 5 l.p. 4 załącznika nr 2A, iż odwołujący zaoferował szafę RACK 19
b) nie wymienieniu wprost w poz. 5 l.p. 5 załącznika nr 2A ilości kontrolerów
c) nie zawarcia wprost w opisie w poz. 5 l.p. 7 załącznika 2A opisu skalowalności w zakresie pamięci cache oraz informacji czy macierz posiada możliwość rozbudowy, do co najmniej 30 interfejsów FC

Odwołujący skonstruował odwołanie w ten sposób, że wskazane przez zamawiającego niezgodności treści oferty uznał za zarzuty odwołania. Dla przejrzystości opisu stanu faktycznego i możliwości jego odniesienia do treści odwołania Izba przyjmuje numeracje zarzutów przyjętą przez odwołującego tj wskazania określonych grup zarzutów.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego niespełnienia wg. zamawiającego wymogu dostarczenia macierzy w szafie stelażowej RACK 19. Wskazał, że wpisanie przez odwołującego w formularzu oferty poz. 5 pkt. 4 tabeli zwrotu, iż „obudowa jest dostosowana do zamontowania w szafie stelażowej 19", oznaczało jednoznaczne oświadczenie odwołującego, iż przedmiot zamówienia zostanie dostarczony w szafie RACK19”. Stwierdził, że twierdzenie zamawiającego o braku zaoferowania tejże szafy byłoby uzasadnione, jedynie w przypadku braku wypełnienia przez niego pkt, 4 tabeli co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Tym samym wnioskowanie zamawiającego jest zbyt daleko idące, tym bardziej, iż w powyższym zakresie zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 87 ust 1 Pzp wzywając odwołującego do wyjaśnień dotyczących zaoferowanego sprzętu, a nadto nie wywiązał sie z obowiązku wynikającego z art. 87 ust 2 pkt. 3 poprawiając ewentualna omyłkę nie powodująca istotnej zmiany w treści oferty Odwołującego na *treść jaką chciał aby była tam zawarta,* a jednocześnie była zgodna z zamierzeniem odwołującego.

Nadto zaznaczył, ze zgodnie z załącznikiem nr 2A do formularza ofertowego zamawiający wymagał jedynie wskazania parametrów technicznych jakie ma oferowany przez danego oferenta sprzęt. Ponadto gdyby nawet uznać, że szafa nie została wprost zaoferowana, to z uwagi na niską cenowo wartość szafy (ok. 2 tys. złotych) w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, jest to nieistotny błąd w treści oferty, który powinien być usunięty w trybie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu drugiego nie spełnienia wymagań minimalnych dla 1 szt. macierzy dyskowej pojemności min 70 TB RAW w zakresie braku informacji na temat kontrolerów odwołujący podniósł, że również w tym zakresie zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 87 ust 1 Pzp wzywając do wyjaśnień dotyczących zaoferowanego sprzętu, a nadto nie skorzystał z obowiązku wynikającego z art. 87 ust 2 pkt. 3 poprawiając ewentualną omyłkę nie powodująca istotnej zmiany w treści oferty Odwołującego *na treść jaką chciał* aby była tam zawarta, a jednocześnie była zgodna z poniższym zamierzeniem odwołującego.

Wskazał, że w tym zakresie zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawców (pyt. nr 4) dopuścił rozwiązanie polegające na „rozbudowie *macierzy poprzez dodawanie par kontrolerów do wspólnego klastra o ile nie wpłynie to negatywnie na wydajność macierzy".* Ponadto z uwagi na wymagania w Załączniku nr 1 do SIWZ – Szczegółowy opis wymagań minimalnych dla Sprzętu - Część I poz. 5, w wierszu Lp. 2, Pamięć podręczna - Minimalna wielkość zainstalowanej pamięci Cache min. 40GB. (...)" i faktu, iż jedna macierz IBM Storwize N/7000 ma 16GB Cache, aby uzyskać minimum wymagane - 40GB Cache odwołujący zaoferował 3 macierze i tym samym odwołujący skorzystał z prawa zaoferowania klastra i dodawania kontrolerów otrzymując sumarycznie 48GB CACHE.

