

Sygn. akt: KIO 1039/14

**WYROK**  
z dnia 3 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:   Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant:       Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2014 r. przez odwołującego – **S&T Services Sp. z o.o. z Warszawy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Bank Gospodarstwa Krajowego z Warszawy**,

przy udziale wykonawcy **Integrated Solutions Sp. z o.o. z Warszawy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wytycznych wskazanych w uzasadnieniu,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Bank Gospodarstwa Krajowego z Warszawy** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez odwołującego – **S&T Services Sp. z o.o. z Warszawy** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Banku Gospodarstwa Krajowego z Warszawy** na rzecz odwołującego – **S&T Services Sp. z o.o. z Warszawy** kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym przez Bank Gospodarstwa Krajowego (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Zwiększenie pojemności macierzy” wykonawca S&T Services Polska Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Integrated Solutions S.A. (dalej „Integrated Solutions” albo „przystępujący”), pomimo że zamawiający zaniechał całościowego zbadania ofert i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do treści oferty Integrated Solutions,
2. naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie zmian do treści oferty Integrated Solutions, mimo że zmiany te nie polegały na poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych,

Odwołujący wniósł o o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Integrated Solutions,
- dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert,

ewentualnie:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania, w przypadku stwierdzenia, że przewidziane w ustawie Pzp uprawnienia zamawiającego nie pozwalają ustalić treści ofert w taki sposób, aby zapewnić ich porównywalność.

Odwołujący podał następujące informacje co do dotychczasowego przebiegu przedmiotowego postępowania przetargowego:

- w postępowaniu złożono sześć ofert. Zamawiający po raz pierwszy rozstrzygnął postępowanie w dniu 27 lutego 2014 r., kiedy to uznał ofertę odwołującego za najkorzystniejszą, a odrzucił oferty pozostałych wykonawców.
- wykonawca Integrated Solutions odwołał się od powyższego rozstrzygnięcia. Spór dotyczył spełnienia przez Integrated Solutions wymagań dotyczących dysków hot-spare (punkty 2.1.16 i 2.1.17 formularza oferty technicznej stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz półek dyskowych (punkty 2.1.35, 2.1.36 i 2.4.10 formularza oferty technicznej). W obu wypadkach zamawiający przyjął, że wykonawca Integrated Solutions zaoferował odpowiednio zbyt mało dysków hot-spare i zbyt małą liczbę półek dyskowych, przez

co jego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ. Odwołanie zostało rozstrzygnięte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 28 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 473/14).

- w odniesieniu do dysków hot-spare w punktach 2.1.16 i 2.1.17 formularza oferty technicznej wskazano, że liczbę dysków należy powiększyć o dyski (lub przestrzeń) hot-spare, natomiast liczba dysków hot-spare nie może być mniejsza niż 1 dysk dla każdej z macierzy. Z ustaleń poczynionych przez Izbę, w odniesieniu do dysków, wynika, że zamawiający „*odgadywał w zasadzie w każdej ofercie [poza S&T Services sp. z o.o. (...)] ile dysków podstawowych wykonawca oferuje, a ile z ogólnej liczby wykonawca zamierzał przeznaczyć na hot-spare*” (str. 15 uzasadnienia).
- w odniesieniu do półek dyskowych zamawiający wskazał w punktach 2.1.35 załącznika nr 1 do SIWZ, że ich liczba musi uwzględnić liczbę i format oferowanych dysków oraz rezerwę w ilości nie mniej niż 12 wolnych slotów. Wątpliwości wynikały z faktu, że według Integrated Solutions zaoferował on obok półek dyskowych także przestrzenie w kontrolerze macierzy, w ramach których można ulokować dyski (tak jak w półkach dyskowych), które w braku takiego wymagania nie zostały wprost wyspecyfikowane w odpowiednich rubrykach formularza oferty technicznej, a takie rozwiązanie samo w sobie nie jest sprzeczne z treścią SIWZ. W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała między innymi, że „*Zamawiający winien był ustalić, czy przestrzeń w kontrolerze wpływa na wycenę w formularzu cenowym, czy też może została ona wyceniona w innej pozycji*” (str. 17-18 uzasadnienia).
- Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty i odrzucenia oferty Integrated Solutions oraz dokonanie ponownego badania ofert i ich oceny. Izba przyjęła, że odrzucenie oferty Integrated Solutions z przyczyn wskazanych pierwotnie przez zamawiającego nie było dopuszczalne. Izba stwierdziła, że nie nakazuje wyboru oferty Integrated Solutions, pomimo takiego wniosku, ponieważ jest to uzależnione od dalszej oceny zamawiającego, z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu (str. 24 uzasadnienia).
- Po wydaniu wyroku KIO, zamawiający dwukrotnie powtórzył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, za każdym razem wybierając ofertę Integrated Solutions – pierwszy ponowny wybór z dnia 7 maja 2014 r. został unieważniony zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 16 maja, po czym zamawiający tego samego dnia dokonał po raz drugi ponownego wyboru.

