

**WYROK**  
z dnia 7 kwietnia 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2016 roku, przez wykonawcę **Net-o-logy Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 23; 40-246 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych Sękocin Stary, ul. Leśników 21C; 05-090 Raszyn**,

przy udziale wykonawcy **Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Net-o-logy Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 23; 40-246 Katowice** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Net-o-logy Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 23; 40-246 Katowice**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Net-o-logy Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 23; 40-246 Katowice** na rzecz **Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych Sękocin Stary, ul. Leśników 21C; 05-090 Raszyn**, 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 (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych Sękocin Stary, ul. Leśników 21C; 05-090 Raszyn, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Rozbudowa środowiska pamięci masowych EMC i środowiska serwerów kasetowych Lenovo*”.

Dnia 14 marca 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 24 marca 2016 roku wykonawca Net-o-logy Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 23; 40-246 Katowice (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności zamawiającego polegające na: zaniechaniu poprawienia oferty odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 Pzp,
2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, która powinna podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w zakresie dotyczącym liczby zaoferowanych subskrypcji oprogramowania Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters;

lub alternatywnie

naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, która powinna podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie dotyczącym liczby zaoferowanych subskrypcji oprogramowania Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters;

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż jego oferta w pełni odpowiada wymaganiom zamawiającego w zakresie liczby licencji do zarządzania zasobami dyskowymi oraz do kompresji danych,

lub alternatywnie

naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp, po którego zastosowaniu zamawiający upewniłby się w zakresie zgodności oferty z treścią s.i.w.z. w zakresie liczby licencji do zarządzania zasobami dyskowymi oraz do kompresji danych;

4. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty niebędącej najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. nakazanie zamawiającemu poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp,
5. nakazanie zamawiającemu ewentualnego wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty,
6. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej,
7. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego, ponieważ odwołujący popełnił niezamierzony błąd edycyjny, pomylił się co do cyfry, którą wpisał w tabelę na stronie 30 oferty. Zamiast cyfry „4” w rubryce dotyczącej ilości sztuk została wpisana cyfra „1”, natomiast podczas kalkulacji ceny uwzględniono 4 subskrypcje, zatem poprawienie cyfry z „1” na „4” nie wiąże się z potrzebą korekty ceny. Jest to jedynie omyłka w zapisie. Omyłka ta jest niecelowa, nieświadoma i niezamierzona. Celem odwołującego było sporządzenie oferty zgodnej z treścią opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do siwz oraz do umowy. Odwołujący był przekonany, że złożył oświadczenie woli zgodne z opisem przedmiotu zamówienia oraz zgodne z treścią s.i.w.z., niestety pomylił się przy wypełnianiu tabelki w jednej ze 126 pozycji. Nie sposób zatem przyjąć, że oferta - rozumiana jako oświadczenie woli złożone zamawiającemu - jest niezgodna z treścią s.i.w.z. Dodatkowo na stronie 1 formularza ofertowego w punkcie 3, odwołujący oświadczył, że zapoznał się z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznikami do niej, nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz akceptuje ich warunki. Mając na uwadze powyższe argumenty, zastosowanie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należy uznać, za całkowicie nietrafne i przedwczesne. Odwołujący podniósł, że złożenie przez wykonawcę oferty ma na celu uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji, zadeklarowanie, iż wykonawca oferuje 1 subskrypcję, zamiast jednoznacznie i „na sztywno” wymaganej w OPZ dostawy 4 subskrypcji byłoby działaniem całkowicie nieracjonalnym, gdyż z założenia byłoby to oferowanie produktu niezgodnego z wymaganiami zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, ewentualnie nawet jeżeli zamawiający nie dostrzegł oczywistości omyłki odwołującego, a wzywał do wyjaśnienia tej pozycji specyfikacji technicznej, powinien

był wezwać również do wyjaśnienia rubryki dotyczącej ilości subskrypcji. Nawet bowiem przy założeniu, że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji, w żadnym wypadku nie można by tu stwierdzić, że mogła ona stanowić podstawę do odrzucenia oferty odwołującego. Jak wynika bowiem z treści art. 87 ust. 2 Pzp, zamawiający ma nie tyle możliwość, co obowiązek poprawić w ofercie m.in. 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.

