

Sygn. akt: KIO 1633/17

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2017 r. przez **Wykonawcę – D. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. H. U. „E.” D. P. w P. przy (...) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Komendę Główną Policji, (...)**

przy udziale

Wykonawcy – **K. B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w P.(2) przy (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę - D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. H. U. „E.” D. P. w P. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez tego Wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Komendę Główną Policji w W. na *zakup materiałów informatycznych* (nr ref. 65/BŁil/17/EZ), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.04.2017r., 2017/S 083-160297, wobec czynności odrzucenia oferty PHU E. D. P. Wykonawca ten wniósł w dniu 7 sierpnia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1633/17). Informację o wyniku oceny oferty Zamawiający przekazał Odwołującemu mailem w dniu 27 lipca 2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez pozbawienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że jej treść ma nie odpowiadać treści siwz pomimo tego, że w rzeczywistości oferta odpowiada treści siwz z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz ich powtórzenia z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący odniósł się do podstawy decyzji Zamawiającego, który uznał, iż oferta jest niezgodna z siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Odwołujący w pozycji nr 64 specyfikacji techniczno-cenowej wskazał przełącznik USB (...), który ma pozwolić dzielić urządzenie USB takie jak drukarki, skanery itp. pomiędzy dwa komputery. Tymczasem zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przełącznik tego rodzaju powinien zapewnić możliwość dzielenia urządzeń USB na cztery komputery. W związku z powyższym Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 17.07.2017 r. Odwołujący wskazał, że zaofferowany pod pozycją 64 specyfikacji techniczno-cenowej przełącznik posiada oczywiście oznaczenie (...), a pierwotnie wskazane cyfry 5 było skutkiem oczywistej omyłki pisarskiej związanej z obsunięciem palców z cyfry 6 na sąsiadującą na klawiaturze cyfrę 5. W tak ustalonym stanie faktycznym Zamawiający uznał, że oferta podlega odrzuceniu bowiem zaakceptowanie wyjaśnień miałyby w jego ocenie doprowadzić do wymiany przedmiotu zamówienia niezgodnego z siwz na zgodny z siwz oraz do zmiany treści oferty. Nadto, Zamawiający wskazał, że brak jest podstaw do uznania wskazanej omyłki za oczywistą omyłkę pisarską.

Stosując najdalej idącą sankcję odrzucenia oferty, Zamawiający pominął, że odrzucenie oferty może nastąpić w sytuacji, gdy nie jest możliwe wyjaśnienie treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią siwz na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z zastrzeżeniem zakazu

zmian w treści oferty wynikającym z drugiego zdania tego przepisu lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (przepis bezwzględnie obowiązujący).

Cena jednostkowa spornego przełącznika (67,65 zł brutto i łączna wartość wyliczona dla 10 sztuk – 676,50 zł) przy łącznej wartości oferty opiewającej na 880.680,00 zł. wskazuje na nieistotny charakter zmiany w treści oferty – dotyczyć ma pozycji stanowiącej 0.074% ceny globalnej oferty. Zmiana treści oferty nie miała polegać na wymianie produktu jednego typu i zastąpienia go produktem odmiennym. Nadal bowiem przedmiotem oferty będzie ten sam produkt, tego samego rodzaju, tego samego producenta, który występuje pod wspólnym indeksem (...) różnic się jedną cyfrą w ciągu numerycznym, co potwierdza oświadczenie producenta z 02.08.2017 r.

Odwołujący przywołał szereg orzeczeń dotyczących stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy eksponując cel tej instytucji, jakim miało być eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek w treści oferty odrzuceniu podległaby oferta gwarantująca realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz. Dyspozycją przepisu objęta jest możliwość poprawienia tak nieistotnej kwestii jak jedna cyfra w ciągu liczb zawartym w oznaczeniu przełącznika. W trybie art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy dopuszczalne jest dokonywanie poprawy omyłek nawet gdy poprawa to dotyczy elementów przedmiotowo istotnych, np. przedmiotu zamówienia czy ceny. Tym bardziej będzie miał zastosowanie w przypadku będącym przedmiotem rozstrzygnięcia, który elementu przedmiotowo istotnego nie stanowi. Omyłka Odwołującego nie mogła stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Treść złożonej oferty uzupełniona wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego pozwalała precyzyjnie ustalić zakres zobowiązania Odwołującego, a poprawienie omyłki w oznaczeniu tego samego rodzaju przełącznika nie prowadziłyby do nieuprawnionej zmiany treści oferty lub negocjacji jej warunków.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca K. B. Sp. z o.o. z siedzibą w P.(2).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego

interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, którego oferta została odrzucona, miał w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które mogą doprowadzić do wyboru oferty konkurencyjnej (droższej), a przede wszystkim pozbawiają Go realnej szansy na uzyskanie tego zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym oferty Odwołującego i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Rozstrzygając o zarzutach Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony na dzień dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wynikający zarówno z treści oferty jak i wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego w piśmie z dnia 17.07.2017 r.

Izba ustaliła, iż przedmiot zamówienia stanowi sukcesywna sprzedaż i dostarczenie Zamawiającemu podzespołów komputerowych oraz akcesoriów komputerowych (materiałów informatycznych) opisanych w załączniku nr 1 do OPZ. W pozycji 64 tabeli Zamawiający wskazał *Przełącznik USB 2.0 pozwalający na dzielenie jednego urządzenia USB (takiego jak drukarki, skanery itp.), pomiędzy cztery komputery*. Identyczna treść została przeniesiona do załącznika nr 5 do siwz – specyfikacji techniczno-cenowej, która zgodnie z pkt VII.2 siwz zawiera opis techniczny oferowanego asortymentu wraz z podaniem nazwy, typu, producenta oraz cen jednostkowych i łącznych brutto. Wykonawca składając ofertę miał złożyć wszystkie wypełnione załączniki – pod rygorem jej odrzucenia (pkt. XI.3 siwz). Zamawiający we wzorze umowy zastrzegł sobie prawo do odstąpienia od dostawy, zmniejszenia bądź zwiększenia ilości przedmiotu umowy w każdej pozycji asortymentowej i nie zagwarantował dokonania zakupu wszystkich rodzajów materiałów informatycznych wyszczególnionych w załączniku nr 1 (§ 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy).

W poz. 64 tabeli Odwołujący zaoferował, jako przełącznik USB 2.0 pozwalający na dzielenie jednego urządzenia USB (takiego jak drukarki, skanery itp.) pomiędzy cztery komputery – (...) za cenę jednostkową 67,65 zł. brutto, łącznie wycenioną na kwotę 676,50 zł (10 sztuk).

Zamawiający wystąpił pismem z dnia 14.07.2017 r. do Odwołującego o wyjaśnienie, czy zaoferowany przełącznik (...) pozwala na dzielenie jednego urządzenia pomiędzy cztery komputery, gdyż według posiadanej przez Zamawiającego wiedzy jest to przełącznik na dwa komputery.

Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 17.07.2017 (str. 2) wskazał, iż zaoferowany przez nas w pozycji 64 przełącznik USB posiada oczywiście oznaczenie (...) i pozwala na dzielenie jednego urządzenia USB pomiędzy cztery komputery. Omyłkowe wpisanie przez nas cyfry „5” w oznaczeniu przełącznika tłumaczymy zwykłą omyłką wynikającą prawdopodobnie z obsunięcia się palców dłoni na klawiaturze z klawisza „6” na sąsiadujący klawisz „5”, podczas komputerowego wypełniania formularza. Mając powyższe na uwadze, prosimy o uwzględnienie omyłki i poprawę w myśl art. 87 ust. 2 ustawy PZP”.

Zamawiający w piśmie z dnia 26.07.2017 r. poinformował, iż odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, gdyż zaoferowany przełącznik (...) pozwala na dzielenie jednego urządzenia USB (takiego jak drukarki, skanery itp.) pomiędzy dwa komputery. Wpisanie oznaczenia (...) w trybie poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy jako oczywistej omyłki pisarskiej w ocenie Zamawiającego nie było możliwe, prowadziłoby bowiem do wymiany przedmiotu zamówienia niezgodnego z jego opisem na inny zgodny z siwz oraz do zmiany treści oferty.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu, gdyż stwierdzona w niniejszym stanie faktycznym niezgodność treści oferty (poz. 64) z siwz nie kwalifikowała się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, a zmiana jakiej oczekiwał Odwołujący prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty.