Odwołujący podał następujące informacje dotyczące działań zamawiającego podjętych w ramach ponownej oceny ofert:

- Po unieważnieniu pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający wprowadził do oferty Integrated Solutions zmiany – powołując się na art. 87 ust. 2 pkt

2 ustawy Pzp zmienił liczbę półek dyskowych wskazanych w formularzu oferty technicznej w punkcie 2.4.10 kolumna D: w miejsce pierwotnie wskazanej liczby 15 wprowadził liczbę 27.

- W oparciu o powyższą zmianę zamawiający zmodyfikował także formularz cenowy w ofercie Integrated Solutions – w wierszu 3.4 w kolumnie „ilość” liczba 15 została zmieniona na 27, w tym samym wierszu, w kolumnach „wartość netto” i „wartość brutto” zamawiający zwiększył wpisane tam ceny proporcjonalnie do wzrostu liczby wskazanej w kolumnie „ilość”:

w kolumnie „wartość netto”: z 104 880,00 zł na 188 784,00 zł,

w kolumnie „wartość brutto”: z 129 002,40 zł na 232 204,32 zł.

O tak obliczoną kwotę przyrostu cen wskazanych w wierszu 3.4 zamawiający zwiększył odpowiednio łączną kwotę wskazaną w wierszu 3.6 (kolumna „wartość brutto”: z 4 501 982,04 na 4 605 183,96 zł). Analogicznie zmodyfikowano kwoty podane w formularzu oferty:

w pozycji „wartość netto”: z 5 007 798,00 zł na 5 091 702,00 zł,

w pozycji „wartość brutto”: z 6 159 591,54 zł na 6 262 793,46 zł.

- Zamawiający wskazał, że podstawą prawną powyższej operacji jest art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, co oznacza, że uznał, iż stanowi ona poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie miał podstaw do wprowadzenia omawianych zmian, ponieważ:

- omyłką rachunkową jest niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, polegający na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, zaś oczywistość omyłki przejawia się z jednej strony w łatwości jej dostrzeżenia, z drugiej strony na braku wątpliwości co do tego, jak należy ją poprawić, bez konieczności domniemywania jakichkolwiek danych przez zamawiającego; w przypadku zmian wprowadzonych przez zamawiającego w ofercie Integrated Solutions nie sposób jednak mówić o zaistnieniu którejkolwiek z przesłanek poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej,
- nie mamy tu do czynienia z błędnym działaniem arytmetycznym – „poprawienie omyłki” polegało bowiem na zmianie danych przyjętych do obliczeń, czyli na zwiększeniu liczby półek dyskowych Typ 1 wskazanych w pozycji 2.4.10 kol. D formularza oferty technicznej z 15 do 27 sztuk, co oznacza, że w istocie doszło do modyfikacji oświadczenia woli Integrated Solutions ujętego w formularzu oferty technicznej,

