

Sygn. akt: KIO 2419/13

WYROK

z dnia 28 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2013 r. przez COMP S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska S.A. w Warszawie,

przy udziale Advatech Sp. z o.o. we Wrocławiu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża COMP S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez COMP S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od COMP S.A. w Warszawie na rzecz Poczty Polskiej S.A. w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Warszawie.

.....

sygn. akt KIO 2419/13

UZASADNIENIE

Zamawiający, Poczta Polska S.A. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i wdrożenie platformy do zarządzania procesami”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 29 maja 2013 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2013/S 102-175091.

W dniu 04.10.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty Comp S.A. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W dniu 14.10.2013 r. Comp S.A. w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego mimo, iż zostały spełnione przesłanki do poprawienia przez zamawiającego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego;
3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
4. poprawienia omyłki w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I. W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

1. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wypełnił kolumny 3 Formularza cenowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, tj. nie podał pełnej nazwy oferowanego towaru (producent, nazwa programu lub sprzętu, wersja programu lub sprzętu, ew. part number) oraz parametrów sprzętu w zakresie dostawy platformy sprzętowej (etap I) i dostawy licencji na system ITSM (etap IV). Zamawiający podniósł, że w związku z nie wypełnieniem przez Odwołującego kolumny 3 Formularza, nie jest w stanie stwierdzić, jaki sprzęt zaoferował Comp. Należy podkreślić, iż mimo wątpliwości Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia

wyjaśnień dotyczących treści oferty. Motywując swoją decyzję wskazał, że „art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dopuszcza prowadzenia negocjacji pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym dotyczących treści oferty i dokonywania zmian w jej treści”.

2. Zamawiający dokonał błędnej (wybiórczej) wykładni omawianego przepisu. Zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych ofert. Chociaż jest to uprawnienie, to w przypadku, gdy następstwem braku wezwania miałyby być niekorzystne konsekwencje dla Wykonawcy, wystosowanie żądania o wyjaśnienie treści złożonej oferty staje się obowiązkiem Zamawiającego (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 12, Warszawa 2012, Legalis). Powyższe zostało również potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

[...]

3. Istotne jest, że Zamawiający z góry założył, że ewentualne wyjaśnienia będą prowadziły do naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp - poprzez prowadzenie nieuprawnionych negocjacji między Zamawiającym a Odwołującym. Stanowisko takie nie znajduje żadnego uzasadnienia w okolicznościach niniejszej sprawy. Zamawiający, na podstawie jedynie własnych przypuszczeń bezpodstawnie założył, że wezwanie do złożenia wyjaśnień naruszy przepisy ustawy, pozbawiając tym samym Odwołującego możliwości obrony jego oferty. Zgodnie z powołanym powyżej wyrokiem KIO z dnia 13 sierpnia 2009, KIO 992/09. Zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach zamawiający powinien uznać za bezskuteczne/nieważne”.

4. Dopiero zatem wyjaśnienia złożone przez Odwołującego pozwoliłyby na dokonanie przez Zamawiającego oceny, czy są one próbą podjęcia niezgodnych z Pzp negocjacji. Na etapie wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia stanowiska, że udzielenie tych wyjaśnień byłoby prowadzeniem negocjacji z Zamawiającym co do treści oferty (podobnie KIO w wyroku z dnia 8 stycznia 2013 r., KIO 2707/12). W tym kontekście bezsprzecznie została również naruszona zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania.

II. W zakresie zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zaniechania poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

1. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, twierdząc, że jest niezgodna z treścią SIWZ. Odrzucenie jest niezasadne, ponieważ brak wypełnienia kolumny 3 Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ jest możliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

[...]

Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień."

[...]

2. Poprawienie przez Zamawiającego innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w treści oferty Odwołującego nie doprowadzi do naruszenia przepisów ustawy. Wprawdzie Comp przez pomyłkę nie wypełnił kolumny 3 Formularza cenowego, jednakże informacje na temat wszystkich elementów, które należało podać w treści Formularza, tj. pełną nazwę oferowanego towaru (producent, nazwa programu, lub sprzętu, wersja programu lub sprzętu, ew. part numer) oraz parametrów sprzętu są zamieszczone w treści oferty. Istotne jest również, że pozostałe kolumny Formularza zostały wypełnione prawidłowo (tj. ilość, cena jednostkowa oraz wartość netto).

a. Odnosząc się do zaoferowanego przez Comp asortymentu, należy wskazać, że:

- nazwa systemu ITSM (oraz licencje) została wskazana na stronie nr 80 oferty Odwołującego oraz w manualu opisującym sposób poruszania się po systemie, skąd wprost wynika, jaki system ma zamiar dostarczyć Odwołujący;
 - dodatkowego oprogramowania Odwołujący nie dostarcza, ponieważ przy zaoferowanym rozwiązaniu nie jest ono wymagane (na powyższe wskazuje fakt, że poz. 9 Formularza nie została wyceniona)
- b. Zamawiający dokładnie określił w dokumentacji przetargowej, jakiego sprzętu oczekuje. W pkt 1 i 2 Załącznika nr 4 do Wzoru Umowy (wymagania na platformę sprzętową) Zamawiający dokładnie wyspecyfikował sprzęt, którego wymaga. W pkt 3 ww. Załącznika Zamawiający opisał również infrastrukturę, którą posiada, zaznaczając, że chce ją rozbudować. Nie jest możliwe rozbudowanie sprzętu IBM niczym innym, jak sprzętem IBM.
- c. Co więcej, w ww. Załączniku w pkt 1, ppkt 3 Zamawiający napisał wprost, iż "Platforma Sprzętowa musi być zgodna z architekturą serwerową Zamawiającego zainstalowaną w Centralnym Ośrodku Obliczeniowym Poczty Polskiej". Oczywiście zatem jest, iż wszyscy wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie są zobowiązani zaoferować rozwiązanie zgodne z już istniejącą architekturą u Zamawiającego.
3. Choć Comp nie wypełnił kolumny 3 Formularza Cenowego, to wszystkie informacje co do zaoferowanego rozwiązania są zawarte w treści oferty Odwołującego, a sam Zamawiający wprost wyspecyfikował w SIWZ sprzęt, jakiego oczekuje. Poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie naruszy przepisów ustawy, ponieważ nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Należy podkreślić, że dokonanie poprawy nie spowoduje zmiany zobowiązania ofertowego - od początku intencją Comp było zaoferowanie rozwiązania zgodnego z wymaganiami Zamawiającego i takie też rozwiązanie Odwołujący wycenił.
4. Należy podkreślić, że „należyta staranność, której należy oczekiwać od zamawiającego wymaga, aby badał on, czy w ramach przewidzianych w art. 87 ust. 1 i ust. 2 Prawa zamówień publicznych instytucji wyjaśnienia i poprawy oferty, możliwe jest usunięcie zaistniałych wątpliwości i uchybień. Celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej zgodnej formalnie z postanowieniami SIWZ, lecz oferty oferującej wykonanie zamówienia stosownie do

wymagań opisanych przez zamawiającego i najkorzystniejszej w przyjętych kryteriach oceny." (wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r., KIO 2075/11). Comp zaoferował najniższą w przedmiotowym postępowaniu cenę za rozwiązanie, które merytorycznie w pełni odpowiada wszelkim wymaganiom określonym w dokumentacji przetargowej. Również w świetle kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego, oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

5. Poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie jest uprawnieniem, a obowiązkiem Zamawiającego. Biorąc pod uwagę fakt, iż w niniejszej sprawie Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i jednocześnie odrzucił merytorycznie zgodną z wymogami Zamawiającego ofertę, działanie takie należy uznać za rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Instytucja odrzucenia oferty powinna być stosowana dopiero po wyczerpaniu przez Zamawiającego wszystkich prawnie dopuszczalnych instytucji, mających na celu sanowanie złożonej przez wykonawcę oferty.

III. Niezależnie od jakichkolwiek innych okoliczności należy podkreślić, że Specyfika przedmiotowego zamówienia polega na tym, że Zamawiający wymaga dostarczenia komponentów do konkretnego, ściśle zdefiniowanego urządzenia. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że przedmiot oferty jest zdeterminowany cechami technicznymi infrastruktury, która znajduje się w dyspozycji Zamawiającego. Do tejże infrastruktury, szczegółowo opisanej w specyfikacji „pasują” konkretne komponenty [wymienione w załączniku nr 4 do projektu umowy] tylko te i żadne inne i właśnie te zostały zaoferowane. W okolicznościach niniejszej sprawy przedmiot oferty nie może budzić wątpliwości.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W ramach opisu wymagań odnośnie zamawianej platformy sprzętowej, zawartych w Załączniku nr 4 do Umowy (stanowiącej część SIWZ) zamawiający wskazał i opisał, że zamawia:

- Pkt 2.1. zał. nr 4 do umowy – serwery typu Blade: „IBM BladeCenter HS23 lub równoważy przez co rozumie się, spełnienie opisanych niżej wymagań” – m.in. co do wydajności potwierdzonej w teście SPECint@_rate2006 określonej jako minimum: 640.
- Pkt 2.2 zał. nr 4 do umowy – półkę dyskową podłączoną do macierzy DS4800,
- Pkt 2.3 zał. nr 4 do umowy – Platformę Wirtualizacyjną (w tym w pkt 2.3 lit. b - VMware vSphere 5 Enterprise i w pkt 2.3 lit. c - VMware Software Support for Enterprise/Enterprise plus)

W pkt 6.5.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający wymagał załączenia Formularza cenowego – zgodnie z wzorem określonym w Załączniku nr 2 do SIWZ.

Według Załącznika nr 2 w Formularzu cenowym (w kolumnie 3 tabeli) należało podać pełną nazwę oferowanego towaru (producent, nazwa programu lub sprzętu, wersja programu lub sprzętu, ew. part number) oraz parametry sprzętu – dla następującego, zamawianego asortymentu:

- w ramach dostawy platformy sprzętowej (etap I):
 1. Serwer typu Blade
 2. Półka dyskowa wraz z dyskami
 3. VMware vSphere 5 Enterprise
 4. VMware Software Support for Enterprise/Enterprise plus
- w ramach dostawy licencji na system ITSM (etap IV):
 1. Licencje systemu ITSM dla operatorów IT jednoczesnych wraz z maintenance na 12 miesięcy,
 2. Licencje systemu ITSM dla operatorów IT nazwanych wraz z maintenance na okres 12 miesięcy,
 3. Pozostałego oprogramowanie wraz z maintenance na miesięcy.

W ofercie Comp S.A., w Formularzu cenowym kolumna trzecia pozostała niewypełniona, tj. nie podano w tym miejscu jaki sprzęt i jakie oprogramowanie jest oferowane. Jednocześnie wyceniono poszczególne elementy dostawy (oprócz wiersza 9 tabeli – Pozostałe oprogramowanie).