Równocześnie dodał, że w poz. 5, l.p. 2 załącznika nr 2A do oferty zaoferował 48GB pamięci podręcznej CACHE, co oznacza w odniesieniu do pkt. I powyżej iż, zaoferowano 3 macierze, a nadto na kontroler, przypada 8 GB pamięci CACHE, każda macierz posiada po dwa kontrolery co wynika z karty katalogowej producenta. Biorąc to pod uwagę wskazał, że odwołujący zaoferował wymagane przez zamawiającego minimum dwa kontrolery, bowiem oferuje ich 6 z uwagi prawo do zaoferowania klastra i dodawanie kontrolerów.

W zakresie zarzutu trzeciego pierwszej grupy zarzutów dotyczącego braku opisu skalowalności w zakresie pamięci cache oraz informacji czy macierz posiada możliwość rozbudowy, do co naimniei 20 interfejsów FC (bez stosowania dodatkowych przełączników lub koncentratorów FC) podał iż również w tym zakresie zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 87 ust 1 Pzp wzywając do wyjaśnień dotyczących zaoferowanego sprzętu, a nadto nie wywiązał się z obowiązku wynikającego z art. 87 ust 2 pkt. 3 poprawiając ewentualną omyłkę nie powodująca istotnej zmiany w treści oferty.
Wskazał, że zamawiający zarzuca odwołującemu niezgodność opisu parametrów technicznych w zakresie możliwość rozbudowy pamięci Cache do min. 64 GB bez

konieczności wymiany kontrolerów macierzowych. (...) macierz musi posiadać możliwość rozbudowy, do co najmniej 20 interfejsów FC (bez stosowania dodatkowych przełączników lub koncentratorów FC). W tym zakresie dodał, że podobnie jak w zakresie pkt. 2 spełnienie wymagań wynika wprost z treści oferty odwołującego, a dokładnie rozwiązania przedstawionego w załączniku nr 2A do oferty odwołującego. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w ww. zakresie wskazał, że ewentualne nie zastosowanie w wymaganiach technicznych treści wymaganej przez zamawiającego może świadczyć o błędzie co do formy a nie treści tego formularza, bowiem załącznik nr 2A do oferty w formie załączonej do SIWZ, nie zawierał wypełnionych pól dotyczących parametrów technicznych, pozostawiając wykonawcom swobodę w kształtowaniu treści tego formularza.

Ponadto odwołujący podniósł zarzut naruszenie przez zamawiającego art. 92 ust 1 pkt. 2 Pzp poprzez nie dość dokładne określenie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego. W tym zakresie wskazał, że zamawiający wbrew obowiązkowi wskazanemu w art. 92 ust 1 pkt. 2 Pzp nie określił dokładnych przyczyn uzasadniających niezgodność zaoferowanych przez odwołującego produktów z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący tym samym nie potrafił w sposób pełny odgadnąć podstaw odrzucenia jego oferty i zasad jakimi kierował się zamawiający przy jej ocenie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego i bezzasadnego. W tym zakresie podał, że oferta Qumak S.A została odrzucona, po dokonaniu analizy dokumentów przedstawionych na potwierdzenie spełnienia

przez tego wykonawcę wymagań określonych w SIWZ. Zamawiający nie miał w toku badania ofert wątpliwości co do prawdziwości danych przedstawionych w ofertach.

Odnośnie zarzutu pierwszego dotyczącego braku zaoferowania w ofercie szafy stwierdził, że nie może się zgodzić iż zwrot w ofercie odwołującego że(…) *obudowa jest dostosowana do zamontowania w szafie stelażowej 19", oznacza jednoznaczne oświadczenie odwołującego iż przedmiot zamówienia zostanie dostarczony w szafie RACK19(…)".*
Wskazał, że użyty zwrot mówiący o dostosowaniu obudowy nie może być utożsamiany z wymogiem SIWZ mówiącym o potrzebie dostarczenia takiej obudowy -szafy. W tym zakresie zamawiający w sposób wyraźny postawił wymaganie w pkt 5 lp. 4 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia – iż *Macierz dyskowa musi zostać dostarczona w szafie stelażowej RACK19* i takiego elementu dostawy oczekiwał zgodnie z postawionymi warunkami w SIWZ. Stwierdził również, że wywodzenie jakoby tylko nie wypełnienie w tym miejscu tabeli oznaczało niedostarczenia szafy jest błędne. Możliwość dostosowania obudowy, a faktyczna dostawa szafy mają zupełnie inne znaczenie, zważywszy na to, że dostawa danego elementu wiąże się z dodatkowymi kosztami. Nadto Załącznik 2A nakładał na każdego wykonawcę obowiązek wypełnienia danych dot. min. parametrów technicznych, co pozwalałoby na jednoznaczne zweryfikowanie zaoferowanego sprzętu z wymaganiami

---

postawionymi w SIWZ dla poszczególnych elementów zamówienia.

W zakresie zarzutu drugiego i trzeciego dotyczącego odrzucenia oferty z powodu niezgodności treści oferty z SIWZ stwierdził, że w świetle treści Załącznika nr 1 do SIWZ tj. Szczegółowego opisu wymagań minimalnych dla sprzętu, zamawiający określił minima jakie wymaga dla zamawianego sprzętu, natomiast obowiązkiem wykonawcy było wskazanie dokładnych parametrów technicznych zaoferowanego sprzętu w Załączniku nr 2A Formularza ofertowego. Każdy z wykonawców mógł zaproponować sprzęt o wymaganiach minimalnych bądź wyższych i taką możliwość miał poprzez opisanie parametrów technicznych w w/w Załączniku nr 2A. b Zauważył, iż niejednokrotnie oferowany sprzęt popularnych firm jest dostosowywany poprzez odpowiednie modyfikacje techniczne, czy też konfigurowany na potrzeby konkretnego zamówienia tj. konkretnego opisu technicznego. Tak więc wywodzenie przez odwołującego jakoby sama wiedza na temat typu/producenta itd. oferowanego sprzętu powodowała to, że wykonawca nie musi przedstawiać parametrów technicznych, jest z gruntu błędna. Wywodzenie przez Odwołującego domniemania, iż poprzez zapis dot. zaoferowania 48 GB pamięci podręcznej Cache, zaproponował 6 kontrolerów i istnieje możliwość rozbudowy do co najmniej 20 interfejsów FC, jest niezasadne. Wykonawca w każdym z punktów dot. elementów danego sprzętu miał opisać parametry technicznego, a tego odwołujący nie uczynił. Wskazał także iż żądał tylko jednej macierzy. Natomiast odwołujący, jak wynika z treści odwołania, zaproponował aż 3 macierze - co podkreślił 2 krotnie w odwołaniu (str. 6 i 7 odwołania. Tak więc tym samym potwierdził, iż nadal nie spełnia wymagań SIWZ, a wyżej wymienione przez odwołującego parametry techniczne w uzasadnieniu odwołania (których w formularzu A2 obecnie brak) dawałyby kolejną podstawę do odrzucenia.

Zdaniem zamawiającego, nie wskazanie w specyfikacji technicznej ilości kontrolerów, opisu skalowalności oraz możliwości rozbudowy do co najmniej 20 interfejsów FC nie może być uznane za omyłkę, a tym bardziej za omyłkę podlegającą poprawieniu w myśl art. 87 ust. 2 ustawy, gdyż w trybie tym poprawić można jedynie oczywiste omyłki pisarskie, rachunkowe oraz inne omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.
Wskazał, że w rzeczywistości występują różne możliwości konfiguracji macierzy np. w zależności od podziału pamięci Cache, a ustalenie właściwego parametru kontrolera dla danego typu pamięci oraz weryfikacja prawdziwości danych w tym zakresie wymaga wiedzy specjalistycznej. Ponadto zamawiający wskazał że poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli pod względem merytorycznym ('jakościowym'). Nie podanie przez odwołującego ilością kontrolerów, opisu skalowalności czy możliwości rozbudowy interfejsów FC nie może być także uznane - w ocenie zamawiającego - za inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, gdyż parametr dot. ilości kontrolerów czy opis skalowalności

---

jest jednym z podstawowych elementów przesądzających o posiadaniu przez daną macierz

odpowiednich właściwości technicznych.

W zakresie zarzutu iż zamawiający nie podał podstaw odrzucenia oferty odwołującego stwierdził, że podał zarówno podstawy faktyczne jak również prawne odrzucenia oferty . Gdyby było tak jak twierdzi odwołujący to nie miałby on możliwości sformułowania zarzutów w niniejszym odwołaniu.

Przystępujący wykonawca CA Consulting S.A., al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa, w przystąpieniu poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie

Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Na wstępie rozpatrywania przedmiotowej sprawy podkreślić należy, że treścią SIWZ jest przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Natomiast treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie jest kwestia, czy niezgodności treści oferty z SIWZ zawsze muszą stanowić podstawę do odrzucenie oferty?, a ponadto czy ustalony sposób wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia w formie ceny ryczałtowej zwalnia chociażby po części wykonawcę od podawania w ofercie wszystkich szczegółów

dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia.