- o tym, że nie sposób mówić o „oczywistości” może świadczyć już okoliczność, że wątpliwości co do treści oferty Integrated Solutions istniały jeszcze w trakcie postępowania odwoławczego zakończonych wyrokiem w sprawie KIO 473/14 i, jak wynika z uzasadnienia tego wyroku, nie zostały w całości usunięte (str. 23-24 uzasadnienia); nie sposób też uznać, że zamawiający jest w stanie, w oparciu o samą treść oferty Integrated Solutions, ustalić sposób dalszego postępowania po modyfikacji liczby półek – dokonując zmian w ofercie Integrated Solutions, zamawiający zwiększył wynagrodzenie za półki dyskowe Typ 1 proporcjonalnie do wzrostu ich liczby, co oznacza, iż przyjął, że dodatkowych 12 półek dyskowych w pozycji 2.4.10 kol. D formularza oferty technicznej ma takie same ceny jednostkowe, jak 15 półek wycenionych pierwotnie przez Integrated Solutions, co jest założeniem nieuprawnionym i arbitralnym.

Zamawiający modyfikując treść formularza oferty technicznej stwierdził, że rzekoma „omyłka” wynika z tego, że „Wykonawca nie uwzględnił w obliczeniach półek dyskowych Typ1, których rolę pełnią kontrolery dyskowe” – innymi słowy, na 27 półek dyskowych wskazanych w zmodyfikowanej ofercie składa się 15 półek dyskowych jednego rodzaju, ujętych w pierwotnej treści oferty, oraz 12 półek dyskowych innego rodzaju (półek, których rolę pełnią kontrolery dyskowe). Nie są to tożsame urządzenia, co było niesporne w trakcie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przyjęcie zatem, że modyfikacja liczby półek w sposób przyjęty przez zamawiającego przekłada się na proporcjonalny wzrost wynagrodzenia opiera się wyłącznie na domniemaniu, nie wynika to ani z treści oferty, ani z treści orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku w sprawie KIO 473/14.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w chwili obecnej istnieją też wątpliwości, czy zamawiający w ogóle brał pod uwagę wyniki swoich modyfikacji przy wyborze oferty najkorzystniejszej skoro z zawiadomienia o wyborze z dnia 7 maja 2014 r. jako cenę oferty Integrated Solutions wskazano 6 159 591,54 zł brutto, podczas gdy po „poprawieniu omyłek” cena – według powiadomienia przesłanego przez zamawiającego do Integrated Solutions, znajdującego się w dokumentacji postępowania – miałyby wynosić 6 262 793,46 zł brutto.

Odwołujący podsumował, że działania zamawiającego polegały na sprzecznym z przepisami ustawy, arbitralnym modyfikowaniu oferty Integrated Solutions w zakresie liczby zaoferowanych półek dyskowych oraz zaoferowanej ceny.

Odwołujący podniósł także, że obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z wyroku w sprawie KIO 473/14, było dokonanie ponownego badania ofert i oceny ofert z uwzględnieniem wytycznych wskazanych w uzasadnieniu wyroku.

Odwołujący ocenił, że wytyczne Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku zmierzają do określenia dokładnej treści poszczególnych ofert i ustalenia, czy i w jaki sposób zostały wycenione niektóre ich elementy, tj. dyski oraz półki dyskowe (str. 23-24 uzasadnienia). Stał na stanowisku, że gdyby informacje te były dostępne na etapie zamknięcia rozprawy w sprawie KIO 473/14, Izba mogłaby nakazać wybór konkretnej oferty, czego nie uczyniła, uzależniając wybór od wyników dalszej oceny ofert.

Zdaniem odwołującego zamawiający w dalszym ciągu nie ustalił, jaka jest treść oferty Integrated Solutions – dotyczy to zarówno liczby urządzeń, które należy ująć w poszczególnych wierszach formularza oferty technicznej, jak i cen wskazanych w formularzu cenowym i formularzu oferty.

Podniósł, że doszło do sprzecznej z art. 87 ust. 1 i 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp modyfikacji treści oferty Integrated Solutions, w konsekwencji czego wybór oferty Integrated Solutions nastąpił co najmniej przedwcześnie.