Na wstępie należy zauważyć, iż spornym pomiędzy stronami była ocena zaistniałej w ofercie Odwołującego sytuacji wynikającej ze wskazania w specyfikacji techniczno-cenowej, w poz. 64 oznaczenia oferowanego przełącznika, które wskazywało na produkt niespełniający wymagania zapewnienia możliwości dzielenia urządzenia USB pomiędzy cztery komputery. Nie było spornym, iż opis produktu (...) identyfikuje urządzenie, które pozwala na dzielenie urządzenia USB na dwa komputery, co stanowiło o niezgodności oferty z siwz. Natomiast urządzenie tego samego producenta występujące pod oznaczeniem (...) pozwala na dzielenie jednego urządzenia USB pomiędzy cztery komputery. Zamawiający przedłożył na rozprawie informację o obu produktach D., które potwierdzają w sposób jednoznaczny właściwości obu urządzeń.

W sprawie rozstrzygnięcie Izby sprowadzało się do oceny, czy w tej sytuacji zachodziła podstawa do poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co wymagało ustalenia, iż w ofercie wystąpiła omyłka, której poprawienie nie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty.

Odnosząc się do orzecznictwa KIO należy wskazać na ogólne wytyczne dotyczące korygowania oświadczeń wykonawcy już po otwarciu ofert. Nie można pomijać tego, iż zmiana treści oferty, jako wyjątek od zasady niezmienności oferty od jej otwarcia (możliwość zmiany oferty zasadniczo ma miejsce do upływu terminu na jej złożenie), wymaga analizy *ad casum* spełnienia przesłanek przewidzianych w art. 87 ust. 2 Ustawy. Odwołujący prowadził wywód w tym kierunku, aby wykazać, iż wskazanie w ciągu cyfr identyfikujących produkt ostatniej cyfry 5 w miejsce 6, stanowić miało omyłkę pisarską wykonawcy, która nie wpływa na ustalenie, iż oferowany produkt jest tym samym urządzeniem, a zatem poprawienie treści oferty nie wpłynie w sposób istotny na zmianę treści oferty, w szczególności na wycenę.

Odnosząc się do tej tezy Izba uznała, iż nie ma ona oparcia w treści złożonych na rozprawie dowodów (opisu technicznego obu urządzeń), jak i znaczeniu, jakie należało przypisać oświadczeniu wykonawcy składanemu w załączniku nr 5 do siwz. Należy podnieść, iż Wykonawca zobowiązany był przedłożyć, pod rygorem odrzucenia oferty, wypełnione załączniki, w tym załącznik nr 5 stanowiącego opis oferowanych urządzeń, stanowiący podstawę do oceny spełnienia wymagań Zamawiającego. Zasadniczo tylko z treści tego załącznika Zamawiający mógł ustalić jaki przedmiot został zaoferowany, co stanowiło o istocie oferty i podlegało weryfikacji pod kątem zgodności z siwz. Ponadto, złożone na rozprawie specyfikacje techniczne obu istniejących na rynku produktów wskazują na istotne, z punktu widzenia wymagań Zamawiającego, różnice w funkcjonalności, które stanowiły element opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. Nie było zatem właściwym sprowadzanie stwierdzonej niezgodności z siwz do kwestii drobnej niezgodności, która pozwalała w sposób jednoznaczny przyjąć, iż zmiana w oznaczeniu nie miałaby skutku dla identyfikacji produktu, który został zaoferowany. Przeciwnie zamieszczony przez Wykonawcę opis wprost odsyłał do produktu o zidentyfikowanych parametrach technicznych, odmiennych od tych jakie posiada produkt z tej samej rodziny produktów D. z oznaczeniem końcowym „6”. Zamawiający zatem mógł w oparciu o dostępną specyfikację techniczną produktów stwierdzić, iż zaoferowany produkt nie jest tym, który spełni wymaganie dotyczące możliwości dzielenia urządzenia USB na cztery komputery. Wyjaśnienia Odwołującego potwierdziły tą ocenę i jednocześnie dostarczyły informacji, w jaki sposób wykonawca ocenił tą sytuację, kwalifikując ją do poprawienia w trybie art. 87 Ustawy. Ponieważ kwalifikacji danej sytuacji pod kątem oceny możliwości poprawienia należy dokonywać w sposób indywidualny, przywoływane przez Odwołującego tezy z orzeczeń KIO nie mogły decydować o ocenie dokonywanej w oparciu o ustalenia poczynione w tej sprawie. Można jedynie w sposób pomocniczy odesłać do orzecznictwa, które identyfikuje najważniejsze wytyczne dla Zamawiającego, po stronie którego spoczywa ciężar prawidłowej oceny danego stanu faktycznego. Można zatem wskazać, na wyrok KIO z 16 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO

2300/16 , zawierający przegląd najważniejszych tez mogących mieć odesłanie do niniejszej sprawy. *O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby wydane: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13)} – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art.87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obliuguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.*

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy Izba uznała, iż stwierdzona „omyłka” nie miała charakteru oczywistego, w tym znaczeniu, iż nie było możliwe ustalenie jaki przedmiot

kryje się pod wskazanym ciągiem cyfr, co wymagałoby uzyskania wyjaśnień od wykonawcy. Przeciwnie, Zamawiający oceniając ofertę w sposób prawidłowy zidentyfikował niezgodność oferowanego produktu z wymaganiami siwz i zwrócił się o wyjaśnienie tej sytuacji do wykonawcy. Złożone wyjaśnienia potwierdzały ustalenia Zamawiającego i już na tej podstawie uzasadniały stwierdzenie, wystąpienia niezgodności oferty z siwz. Ponieważ nie było możliwe uzyskanie z innego miejsca oferty informacji, która pozwalałaby odmiennie ocenić oświadczenie Wykonawcy, Zamawiający był zobowiązany przyjąć, iż oferta nie odpowiada treści siwz.

W tej sytuacji należało zatem ustalić, czy niezgodności tej nie dało się usunąć w oparciu o art. 87 ust. 2 Ustawy. Zamawiający w podstawie odrzucenia oferty wskazał na brak możliwości uznania tej niezgodności za omyłkę pisarską, do czego Odwołujący w ogóle się nie odnosił, prezentując argumenty za poprawieniem omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. W tym miejscu należy poczynić uwagę, iż taki sposób konstrukcji zarzutu mógł skłaniać do przyjęcia, iż zarzut nie koresponduje z podstawą prawną decyzji Zamawiającego, który wskazał na art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy. Mając jednak na uwadze oczywiste dążenie do wykazania możliwości poprawienia oferty na podstawie pkt 3, Izba uznała, iż odwołanie zmierzało faktycznie do podważenia kwalifikacji prawnej decyzji poprzez wskazanie na prawidłową podstawę mającą uprawniać do dokonania korekty oświadczenia Wykonawcy.

Przechodząc zatem do analizy spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Izba w pierwszej kolejności uznała, iż w sprawie niewątpliwie wystąpiła niezgodność oferty z siwz (zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań Zamawiającego), która mogła wynikać z omyłki popełnionej przy sporządzaniu oferty. Trudno jest podważyć stanowisko Odwołującego o technicznej omyłce przy wpisywaniu oznaczenia jednego z dwóch występujących na rynku produktów różniących się jedną cyfrą. W ocenie Izby, nie stanowiło to jednak wystarczającej podstawy do uznania, iż poprawienie tej omyłki nie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty. Przede wszystkim na taki wniosek nie pozwala ustalenie, że zmiana oznaczenia faktycznie wskazywałaby na inny produkt, niż został pierwotnie zaoferowany, i prowadziłaby do jego zastąpienia innym, spełniającym wymagania Zamawiającego. Już samo to stwierdzenie wskazuje, że zmiana miałaby charakter istotny, a nie jedynie korygujący wcześniejszą nieścisłość, czy też niedokładność w określeniu tego co Wykonawca oferuje. Dokonując oceny oferty Zamawiający musi mieć pewność tego co jest przedmiotem oferty, aby móc w sposób prawidłowy dokonać jej oceny. Zmiana w tak istotnym zakresie oświadczenia wykonawcy narażałaby na zarzut prowadzenia negocjacji, których efektem miałyby być dopasowanie przedmiotu oferowanego do zidentyfikowanych potrzeb Zamawiającego, ale dopiero po otwarciu ofert. Nie można zapominać o nakazie prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i