Na stronie 80 oferty Comp S.A. w „Załącz. Nr 11 do SIWZ – Weryfikacja wymagań funkcjonalnych dla Narzędzia ITSM” opisano system „Hdfe” oraz załączono „Manual” tego systemu (str. 82 i n. oferty). W wydrukach zrzutów ekranu z działającego systemu prezentowano wersję systemu oznaczoną jako: 13.7.25.610.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty z dnia 04.10.2013 r. zamawiający podał:

„W pkt. 6.5.2 SIWZ Zamawiający przewidział obowiązek złożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą „Formularza cenowego”, którego wzór określono w załączniku nr 2 do SIWZ. W kolumnie 3 Formularza zostało określone jakie informacje należy w niej zawrzeć: „Pełna nazwa oferowanego towaru (producent, nazwa programu lub sprzętu, wersja programu lub sprzętu, ew. part numer) oraz parametry sprzętu” w zakresie dostawy platformy sprzętowej (etap I) i dostawy licencji na system ITSM (etap IV). Wykonawca w swojej ofercie pozostawił pola kolumny 3 w zakresie dostawy platformy sprzętowej (etap I) i dostawy licencji na system ITSM (etap IV) nie wypełnione. Tym samym nie skonkretyzował, jaki konkretnie serwer typu BLADE jest oferowany, jaka półka dyskowa wraz z dyskami, VMware vSphere 5 Enterprise, VMware Software Support for Enterprise/Enterprise plus, na okres 5 lat oraz jakie licencje oferuje w ramach: Licencji systemu ITSM dla operatorów IT jednocześnie wraz z maitenance na 12 miesięcy, Licencji systemu ITSM dla operatorów IT nazwanych wraz z maitenance na okres 12 miesięcy, pozostałego oprogramowanie wraz z maitenance na 12 miesięcy.

Ze względu na brak powyższych informacji Zamawiający nie był w stanie z treści oferty wywieść jaki konkretnie sprzęt zaoferowano.

Jednocześnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. nie dopuszcza prowadzenia negocjacji pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym dotyczących treści oferty i dokonywania zmian w jej treści.

Biorąc pod uwagę powyższe treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, co powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp.”

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast przepis art. 87 Pzp stanowi:

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

1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W świetle ww. przepisu możliwe jest poprawienie w treści oferty omyłki innej niż omyłki pisarskie i rachunkowe, a omyłka ta polegała na niezgodności oferty ze specyfikacją, a także nie powodowała istotnych zmian w treści oferty.

Przekładając powyższą ustawową charakterystykę „poprawialnej” omyłki, na przesłanki dopuszczalności zmian w treści oferty oraz opis zakresu i sposobu ich dokonywania, przyjąć

należy, iż skoro poprawiane mogą być jedynie omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, to również same zmiany w treści oferty będące wynikiem takiej poprawki, a służące doprowadzeniu oferty do zgodności z SIWZ, nie mogą być istotne.

Wskazana w przepisie przesłanka istotności omyłki warunkująca możliwość poprawienia oferty jest więc powiązana z istotnością zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Niezależnie od jasności słownikowych definicji samego pojęcia „istotności” oraz definiowanej *a contrario* „nieistotności” oraz możliwości pewnego wskazania przykładowych desygnatów pod owe pojęcia podpadających, w praktyce stosowania prawa zawsze występowały będą pograniczne przypadki, których kwalifikacja pozostawała będzie sporna i niepewna. Ze wskazaną nieostrością pojęcia wiąże się więc niemożliwość wytyczenia abstrakcyjnej i generalnej dla wszystkich sytuacji delimitacji zastosowań i kwalifikacji zmian w ofertach jako istotne lub nieistotne. Decyzja w przedmiocie powyższego rozgraniczenia i tym samym możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.

W rozpatrywanym przypadku niezgodność treści oferty z SIWZ jest ewidentna i polega na niezgodnym z SIWZ wyrażeniu i opisanu w treści oferty zaciąganego przez wykonawcę zobowiązania. W świetle zastanych postanowień SIWZ, zamawiający wymagał od wykonawców dokładnego sprecyzowania i opisanie oferowanego świadczenia, a nie jedynie zaciągnięcia ogólnego zobowiązania, że wykonają zamówienie zgodnie z SIWZ. Natomiast odwołujący w treści swojej oferty nie sprecyzował oferowanego przedmiotu świadczenia w zakresie elementów dostawy wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 04.10.2013 r. – zarówno w odniesieniu do sprzętu, jak oferowanych licencji na oprogramowanie. Uzupełnienie treści oferty o tak rozległy zakres informacji służących określeniu oferowanego

przedmiotu świadczenia nie sposób uznać za nieistotną zmianę treści oferty, a tym samym dokonana w ten sposób poprawka nie wypełnia dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, w odniesieniu do większości pozycji z tabeli Formularza cenowego, nie jest możliwe ustalenie, co dokładnie zostało zaoferowane na podstawie danych wynikających z całości oferty oraz jej zestawienia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Tym samym postulowane przez odwołującego wyjaśnienie i poprawienie treści oferty w tym zakresie nie jest możliwe. Powyższe musiałyby w tym przypadku polegać na zapytaniu przez zamawiającego, jaki sprzęt i jakie licencje zostały zaoferowane, a następnie wpisaniu tego typu informacji uzyskanych od wykonawcy, do oferty. Ponadto zakres tych informacji, kreowanych niejako *de novo et ex nihilo* przez wykonawcę, dotyczyłby zasadniczych elementów dostawy (podstawowej części przedmiotu zamówienia). Inaczej w takim przypadku należy odnieść się do dopuszczalności uzupełnień oferty o takiej wadze i zakresie, niż np. do uzupełnienia marginalnych (ze względu na skalę i wartość) elementów przedmiotu zamówienia pominiętych w kosztorysie budowlanym.

Przy czym poprawienie treści oferty w zakresie danych zawartych w Formularzu cenowym byłoby jak najbardziej możliwe gdyby rzeczywiście na podstawie innych części i fragmentów oferty możliwe było ustalenie, co zostało zaoferowane. W takim wypadku poprawienie treści oferty dotyczyłoby właściwie li tylko jej wymiaru formalnego (prezentacji i organizacji danych, ewentualnie ich znaczenia, a nie ich treści lub jej braku) – dane dostępne czy wynikające z reszty oferty zostałyby wprowadzone w miejscu, w którym ich podania w SIWZ wymagano. Jak najbardziej możliwe byłoby również wsparcie wskazanego wyżej ustalania jednych informacji na podstawie informacji innych, wyjaśnieniami wykonawcy. Powyższe tezy znajdują potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2872/12.

Tak też w odniesieniu do systemu ITSM możliwe było ustalenie jaki system i jakiego producenta, jest oferowany – dane wystarczające do ustalenia powyższego zawarto w innych miejscach oferty Comp. S.A. Jak wynikało z zał. nr 11 do oferty, oferta dotyczyła systemu „Hdfe”, tj. zgodność tego systemu z wymaganiami SIWZ była tam potwierdzana. Dysponując nazwą własną systemu zamawiający mógł z łatwością ustalić producenta systemu (jedynym producentem tego systemu jest firma Esone

Sp. z o.o.), a jakakolwiek niepewność co do sposobu poprawienia oferty w tym zakresie nie występowała. Ponadto załączona do oferty instrukcja użytkownika systemu (Manual) odnosił się do określonej i wskazanej tam wersji systemu, co z kolei zamawiający mógł po prostu z wykonawcą wyjaśnić.

W trakcie wyrokowania nie uwzględniono dowodów dotyczących ww. okoliczności, powoływanych przez odwołującego, załączonych do jego pisma procesowego, uznając je za zbędne do rozstrzygnięcia sprawy. Dla potwierdzenia możliwości ustalenia treści oferty w zakresie oferowanego systemu ITSM wystarczyła sama oferta Comp S.A. z urzędu uwzględniona jako dowód przez Izbę.

W związku z powyższym należałoby przyznać rację odwołującemu, co do możliwości wyjaśnienia i poprawienia treści oferty w zakresie określenia jaki system ITSM został przez wykonawcę zaoferowany.

Natomiast w odniesieniu do innych, wymaganych elementów określenia przedmiotu oferty, których zabrakło w Formularzu oferty, tego typu ustalenie i poprawienie treści oferty nie jest możliwe. Jak już wskazano – w rozpatrywanym przypadku powyższe sprowadzałoby się nie do wyjaśniania zastanej a niejasnej treści oferty, ale do wytworzenia pełnego opisu oferowanego przedmiotu dostawy. Wykonawca w ramach swoich wyjaśnień musiałby podać zamawiającemu jakie serwery, półki, licencje na oprogramowanie ... *etc.* oferuje, a zamawiający na tej podstawie (i tylko na tej podstawie) miałby powyższe wprowadzić do treści oferty. Przy czym w ramach niniejszego postępowania przedmiot świadczenia wykonawcy miał być podany i określony już w ofercie, a nie doprecyzowywany i wskazywany w wyjaśnieniach wykonawcy lub w trakcie realizacji zamówienia.

W szczególności za niewystarczające określenie przedmiotu świadczenia uznano powoływaną przez odwołującego ogólną deklarację złożoną w ofercie, iż wykonawca uznaje się za zawiązanego postanowieniami SIWZ i wykona zamówienie zgodnie z jej warunkami. Rzeczony warunki SIWZ nie zawierały wcale dokładnie dookreślonego przedmiotu świadczenia, co do którego zaoferowanie wystarczające byłoby złożenie jedynie oświadczenia woli, że oferuje się przedmiot świadczenia zgodny z SIWZ. Wbrew twierdzeniom odwołującego w Zał. nr 4 do umowy nie wskazano wcale bezwzględnie zamawianych urządzeń – wskazano jedynie przykładowo sprzęt spełniający wymagania zamawiającego (serwery BladeCenter HS23 produkcji IBM) oraz dopuszczono rozwiązania inne (określane przez zamawiającego jako „równoważne”), których parametry i funkcjonalności

zamawiający dokładnie wyspecyfikował pkt 2.1 zał. nr 4 do umowy. Ponadto zamawiający opisał wymagania funkcjonalne dla półki dyskowej podłączonej do macierzy DS4800 w pkt 2 zał. nr 4 oraz dla Platformy Wirtualizacyjnej w pkt 3 zał. nr 4. (W istocie były to w większości wymagania parametrowo-konstrukcyjne a nie funkcjonalne). Abstrahując od prawidłowości tak sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności rozumienia równoważności przyjmowanego przez zamawiającego, wykładnia literalna tego opisu nie pozostawia wątpliwości, iż przynajmniej formalnie dopuszczano zaoferowanie różnych rozwiązań sprzętowych. Natomiast okoliczności, iż faktycznie powyższe nie było możliwe, odwołujący nie wykazał. Nie wykazał więc, iż ze względu na kształt danego rynku zestawionego z całokształtem wymagań zamawiającego, jedynymi urządzeniami możliwymi do zaoferowania byłyby serwer IBM BladeCenter HS23 oraz półka dyskowa do macierzy DS4800.

Przy czym nawet faktyczne występowanie na rynku tylko jednego urządzenia spełniającego wymagania SIWZ, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku podania w ofercie jakie urządzenie oferuje – w przypadku jasnych wymagań SIWZ, co do takiego zakresu treści oferty. Tylko w przypadku uzyskania informacji tego typu zamawiający, na etapie badania i oceny ofert, może zweryfikować i ocenić prawidłowe zrozumienie przez wykonawcę wymagań SIWZ, a tym samym wartość ogólnych i uroczystych deklaracji na temat zgodności oferty z SIWZ, zwyczajowo składanych w formularzach ofertowych.