Wskazał, że zamawiający powinien w pierwszej kolejności wyczerpać swoje uprawnienia określone w ustawie Pzp, a dopiero potem podjąć decyzję w sprawie losów postępowania. Uznał, że z uwagi na liczne uchybienia zamawiającego nie można wykluczyć, że ustawowe mechanizmy (wyjaśnienia składane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i prawo poprawienia omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp) mogą okazać się niewystarczające, czego konsekwencją będzie brak możliwości oceny i następnie porównania ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców. Wskazał, że możliwość taką zasygnalizowano już w wyroku w sprawie KIO 473/14 (*„Inną jednak jest sprawą, czy SIWZ opracowana na użytek przedmiotowego postępowania pozwala na ocenę złożonych ofert przez pryzmat tego, czy spełniają one wymagania stawiane przez Zamawiającego”* – str. 14). Wskazał nadto, że Izba zasygnalizowała, iż ustalenie ilości dysków może okazać się niemożliwym *„bez takiego wyjaśnienia treści oferty, które następczo, po terminie składania ofert będzie zmieniało ich treść”* (str. 24 uzasadnienia).

Zamawiający nie skorzystał z prawa wniesienia odpowiedzi na odwołanie.

**Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego przy piśmie z dnia 30 maja 2014 r. w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz z dokumentacji postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 473/14, a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy, po zapoznaniu się z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2014 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 473/14 skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu: czynności i zaniechania zamawiającego.

Na podstawie *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* oraz *Informacji o wynikach postępowania* z dnia 16 maja 2014 r. skład orzekający Izby ustalił, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na miejscu drugim za ofertą przystępującego, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

Ponieważ zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do nakazania zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert ze względu na przedwczesność wyboru oferty przystępującego (zamawiający nie ustalił dokładnej treści oferty przystępującego i tego, czy i w jakich sposób zostały wycenione dyski i półki dyskowe), uznać należy, że ponowienie czynności badania i oceny ofert może doprowadzić do uznania, że oferta wykonawcy nie może zostać wybrana, co dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. *Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (Druk ZP-PN).
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. Oferta wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o.
4. Pismo zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2014 r. *Poprawienie omyłek*, skierowane do przystępującego.
5. Pismo zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2014 r. *Poprawienie omyłek*, skierowane do wykonawcy Helica Sp. z o.o..



6. *Informacja o wynikach postępowania* z dnia 16 maja 2014 r. – informacja o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego oraz klasyfikacji oferty odwołującego (68,17 pkt) i Sygnity S.A. (53,75).

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2014 r. zamawiający poinformował przystępującego, że w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2014 r. (w sprawie o sygn. akt KIO 473/14) dokonał ponownego badania i oceny ofert oraz, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, dokonał poprawy oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem ich konsekwencji rachunkowych, tj. w pierwszej kolejności uznał za oczywistą omyłkę rachunkową liczbę półek dyskowych w ilości 15 podaną przez przystępującego w pkt. 2.4.10 formularza oferty technicznej, co wymaga poprawy na 27. Jako konsekwencję ww. oczywistej omyłki rachunkowej, w dalszej kolejności zamawiający poinformował o poprawieniu ilości półek z 15 na 27 w formularzu cenowym oraz wartości netto i brutto w formularzu cenowym (3.4., 3.6.), będących konsekwencją poprawy ilości półek, ostatecznie zmieniając także cenę brutto w formularzu oferty z 6 159 591,54 zł na 6 262 793,46 zł.

Zamawiający, powołując się na przepis art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, zażądał potwierdzenia faktu otrzymania pisma (faksem lub drogą elektroniczną).