W ocenie odwołującego oczywistym jest, że jeżeli przyjąć, iż w niniejszej sprawie w ogóle doszło do niezgodności treści oferty rozumianej, jako oświadczenie woli odwołującego z treścią s.i.w.z. to nie sposób uznać tej niezgodności za istotną i mogącą stanowić podstawę odrzucenia oferty. Stwierdzona przez zamawiającego omyłka w pełni odpowiada przywołanemu powyżej i ugruntowanemu rozumieniu „innej omyłki”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak również z całą pewnością jej poprawienie nie stanowi istotnej zmiany w rozumieniu tego przepisu. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż odwołujący kalkulując cenę oferty uwzględnił w niej wartość 4 subskrypcji, których jednostkowa cena wynosi 3900 euro. Tym samym poprawienie tej omyłki nie skutkowałoby jakąkolwiek zmianą ceny ofertowej, która w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z wymaganiami zamawiającego jest ceną ryczałtową, a wprowadzona zmiana prowadziłaby jedynie do przywrócenia zgodności oświadczenia woli odwołującego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast, jeśli by nawet przyjąć, iż zmiana liczby subskrypcji powinna się wiązać ze zwiększeniem ceny ofertowej, to cena oferty wzrosłaby jedynie o 11.700 euro, tj. ok. 50.000 zł. W stosunku do ceny ofertowej 4 612 500 zł jest to kwota nieznacząca.

W zakresie drugiej z podstaw odrzucenia oferty odwołującego, jak wynika z pkt 2 uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający stwierdził, iż z oferty odwołującego jednoznacznie wynika, że zaoferował on licencje na 120 Terabyte do zarządzania zasobami dyskowymi oraz 30 Terabyte do kompresji danych.

Odwołujący domniemając, iż zamawiający odnosi się do przywołanych na stronie 33 oferty odwołującego pozycji cennikowych produktów firmy IBM, które zaoferował odwołujący, odwołujący wskazał, iż wymienione na stronie 33 oferty pozycje stanowią pełną nazwę handlową zaoferowanych licencji i zostały ze 100% dokładnością przeniesione z oferty cenowej dotyczącej komponentów firmy IBM. Tym samym należy przyjąć, iż stanowią one jedynie wskazanie konkretnych rozwiązań spełniających wymagania s.i.w.z. zgodnie z nazewnictwem stosowanym przez ich producenta. Nie stanowią natomiast wprost deklaracji ze strony odwołującego, co do ilości obsługiwanych pojemności. Jeśli więc wskazane nazwy zaoferowanych produktów budziły jakiegokolwiek wątpliwości zamawiającego

zobligowany był on bądź to do weryfikacji znaczenia wskazanych przez odwołującego pozycji z zachowaniem należytej staranności na podstawie ogólnodostępnych źródeł, bądź to do wystąpienia do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, analogicznie do wezwania skierowanego do wykonawcy. Powyższe zaniechanie ze strony zamawiającego stanowiło naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się merytorycznie do występującego w przywołanej pozycji cennikowej oznaczenia Terabyte odwołujący wskazał, iż zgodnie z ogólnodostępnymi materiałami dostępnymi na stronie producenta zaoferowanego oprogramowania, stosowane w opisie jego produktów oznaczenie TB oznacza  $2^{40}$  bajtów = 1.099.511.627.776 bajtów. Na potwierdzenie powyższego, w załączeniu do odwołania odwołujący przedstawił fragment dokumentu dostępnego w całości na stronie <http://www-01.ibm.com/common/ssi/cgi-bin/ssialias?subtype=ca&infotype=an&appname=iSource&supplier=897&letternum=ENUS215-391>. Na stronie 24 wskazanego dokumentu, producent wskazuje, co oznacza pojęcie Terabyte w używanej przez niego nomenklaturze. Jak natomiast wynika m.in. z normy IEEE 1541-2002 z 2005 roku, 1 TiB (tebibajt) oznacza  $2^{40}$  bajtów. Tym samym zaoferowane rozwiązanie i liczba licencji w pełni odpowiada wymaganiom zamawiającego.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że wskutek ww. czynności zamawiającego podjętych w toku przedmiotowego postępowania, odwołujący może ponieść szkodę poprzez uniemożliwienie mu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a zamawiający poprzez zaniechanie wymaganej staranności przy ocenie ofert oraz naruszenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych pozbawił odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż na skutek wyżej opisanych czynności zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę, w przypadku gdy nie uzyska zamówienia. Naruszenie przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ma istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 7 ust. 3 Pzp udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i umowy - opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał warunki techniczne, które muszą zostać spełnione przez oferowaną przez Wykonawcę infrastrukturę sprzętowo - programową. Opis przedmiotu zamówienia zawiera 22 strony. Na stronie 12 w punkcie 3.1. Zamawiający wymagał, aby wykonawca zaoferował 4 sztuki subskrypcji Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters. W ofercie odwołującego, zawierającej obszerną specyfikację techniczną, w tabelce na stronie 30 widnieje w pozycji dotyczącej subskrypcji Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters - ilość sztuk - 1.