Za niewystarczające potwierdzenie powyższych okoliczności uznano, uwzględnione i ocenione w charakterze dowodu, oświadczenie IBM Polska Sp. z o.o., załączone do pisma procesowego - załącznika do protokołu rozprawy, przedstawione przez odwołującego. Dowód powyższy i twierdzenia w nim zawarte zestawiono i porównano z innym oświadczeniem IBM Polska Sp. z o.o. („Informacją”) – przedstawionym na rozprawie jako dowód przez przystępującego i w tym charakterze ocenionym przez Izbę. Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania zarówno wiarygodności źródła podawanych informacji (uprawnień do składania tego typu oświadczeń wiedzy w imieniu IBM Polska Sp. z o.o. przez osobę pod oświadczeniem podpisaną), jak też wiarygodności samych informacji w dowodzie zawartych. Z dowodu przystępującego jasno wynika, iż w ofercie IBM znajdują się co najmniej dwa, inne niż HS23, serwery spełniające wszystkie wymagania zamawiającego opisane w SIWZ. Okoliczności tej zresztą odwołujący nie przeczył, wywodził jedynie,

iż są to serwery „równoważne” do serwera wskazanego w SIWZ, natomiast on serwera równoważnego nie oferował.

Odnośnie powołanego „braku oferowania rozwiązań równoważnych”, wielokrotnie podkreślanego przez odwołującego, Izba wskazuje, iż w związku faktem, że w treści oferty nie opisano jaki sprzęt jest oferowany, tego typu deklaracji wykonawcy potwierdzić nie sposób. Skoro nie wiadomo co wykonawca oferuje, to nie wiadomo również, że nie oferuje rozwiązań „równoważnych” ale rozwiązanie przykładowo wskazane w SIWZ. W szczególności w treści oferty zbędne było jakiegokolwiek składanie deklaracji w tym przedmiocie – należało po prostu podać i dokładnie określić model serwera i półki serwerowej, które są przedmiotem oferty. To na podstawie wymaganych do podania w kolumnie trzeciej Formularza cenowego informacji, zamawiający miał i dopiero mógł ocenić, czy oferowane produkty spełniają wszystkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia.

Również brak jest możliwości przesądzenia na podstawie samego opisu przedmiotu zamówienia oraz danych zawartych w ofercie (za wyjątkiem systemu ITMS) jakie dokładnie oprogramowanie i jakie typy licencji na oprogramowanie zostały przez Comp S.A. zaoferowane. W szczególności w poz. 4 tabeli Formularza cenowego oraz w pkt 2.3 lit c) zamawiający dopuszczał rozwiązania alternatywne (dwa typy oprogramowania wspomagającego). Ponadto warunki licencjonowania oprogramowania dostępnego na rynku są bardzo różne i różne typy licencji mogły zostać zaoferowane zamawiającemu.

Izba uwzględniła i przeprowadziła dowody z Formularzy cenowych zawartych w ofertach AGN Polska Sp. z o.o. oraz Advatech Sp. z o.o. – wnioskowane przez odwołującego. Treść ofert ww. wykonawców wskazuje, iż podali oni dane wymagane przez zamawiającego, natomiast okoliczności czy było to dane kompletne i zgodne z wymaganiami SIWZ, Izba nie ustalała – w związku z brakiem w odwołaniu zarzutów dotyczących tych ofert. Natomiast dowody tego typu w żadnym razie nie potwierdzają tezy, iż w ramach przedmiotowego postępowania możliwe było zaoferowanie jedynie asortymentu wskazanego przykładowo w SIWZ. Obaj wymienieni wyżej wykonawcy zaoferowali co prawda takie same serwery (HS23) oraz półki do DS4800 (z podaniem wersji) – co nie przesądza jednak, iż niemożliwe było zaoferowanie produktów innych. Przede wszystkim jednak obaj wykonawcy zaoferowali różne oprogramowanie i licencje na to oprogramowanie.

Ze względu na opisane wyżej okoliczności zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego zastosowanie do oferty odwołującego oraz zarzuty uprzedniego zaniechania zastosowania art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy względem tej oferty, uznano generalnie za niezasadne.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).