Na podstawie *Informacji o wynikach postępowania* z dnia 16 maja 2014 r. skład orzekający Izby ustalił, że za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę przystępującego (klasyfikacja z najwyższą punktacją, tj. 86,60), a nadto, że ocenie według przyjętych kryteriów oceny ofert zamawiający poddał także ocenie dwie inne oferty: odwołującego (68,17 pkt) i Sygnity S.A. (53,75). Ocenie z zastosowaniem przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert nie zostały poddane oferty trzech pozostałych wykonawców, których oferty zostały odrzucone (dwie z tych ofert zamawiający uznał za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Na podstawie oferty przystępującego skład orzekający Izby ustalił, że:

- w Formularzu ofertowym przystępujący zaoferował cenę oferty brutto w wysokości 6 159 591,54 zł,
- w Formularzu cenowym w części odnoszącej się do „Dostawa rozbudowy (w ramach opcji) macierzy i systemów NAS” przystępujący zaoferował półki dyskowe Typ1 w ilości 15 szt. (pkt 3.4),
- w Formularzu oferty technicznej w przypadku Macierzy 1 przystępujący zaoferował półki dyskowe w ilości: „2 plus sloty dyskowe w obudowie kontrolerów” (pkt 2.1.35)

oraz w przypadku Macierzy 2 przystępujący zaoferował półki dyskowe w ilości: „3 plus sloty dyskowe w obudowie kontrolerów” (pkt 2.1.36),

- w Formularzu oferty technicznej przystępujący zaoferował łączny maksymalny zakres rozbudowy (300% łącznej liczby półek dyskowych Typ1 dla Macierzy 1 i Macierzy 2) w ilości 15.

Zarzut wprowadzenia zmian do treści oferty przystępującego (na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp) pomimo tego, że zmiany te nie polegały na poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych potwierdził się.

Zmiany w treści oferty przystępującego, o jakich zamawiający poinformował przystępującego w piśmie z dnia 28 kwietnia 2014 r. dotyczyły w pierwszej kolejności treści pkt. 2.4.10 kolumna D Formularza oferty technicznej przystępującego, tj. ilości półek dyskowych – zmiana wskazanej w ofercie przystępującego liczby półek 15 na 27.

W ocenie składu orzekającego Izby, w przypadku podania przez wykonawcę w treści oferty jedynie wyniku sumowania (tu: liczby półek dyskowych – 15), tj. bez samego sumowania, którego treść oferty nie zawiera, nie sposób w ogóle mówić o dokonaniu przez wykonawcę w treści oferty jakiegokolwiek operacji rachunkowej na liczbach.

Skoro zaś, jak powszechnie przyjmuje doktryna i orzecznictwo, omyłka rachunkowa to omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach, a w treści oferty (tu: pkt 2.4.10) brak jest jakichkolwiek operacji rachunkowych, to nie sposób dokonywać poprawy treści takiej oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Dalsze zmiany dotyczyły treści oferty przystępującego zawartych w Formularzu cenowym i, jak wskazał zamawiający w ww. piśmie z dnia 28 kwietnia 2014 r., były konsekwencją poprawionej przez zamawiającego omyłki pkt. 2.4.10 kolumna D Formularza oferty technicznej przystępującego.

Skoro jednak, jak wskazano powyżej, poprawa przez zamawiającego liczby dysków w pkt. 2.4.10 kolumna D Formularza oferty technicznej przystępującego było niedopuszczalne na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, to dalsze poprawy w treści Formularza cenowego również uznać należy za niedopuszczalne.

Ponieważ omyłka nie miała w ogóle charakteru omyłki rachunkowej to rozpatrywanie jej (oczywistego) charakteru jest bezcelowe.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że zamawiający, informując wykonawcę Helica Sp. z o.o. o dokonaniu poprawy oferty tego wykonawcy w zakresie Formularza oferty technicznej (tj. tego samego formularza jak w przypadku przystępującego co do pkt. 2.4.10) dokonał tej poprawy, powołując się na przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – poprawa

dotyczyła poziomu wsparcia dla funkcjonalności global namespace, tj. ewidentnie „merytorycznej” treści oferty wykonawcy Helica Sp. z o.o.

W ocenie składu orzekającego Izby taki też – „merytoryczny” charakter miał cały Formularz oferty technicznej, ponieważ wykonawcy identyfikowali w nim (opisywali) oferowany przez siebie przedmiot (najczęściej poprzez akceptację parametrów/wymogów wskazanych przez zamawiającego albo wskazanie parametrów oferowanych), nie prezentując w nim jakichkolwiek obliczeń.

Co istotne, zamawiający nie wskazał, aby dokonana zmiana była możliwa na innej, dopuszczonej ustawowo podstawie.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się.

Zarzut dokonania wyboru oferty przystępującego, pomimo tego, że zamawiający zaniechał całościowego zbadania i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do treści oferty przystępującego, co było obowiązkiem zamawiającego wynikającym z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 473/14 potwierdził się.

Zarzut sprowadza się do zaniechania wykonania przez zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2014 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 473/14.

Niewątpliwie wytyczne Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w ww. wyroku zmierzały do określenia przez zamawiającego w ramach nakazanego ponownego badania i oceny ofert dokładnej treści oferty przystępującego.

W piśmie do przystępującego z dnia 28 kwietnia 2014 r. – *Poprawienie omyłek* zamawiający podał, że ponowił czynność badania i oceny ofert w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2014 r.

Na posiedzeniu i na rozprawie zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawca utrzymywali, że poprawa omyłek w ofercie przystępującego została wykonana zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 28 marca 2014 r. (stąd na etapie posiedzenia wnioski o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp), tj. wyroku, który zapadł w sprawie o sygn. akt KIO 473/14. Jako kluczowe dla dokonanych poprawek wskazano treść akapitu ostatniego zawartego na str. 17 wyroku, który – jak ustalił skład orzekający Izby – miał swój dalszy ciąg na str. 18. Akapit ten brzmi:

*„W świetle powyższego, przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ w zakresie ilości półek dyskowych [pkt 2.1.35 i 2.1.36 FOT] było co najmniej przedwczesnym, wobec braku wyjaśnienia tej kwestii na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający doszedł jednak do wniosku, że nawet jeśli Odwołujący przewidział*

*zamiast półek dyskowych umieszczenie dysków w kontrolerze macierzy, to w takim wypadku w części oferty mówiącej o maksymalnym zakresie rozbudowy macierzy [pkt 2.4.10 FOT] podał w takim wypadku zbyt małą ilość półek oraz, że powinien podać jako liczbę półek taką wartość, która będzie odpowiadała zaoferowanej liczbie półek a także liczbie półek, która została zastąpiona możliwością umieszczenia dysków w macierzy: zdaniem Zamawiającego, wykonawca powinien był podać zamiast 15 półek dyskowych – liczbę 27. Biorąc jednak stanowisko Zamawiającego o dopuszczeniu możliwości zaoferowania zamiast półek dyskowych miejsc w kontrolerze, w którym będą umieszczone dyski, oraz wobec braku w formularzu FOT informacji, jak tego rodzaju sytuację należy zaprezentować, Zamawiający winien był ustalić, czy przestrzeń w kontrolerze wpływa na wycenę w formularzu cenowym [czy też może została ona wyceniona w innej pozycji, np. dotyczącej macierzy]. Jeśli natomiast akcent zawartych w pkt 2.1.35 i 2.1.36 FOT informacji dotyczących półek dyskowych, w istocie odnosił się do liczby dysków, jakie można pomieścić w rozbudowywanej w wyniku postępowania macierzy – nic nie stało na przeszkodzie dokonaniu stosownej poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy”.*

Z zacytowanego fragmentu uzasadnienia wyroku Izby wynika, że:

1. zamawiający, przed uznaniem, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, powinien był skorzystać z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego nie uczynił wobec czego uznanie tej niezgodności było przedwczesne; wobec zaś dopuszczenia przez zamawiającego możliwości zaoferowania zamiast półek dyskowych miejsc w kontrolerze, w którym będą umieszczone dyski oraz wobec braku w formularzu oferty technicznej informacji, jak tego rodzaju sytuację należy zaprezentować, zamawiający powinien ustalić, czy przestrzeń w kontrolerze wpływa na wycenę w Formularzu cenowym,
2. zamawiający mógł („nic nie stało na przeszkodzie”) dokonać poprawy oferty przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (jeśli akcent informacji zawartych w pkt 2.1.35 i pkt 2.1.36 Formularza oferty technicznej odnosił się do liczby dysków, jakie można pomieścić w rozbudowywanej w wyniku postępowania macierzy).