Mając na uwadze, że w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający zażądał 4 subskrypcji, a w ofercie odwołującego zapisał, iż oferuje 1 sztukę, zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż jego oferta w pełni odpowiada wymaganiom zamawiającego w zakresie liczby licencji do zarządzania zasobami dyskowymi oraz do kompresji danych, a także zarzut alternatywny, tj. naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, po którego zastosowaniu zamawiający upewniłby się w zakresie zgodności oferty z treścią s.i.w.z. w zakresie liczby licencji do zarządzania zasobami dyskowymi oraz do kompresji danych.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie wskazał, że zaoferowany system wirtualizacji zasobów pamięci masowych musi: zarządzać zasobami dyskowymi o wielkości 120 TiB (tebibyte) przestrzeni logicznej – netto (wymagane dostarczenie licencji na taką przestrzeń), umożliwić kompresję danych w trybie na bieżąco dla dostępu blokowego na 30 TiB (tebibyte) danych do kompresji (wymagane jest dostarczenie licencji na taką przestrzeń) (załącznik nr 1 do s.i.w.z. pkt 1.4.).

Jak wynika z powyższego wymogu wykonawca miał obowiązek zaoferowania określonego systemu wirtualizacji zasobów pamięci masowych, który ma mieć możliwość zarządzania zasobami dyskowymi o określonej pojemności wraz z licencjami na taką przestrzeń (pojemność).

Odwołujący składając swoją ofertę zaoferował licencje na 120 terabyte do zarządzania zasobami dyskowymi oraz 30 terabyte do kompresji danych (st. 33 oferty odwołującego). Z oferty odwołującego jednoznacznie wynika, że zaoferował on licencje na pojemność określoną w jednostkach terabyte. Okoliczność bezsporna.

Okolicznością sporną między stronami jest czy jednostki obejmujące określone pojemności terabyte (TB) i tebibyte (TiB) są tożsame i czy w związku z tym licencje przedłożone przez odwołującego dotyczą pojemności wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący na rozprawie, a wcześniej do odwołania przedstawił dokument, stanowiący ogólnodostępne materiały ze strony producenta zaoferowanego oprogramowania, z którego wynika, że stosowane w opisie jego produktów oznaczenie jeden terabajt (1 TB) zarządzanej pamięci masowej oznacza  $2^{40}$  bajtów = 1.099.511.627.776 bajtów, trylion bajtów.

Na rozprawie odwołujący złożył również w poczet materiału dowodowego korespondencję e-mail z przedstawicielem firmy IBM (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), jednakże Izba dowodu powyższego nie dopuściła, gdyż wskazana korespondencja dotyczy innego, nie związanego z przedmiotowym, zamówienia. Tym samym jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy – Izba oddaliła dowód na podstawie art. 190 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, jako złożony jedynie dla zwłoki.

Izba za wiarygodny i mający znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu uznała i przyjęła dowód w postaci oficjalnego przelicznika dostępnego powszechnie dla każdego, w którym niezależna instytucja Storage Performance Council dokonuje porównania pojemności Terabyte i Tebibyte, którą należy stosować w obrocie na rynku w zakresie pojemności – dowodowi temu odwołujący nie zaprzeczył. Z dowodu tego wynika bowiem, że jednostka miary terabyte, jest zdefiniowana w jednostkach miary w systemie dziesiętnym, co z kolei powoduje, że 1 terabyte (TB) równy jest 1.000.000.000.000 ( $10^{12}$ ) bajtów, natomiast jednostka miary tebibyte, jest zdefiniowana w jednostkach miary w systemie dwójkowym (binarnym), co z kolei powoduje, że 1 tebibyte (TiB) jest równy 1.099.511.627.776 ( $2^{40}$ ) bajtów. Jak zatem wynika z powyższego jednostka tebibyte zawiera w sobie więcej bajtów



niż terabyte. Wniosek płynący z powyższego jest tylko jeden, a mianowicie taki, że odwołujący zaoferował licencje, które nie pokrywają w całości wymagania zamawiającego, co do pojemności. Na okoliczność, iż licencjonodawca (firma IBM) stosuje różne ceny do swoich produktów, które to ceny są uzależnione od pojemności (TB lub TiB) zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył korespondencję e-mail, prowadzoną z jednym z przedstawicieli firmy IBM. Z dowodu tego (dopuszczonego przez Izbę) jednoznacznie wynika, że cena za określony typ licencji uzależniona jest od tego czy dotyczy pojemności określonej w terabytach czy też tebibytach.