W tym zakresie nawiązując do zarzutów odwołania wskazać należy, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Nadto zgodnie z ugruntowana linia orzeczniczą zarówno sądów jak Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty oraz formularzu cenowym, lecz winien poddać ocenie również złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści SIWZ.

W zakresie obowiązku ustalenia rzeczywistej treści oferty zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiekolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawców.

Izba wskazuje, że zamawiający nie może nie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień zakładając z góry, że wyjaśnienia te nie wniosą nic nowego do sprawy, bądź będą prowadziły do istotnej zmiany treści oferty. Dopóki zamawiający nie otrzyma tych wyjaśnień nie może przesądzić o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Po otrzymaniu wyjaśnień

zamawiający powinien ponownie poddać ocenie daną ofertę, gdyż złożonymi wyjaśnieniami wykonawca jest związany na równi ze złożoną ofertą. Uzyskanie takich wyjaśnień jest niezbędne również z tego powodu iż w przypadku odrzucenia oferty ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek wskazanych w odrzuceniu spoczywa na zamawiającym (art. 190 ust. 1 p.z.p.). Tym samym tylko jednoznaczne wykazanie niezgodności treści oferty z SIWZ wraz z jednoznacznym wykazaniem braku możliwości dokonania poprawy treści oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 uprawnia i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia takiej oferty.

Natomiast odnośnie wpływu formy wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia ustalonego jako ryczałtowego na potrzebę wykazania iż treść oferty odpowiada treści specyfikacji wskazać należy, że wielu uczestników rynku zamówień publicznych uważa, że przy cenie ryczałtowej kwestia merytorycznej zgodności treści oferty z treścią SI WZ jest zasadniczo pozbawiona większego znaczenia, bowiem wykonawca i tak będzie zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia opisany w SIWZ za wskazaną w ofercie cenę ryczałtową, choćby z treści oferty wprost to nie wynikało.

Zdaniem Izby trudno w sposób jednoznaczny zgodzić się z prezentowana tezą. W tym zakresie podkreślenia wymaga, że z definicji ceny ryczałtowej jak i treści przepisu art. 632 § 1 kc wynika, że pojęcie ceny ryczałtowej dotyczy tylko samego wynagrodzenia wykonawcy, a dokładnie jego niezmienności. Przepis ten nie dotyczy natomiast kwestii zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia założenia, że w przypadku oferty z ceną ryczałtową przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania, gdyż nic takiego nie wynika z jego treści. Za nieprawidłowy uznać należy pogląd, że zobowiązanie się wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową powoduje, że wszelkie niezgodności pomiędzy treścią ofertą a treścią SIWZ powinny zostać pominięte.
Takie stanowisko nie tylko nie ma żadnego oparcia w powołanych powyżej przepisach, to nadto jest sprzeczne z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, który jasno stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Tym samym jeżeli wykonawca w swojej ofercie, niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiąże się do wykonania przedmiotu zamówienia inaczej niż to opisano w SIWZ, to w razie wyboru jego oferty wykonawca będzie zobowiązany wykonać zamówienie tak jak to wskazał w swojej ofercie, a nie tak jak tego oczekiwał zamawiający. Konkludując tą kwestie stwierdzić należy, że zamawiający w oparciu o treść oferty musi posiadać wiedzę, jaki wyrób z jakimi właściwościami i parametrami oferuje mu wybrany wykonawca, tak, aby na etapie odbioru zamówienia mógł wyegzekwować dostawę wyrobu, będącego przedmiotem zamówienia, opisanym przez niego w SIWZ.

Tym samy Izba stwierdza, ze odwołujący nie może skutecznie uzasadniać braków czy nieścisłości w treści oferty z treścią SIWZ powołując się na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, chociaż w sytuacji niezmienności ceny za wykonanie zamówienia, zamawiającemu zdecydowanie trudniej jest wykazać, że dokonana poprawa w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 prowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Dlatego też przedmiotem rozstrzygnięcia podniesionych zarzutów jest rozważenie czy w wyniku zastosowania przez zamawiającego przepisów art. 87 ust 1 i 2 ustawy Pzp przedmiotowa oferta nie będzie mogła być uznana za zgodna treścią SIWZ.

W przedmiotowej sprawie zamawiający odrzucając ofertę założył, że „stawianie *pytań odwołującemu zmierzałoby do modyfikacji tego, co odwołujący w ofercie zaoferował. W udzielanych odpowiedziach wykonawca dostosowywałby produkt do potrzeb zamawiającego, co byłoby próbą uzupełniania oferty, bądź modyfikacją oświadczeń w tym zakresie".* Takie stanowisko jest zdaniem Izby niezasadne, gdyż po pierwsze nie można z góry zakładać iż wyjaśnienia wykonawcy potwierdzą obawy zamawiającego w ww. zakresie, a po drugie wskazać należy, ze treść odpowiedzi zazwyczaj jest determinowana treścią pytań. Tym samym zamawiający winien był tak sformułować pytania aby uzyskać informacje

---

co do treści oferty, a nie zmierzać do prowadzenia dyskusji /negocjacji/ z odwołującym.

Wskazać należy ponadto iż z zasady każde wyjaśnienia wykonawcy wskazujące na potrzebę poprawy omyłki w ofercie prowadza do zmiany treści oferty. Ustawodawca dopuścił

możliwość takich zmianę pod warunkiem iż „ *nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty."* Ponadto należy zwrócić uwagę na istotny fakt, że powyższy przepis dotyczy poprawiania omyłek, które nie mają – jak w zakresie omyłek wymienionych w pkt 1 i 2 ust.2 charakteru oczywistego i mogą odnosić się także do innych elementów oferty niż cena. Pojęcie „istotności" zmiany treści oferty, nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane ani w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ani też w żadnym innym przepisie ustawy. W związku z powyższym – zdaniem Izby -. o uznaniu czy dokonanie poprawy oferty w tym trybie spowoduje jej istotna zmianę decyduje zamawiający, ponadto pojęcie to należy interpretować, biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny danego postępowania.

Odnosząc się do podnoszonych zarzutów stwierdzić należy, że w zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego zaoferowania szafy RACK 19" niewątpliwe jest, że odwołujący nie wpisał wprost, iż oferuje szafę RACK 19, ale wskazał, że oferuje *obudowę dostosowaną do zamontowania w szafie stelażowej 19".* Wiadomym jest że w tej szafie ma być zamontowana macierz dyskową, która sama żadną obudową nie jest.

Zaznaczyć należy iż zasadą jest, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i składając w nim swoją ofertę chce uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom i oczekiwaniom stawianym przez zamawiającego, w tym przede wszystkim w zakresie oferowanego przedmiotu, tak by odpowiadał on treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Opierając się na tym założeniu oraz ww. treści oferty stwierdzić należy iż wskazana w ofercie odwołującego „obudowa" jest niewątpliwie zaoferowanym urządzeniem bądź jego namiastką w której ta macierz będzie zamontowana. Tym samym Izba uznaje, że w tych okolicznościach sprawy, brak jest podstawy do kwestionowania oświadczenia odwołującego – w tym i tego podanego w trakcie rozprawy iż *„„iż oferuje obudowę dostosowaną do zamontowania w szafie stelażowej 19". Faktycznie zabrakło zapisu, że jest to szafa typu RACK 19 cali, ale niewątpliwym jest, że odwołujący szafę stelażową zaoferował".* Dlatego też zamawiający winien był ta kwestię wyjaśnić i dokonać poprawy tej omyłki czy błędu- tj. zachowania świadczącego o tym, że odwołujący opisując spełnienie tego wymogu zrobił coś niepoprawnie - w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp

W tym zakresie dodać należy również, że zmiany w systemie zamówień publicznych odformalizowały procedury w zakresie odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z każdym zapisem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W obecnym stanie prawnym wyłącznie złożenie oferty, której treść nie odpowiada w zakresie merytorycznym wymaganiom SIWZ, powoduje konieczność jej odrzucenia. Jednakże decyzję w tym zakresie

powinien podjąć zamawiający dopiero w sytuacji kiedy w wyniku dokonanych prób wyjaśnienia treści takiej oferty oraz możliwości jej poprawy doprowadzi do jednoznacznego stwierdzenia, że dokonana poprawa omyłki w tym trybie spowoduje istotne zmiany w treści oferty, czego zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wykazał, gdyż nie podjął w tym kierunku żadnych działań. Ponadto za wyrokiem KIO z dnia 10 lutego 2011 roku sygn. akt 179/13 stwierdzić należy, że w sytuacji kiedy z niezgodnością treści oferty z postanowieniami SIWZ mamy do czynienia w sytuacji, kiedy wynagrodzenie za wykonanie zamówienia ustalone jest w formie ryczałtowej, a więc ewentualna zmiana treści oferty nie powoduje zmiany jej ceny, to aby stwierdzić niezgodność treści oferty z SIWZ niezbędne jest wykazanie, że „niezgodność *oferty z siwz musi być w takim przypadku wyraźna".*

W zakresie dwóch kolejnych zrzutów odwołania, w oparciu o które zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, z powodu niespełnienia wymogów co do architektury macierzy i skalowalności wskazać należy, ze odwołujący zarzucił zamawiającemu braku wskazania na czym ta niezgodność polega. Tym samym rozpoznawanie tego zarzutu należy połączyć również z zarzutem naruszenia przez zamawiającego treści art. 92 ust 1 pkt. 2 Pzp poprzez niedokładne i niezgodne ze stanem faktycznym uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego.

Na wstępie rozpoznawania wskazać należy iż w zakresie odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ w odwołaniu mogą być przedstawione tylko zarzuty odnoszące się do stanowiska zamawiającego stwierdzającego iż oferta nie odpowiada wymogom SIWZ. Tym samym odwołujący formułując zarzuty nie może wychodzić poza zarzucany przez zamawiającego zakres niezgodności treści oferty z SIWZ.

Także Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzyga o żądaniach tylko w zakresie stanowiącym odzwierciedlenie zarzutów kierowanych przez odwołującego wobec kwestionowanej

czynności zamawiającego. Nie jest zatem dopuszczalnym wyjście poza zakres kwestionowanej czynności i postawionych wobec niej zarzutów. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca 117/12: stwierdzając, że *w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski (…) zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.*

Ze stanowiska zamawiającego w tym zakresie zawartego w piśmie z dnia 3 lipca 2013 roku wynika, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zarówno „architektury

macierzy" jak i „skalowalności" był brak opisu tych elementów oferty. Tym samym zasadne wydaje się stanowisko odwołującego, że, „biorąc *pod uwagę stanowisko zamawiającego, należy stwierdzić iż złożona oferta wykonawcy w tym zakresie nie jest niezgodna z treścią SIWZ, tylko - zdaniem zamawiającego - niezbyt dokładnie opisana w zakresie parametru architektury macierzy i skalowalności"* oraz, że „zamawiający *w SIWZ nie wskazał poziomu szczegółowości opisu parametrów technicznych".*

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowych zarzutów wskazać należy iż za zasadne należy uznać zarzut, że zamawiający nie wskazał w sposób wymagany treścią przepisu art. 92 ust 1 pkt. 2 przesłanek które legły u podstaw uznania oferty odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ. Za niewystarczające należy uznać wykazanie i uzasadnienie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w myśl wymogu z art. 92 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp gdy zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty z tego powodu nie wskazuje które to postanowienie SIWZ, będące podstawą odrzucenia oferty, zostało naruszone.

Wobec powyższego zdaniem Izby powyższe zarzuty zasługują na uwzględnienie, a zamawiający w trakcie ponownego badania i oceny ofert winien ustalić jaki charakter mają mieć wg SIWZ przedmiotowe informacje i opis których brak był podstawą odrzucenia oferty. Czy wystarczające jest złożenie wyjaśnień przez odwołującego czy też niezbędne jest ich uzupełnienie celem potwierdzenia spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego. Dopiero w oparciu uzyskane w tym zakresie ustalenia i odpowiedź wykonawcy, zamawiający winien podjąć stosowne ustalenia co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Reasumując powyższe rozważania i ustalenia w świetle podniesionych zarzutów, a w szczególności powtarzający się zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 i poprawy innych omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, który to przepis może zostać zastosowany przez zamawiającego tylko w sytuacji braku możliwości poprawy omyłek oferty, iż intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne 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, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny 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.

Zważyć należy, że zgodnie z art. 6 kc rozkład ciężaru dowodu, w razie odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o niezgodności treści oferty z SIWZ. W przedmiotowym zakresie zamawiający nie podjął wszystkich

dopuszczonych i nakazanych przepisami ustawy Pzp czynności, aby w sposób jednoznacznie bezsprzeczny taką niezgodność wykazać.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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). Izba kierując się zasadą miarkowania kosztów w zakresie kosztu zastępstwa procesowego strony przed KIO przyznała pełnomocnikowi odwołującego zwrot połowy kwoty żądanego wynagrodzenia.

Przewodniczący ……