Na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, przy piśmie z dnia 30 maja 2014 r., skład orzekający Izby ustalił, co potwierdził przystępujący na rozprawie, że zamawiający nie zwracał się do przystępującego – po wydaniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 473/14 – o udzielenie jakichkolwiek wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Oznacza to, że w ramach

nakazanej przez Izbę czynności badania i oceny ofert zamawiający nie ustalił, czy przestrzeń w kontrolerze wpływa na wycenę w Formularzu cenowym.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska przystępującego co do tego, iż prawidłowym było działanie zamawiającego polegające na oparciu się w ramach ponowienia badania i oceny oferty przystępującego na wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego w toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 473/14, ponieważ:

- wyjaśnienia te nie były składane w odpowiedzi na skonkretyzowane przez zamawiającego żądanie co do tego, czego – w zakresie treści oferty przystępującego – wątpliwości zamawiającego dotyczą (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp),
- protokół z posiedzenia i rozprawy nie stanowi ani załącznika do protokołu postępowania, ani części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 96 ustawy Pzp),
- nie sposób w ogóle ustalić, które (jakiej konkretnie treści) wyjaśnienia wzięt pod uwagę zamawiający,
- uczestnikami postępowania odwoławczego w sprawie KIO 473/14 nie byli wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności uczestnikiem tym nie był wykonawca Sygnity S.A., którego oferta została sklasyfikowana na miejscu trzecim; oznacza, że wykonawcy ci zostali pozbawieni możliwości oceny prawidłowości działań zamawiającego na podstawie informacji, do jakich winni mieć dostęp zgodnie z zasadą pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp).

Na podstawie skierowanego do przystępującego pisma zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2014 r. – *Poprawienie omyłek* skład orzekający Izby ustalił także, że w ramach nakazanej przez Izbę czynności badania i oceny ofert zamawiający nie dokonał poprawienia oferty przystępującego ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ, tj. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ale ze względu na występujące w tej ofercie oczywiste omyłki rachunkowe (wedle kwalifikacji zamawiającego), tj. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Co więcej, na rozprawie zamawiający oświadczył: „nie było podstawy i nie dokonał poprawienia oferty przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ wystarczającym było poprawienie oferty przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp”.

Biorąc powyższe pod uwagę uznać należy, że zamawiający nie wykonał wyroku Izby z dnia 28 marca 2014 r, zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 473/14 zgodnie z jego treścią.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że w wyroku z dnia 28 marca 2014 r, zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 473/14 Izba wyraziła wątpliwości co do tego, *„czy możliwe jest ustalenie zgodności lub nie ofert złożonych w postępowaniu, i rozstrzygnięcie postępowania przy wskazanych wyżej niedoskonałości opisu Formularza służącego do prezentacji oferty, przy zastosowaniu określonych reguł kolizyjnych i interpretacyjnych. W powyższym zakresie, wydaje się, że niemożliwym będzie ustalenie treści tych ofert, które nie wskazują odrębnie dysków podstawowych i dysków na cele hot - spare, albo wyraźnie nie wskazują, że w ramach ogólnej ilości dysków zawarto dodatkową przestrzeń na cele hot spare – ilości oferowanych dysków, w tym dysków o przeznaczeniu hot - spare bez takiego wyjaśnienia treści oferty, które następnie, po terminie składania ofert będzie zmieniało ich treść. Każdorazowa próba wyjaśnienia tej kwestii w odniesieniu do ofert opierać się musi na domysłach Zamawiającego, a nie na zawartości ofert”*.

Zamawiający winien w ramach ponowienia badania i oceny ofert przesądzić podnoszoną w wyroku KIO 473/14 kwestię, tj. *„czy możliwe jest ustalenie zgodności lub nie ofert złożonych w postępowaniu, i rozstrzygnięcie postępowania przy wskazanych wyżej niedoskonałości opisu Formularza służącego do prezentacji oferty, przy zastosowaniu określonych reguł kolizyjnych i interpretacyjnych”*.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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).

**Przewodniczący:** .....