W toku przeprowadzonej rozprawy odwołujący zatem nie udowodnił w żaden sposób, że sposób licencjonowania podany w jego ofercie odpowiada wymaganym przez zamawiającego pojemnościom, w związku z czym zarzut powyższy uznać należało za bezzasadny, a czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego z tego powodu za zasadną i udowodnioną.

Za zasadny Izba uznała zarzut odwołującego dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, która powinna podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym liczby zaoferowanych subskrypcji oprogramowania Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach wypowiedała się w zakresie możliwości zastosowania przez zamawiającego omawianego przepisu, przypisując „istotności” różnego rodzaju znaczenie w zakresie interpretacji tego sformułowania. W ocenie Izby, w każdej sprawie „istotność” będzie miała odmiennie rozumiane znaczenie. W jednym przypadku może bowiem okazać się, że nieistotną jest omyłka, która zmienia cenę oferty o np. milion złotych, natomiast w innej sprawie może być to zmiana ceny oferty o 100 złotych. Omyłki mogą również dotyczyć innych elementów oferty, takich jak termin realizacji zamówienia, warunki płatności, sposób realizacji zamówienia, lecz muszą one być rozpoznawane indywidualnie. W ocenie Izby, istotną okolicznością, która może mieć decydujący wpływ na stwierdzenie „istotności” omyłki ma to jak jej poprawienie wpłynie na sytuację wykonawcy, którego oferta zawiera taką omyłkę, w rankingu ofert. Wniosek taki można wyciągnąć bowiem, analizując treść tego przepisu w powiązaniu z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7 oraz art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, stanowi bowiem nakaz dla zamawiającego, który obowiązany jest odrzucić ofertę jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3. Artykuł zaś 46 ust. 4a ustawy Pzp, nakazuje zamawiającemu zatrzymanie wadium wraz z odsetkami, jeżeli

wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę, jako najkorzystniejszej.

W przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do omawianego zarzutu dotyczącego liczby licencji, sprawa jest o tyle jasna i prosta, że jak to wynika z okoliczności sprawy poprawienie omyłki nie spowodowałoby zmiany sytuacji odwołującego w rankingu oceny ofert. Nadto wskazać należy, że odwołujący w swojej ofercie zaoferował przedmiot zamówienia (licencje) jednakże ich liczba nie odpowiadała wymaganiom zamawiającego. Niemniej zmiana liczby licencji na prawidłową, zgodną z s.i.w.z., nie spowodowałaby podniesienia ceny oferty, a ponadto nie spowodowałaby istotnej zmiany treści oferty. Na uwagę zasługuje tutaj bowiem fakt, że odwołujący nie zgadzając się na poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poniósłby dwójakie konsekwencje swojej decyzji. Po pierwsze jego oferta zostałaby odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a ponadto zamawiający posiadałby uprawnienie do zatrzymania wadium, zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła w tym zakresie stanowiska zamawiającego. Izbę dziwi fakt, że zamawiający w zawaolowany sposób próbował wyjaśniać treść oferty zamiast wykonawcę odwołującego zapytać wprost. Nie można zatem wywodzić negatywnych konsekwencji dla odwołującego, który nie wiedząc, nie znając szczególnych intencji zamawiającego, nie udzielił wyjaśnień w sposób satysfakcjonujący zamawiającego. Istotą procedury wyjaśniania treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) jest bowiem uzyskanie konkretnych i jednoznacznych informacji w zakresie szczegółowo wskazanych w wezwaniu wątpliwości. Zamawiający zadając ogólnikowe pytania musi przewidywać, że odpowiedź wykonawcy będzie równie ogólnikowa.

Biorąc powyższe pod uwagę, mając na względzie treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji. Pomimo stwierdzenia przez Izbę zasadności jednego z zarzutów, Izba nie uwzględniła odwołania, gdyż uwzględnienie zarzutu nie miało wpływu na wynik postępowania. Oferta odwołującego nadal bowiem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....