równe traktowanie wykonawców. Jeżeli nawet przyjąć, że subiektywne odczucia Odwołującego miały oparcie w przekonaniu towarzyszącym składaniu oferty o zaoferowaniu materiału informatycznego odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, to obiektywna możliwość zweryfikowania takiego zamiaru przez Zamawiającego jest zasadniczo niemożliwa. Tylko zatem wykazanie, że oświadczenie zawierające niezgodność z treścią siwz po jego zmianie nie wpłynie w stopniu istotnym na treść oferty, uprawnia Zamawiającego do ingerencji w treść oferty. Zamawiający nie może w sposób dowolny dokonywać zmiany, nawet przyjmując, iż ustawodawca wprowadził mechanizm kontrolny w postaci konieczności powiadomienia wykonawcy o dokonanej zmianie i wyrażeniu na nią zgody. W ocenie Izby zmiana prowadząca faktycznie do zastąpienia jednego przedmiotu (niepełniającego wymagań) drugim (spełniającym) stanowi istotną modyfikację treści oferty. W niniejszej sprawie nie było również możliwym uznanie, iż zakres rzeczowy tego asortymentu nie ma istotnego znaczenia dla wyceny oferty i jej zakresu. Faktycznie kalkulacja ceny ofertowej dokonywana na podstawie wyceny poszczególnych pozycji formularza (103 pozycje) miała znaczenie wyłącznie na potrzeby porównania ofert, a faktyczne zobowiązanie Wykonawcy do dostarczania produktów miało być uzależnione od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Stąd istotnym w każdej pozycji formularza było wskazanie na produkt oraz jego cenę jednostkową, jako dwóch kluczowych w identyfikacji przedmiotu dostawy oświadczeń.

Podsumowując, Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia Odwołującego iż wpisując opis pozycji 64 formularza cenowego popełnił omyłkę, tyle że skutki jej poprawienia w ocenie Izby należało ocenić jako istotne, gdyż faktycznie prowadziłyby do zmiany wynikającego z pierwotnej treści oferty przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie to nie skala (wielkość) przedmiotu zamówienia decydować mogła o uznaniu, że zmiana oznaczenia przełącznika USB miała istotne znaczenie dla treści oferty. Zasadniczo bowiem oznaczenie to jako jedyne w ofercie pozwalało na zidentyfikowanie zaoferowanego urządzenia, a jak wynika z analizy materiału przedstawionego na rozprawie, urządzenia tego samego typoszeregu różnią się znacząco, co jest odzwierciedlone w ich pełnym opisie numerycznym. To że Zamawiający wystąpił o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy nie przesądzało z automatu, iż zobowiązany będzie do poprawienia treści oferty. Słusznie Zamawiający oceniał, iż w sytuacji gdyby dokonać zmiany oznaczenia, faktycznie doszłoby do zmiany produktu i zastąpienia produktu nie spełniającego wymagań, właściwym. Takie działania w ocenie składu orzekającego należy uznać za niedopuszczalne i prowadzące faktycznie do naruszenia podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mimo, zatem przyznania, że opis mógł być zamieszczony w sposób niestaranny, to w tej

sytuacji miał znaczenie daleko idące, gdyż prowadził faktycznie do wskazania co jest przedmiotem oferty wycenionym w formularzu, mającym stanowić przedmiot dostawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący: