

Sygn. akt: KIO 2015/18

WYROK
z dnia 19 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2018 r. przez wykonawcę „ALMA” S.A. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Fundusz Zdrowia w Warszawie - Małopolski Oddział Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Krakowie

przy udziale wykonawcy T – Systems Polska Sp. z o. o. we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego w wysokości 15 831 zł 30 gr (słownie:

piętnaście tysięcy osiemset trzydzieści jeden złotych trzydzieści groszy) obciąża wykonawcę „ALMA” S.A. w Poznaniu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „ALMA” S.A. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy „ALMA” S.A. w Poznaniu na rzecz zamawiającego Narodowego Funduszu Zdrowia w Warszawie - Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Krakowie kwotę 831 zł 30 gr (słownie: osiemset trzydzieści jeden złotych trzydzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych jako koszty dojazdu na rozprawę oraz opłata skarbową od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) 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

do wyroku z dnia 19 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2015/18

Zamawiający - Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą przy ul. Grójeckiej

186 w Warszawie, jednostka prowadząca postępowanie Małopolski Oddział Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą przy ul. Ciemnej 6 w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa systemu DWDW”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2018 r. pod numerem 2018/S 142-325782, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) dalej jako „p.z.p.”

W dniu 25 września 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcy „ALMA”

S. A. z siedzibą przy ul. Wichrowej 1a w Poznaniu (dalej jako „odwołujący”) informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jako oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”). Od tej czynności zamawiającego odwołujący w dniu 4 października 2018 r. wniósł środek zaskarżenia, w którym postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ;
2. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. z ostrożności procesowej - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., dokonania badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W zakresie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 82 ust. 3 p.z.p., poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt

2 p.z.p., pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ, odwołujący podniósł co następuje.

Odwołujący w dniu 25 września 2018 r. otrzymał od zamawiającego pismo (załącznik nr 1 do odwołania), w którym zamawiający poinformował, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odrzucił ofertę odwołującego. W ocenie odwołującego uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego jest niezwykle lakoniczne i nie sposób się z nim zgodzić. Przede wszystkim nie wiadomo na jakiej podstawie zamawiający ustalił, że odwołujący zaoferował po jednym zasilaczu dla każdego DWDM oraz zaoferował po jednej sztuce transponderów/muxponderów. Nic takiego nie wynika z formularza oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący przytoczył treść pkt 7.1.1 i 7.2.1 SIWZ i wskazał, że przygotowując i składając swoją ofertę zastosował się ściśle do ww. wymagań SIWZ - odwołujący złożył wraz z ofertą wypełnione i podpisane tabele 6 i 7 załącznika nr 1 do SIWZ, z których wynika potwierdzenie spełnienia każdego wymagania określonego przez zamawiającego, odwołujący wypełnił także formularz oferty, wyszczególniając w tabeli informację o producencie, modelu, typie oraz partnumberze komponentu, wchodzącego w skład danego DWDM.

W ocenie odwołującego nie sposób również nie zauważyć, że w treści formularza oferty dwukrotnie odwołujący złożył oświadczenie, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w wypełnionych tabelach 6 i 7 załącznika nr 1 do SIWZ. Oświadczenia w tym zakresie zostały złożone w pkt 1 oraz pkt 2 lit. e) formularza oferty odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego, nie sposób zatem uznać, by jego oferta była niezgodna z treścią SIWZ.

Następnie odwołujący wskazał, że w świetle argumentacji podnoszonej przez zamawiającego w piśmie z 25 września 2018 r. osią sporu jest okoliczność rzekomego zaoferowania przez odwołującego zbyt małej liczby komponentów. Odwołujący podnosi jednak, że jest to tylko i wyłącznie hipoteza zamawiającego, nie znajdująca oparcia w treści oferty odwołującego. Odwołujący przytoczył treść tabeli z formularza oferty, wzoru nr 5 do SIWZ i podniósł, że obowiązkiem wykonawcy było wypełnienie kolumny nr 3. Ponadto, w ocenie odwołującego w żadnym miejscu SIWZ, a w szczególności w treści ww. tabeli, zamawiający nie sformułował wymogu podania ilości zasilaczy, transponderów czy muxponderów - zamawiający wymagał jedynie wyszczególnienia rodzaju komponentów wchodzących w skład poszczególnych DWDM. Jedyny fragment formularza oferty nawiązujący do ilości oferowanego przedmiotu zamówienia został narzucony przez samego zamawiającego, we wzorze załącznika nr 5 do SIWZ, gdzie w ostatniej kolumnie zamawiający wskazał liczbą „1” oznaczającą kompletny system DWDM.

Zdaniem odwołującego wycenił on i zaoferował zamawiającemu w złożonej ofercie, w każdym z pięciu wierszy tabeli, kompletny system DWDM: w tym dwa zasilacze F7/PSU/7HU-AC-800 dla każdego DWDM A1/A2/B1/B2 oraz trzy karty 5WCA-PCN16GU&1P-H i cztery karty 4TCA-PCN-4GU+4G wyposażone w moduły optyczne - dla każdego DWDM A1/A2/B1/B2. Zamawiający błędnie zatem odczytuje treść oferty odwołującego. W ocenie odwołującego zamawiający twierdząc, że wykonawca zaoferował mu po jednym zasilaczu oraz po jednej sztuce ww. kart, być może sugeruje się

liczbą 1 podaną w ostatniej kolumnie tabeli, jednak liczba ta, jak już wyżej podkreślano, odnosi się do kolumny „przedmiot zamówienia”, czyli danego, kompletnego systemu DWDM (np. DWDMA1), nie zaś do ilości komponentów wchodzących w skład poszczególnych systemów DWDM. Gdyby przyjąć odwrotny tok rozumowania, zamawiający we wzorze formularza oferty, w tabeli, nie narzuciłby ilości „1”, lecz pozostawił wolne, wy kropkowane miejsce w ostatniej kolumnie i jednocześnie wprowadził wymóg podania ilości każdego z komponentów wchodzących w skład systemu, zamawiający jednak tego nie uczynił.

Niezależnie od powyższego, w opinii odwołującego, kierując się zasadami logiki oraz biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący jest profesjonalnym podmiotem, posiadającym duże doświadczenie w dostawach, wdrożeniach i świadczeniu opieki serwisowej systemów DWDM, absurdalne byłoby przyjęcie, że odwołujący w złożonej ofercie przetargowej pominął w sumie kilka zasilaczy oraz kilkanaście kart, oferując zamawiającemu zupełnie niekompletny i nie przystający do wymagań SIWZ system DWDM. Co więcej, gdyby faktycznie odwołujący popełnił błąd i nie uwzględnił w cenie oferty pięciu zasilaczy oraz kilkunastu transponderów/muxponderów (co oczywiście nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu), to nie kwestionowałby decyzji zamawiającego i nie wnosił środków ochrony prawnej, bowiem łączna wartość tych komponentów jest na tyle duża, że wykonanie tego zamówienia za cenę 861 000,00 zł brutto oznaczałoby poniesienie przez odwołującego dość istotnej straty. „ALMA” S.A. niewątpliwie prowadzi działalność w celu osiągnięcia zysku, dlatego nie mogłaby podjąć decyzji co do wniesienia niniejszego odwołania mając wiedzę, że oferowany w ramach postępowania system DWDM jest niekompletny, a także mając świadomość, że doposażenie systemu DWDM o rzekomo brakującą ilość komponentów zwiększyłoby istotnie cenę oferty, dodatkowo wykraczając poza budżet zamawiającego przewidziany w prowadzonym postępowaniu.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że uczynił zadość wszystkim wymaganiom SIWZ, a przede wszystkim zgodnie z postanowieniami pkt 7.1.1, 7.2.1 oraz 7.7 SIWZ złożył wypełniony formularz oferty, wraz z wypełnionymi tabelami nr 6 i 7 załącznika nr 1 do specyfikacji. Nie może także umknąć uwadze, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający nie wykazał z jakim konkretnie postanowieniem SIWZ oferta odwołującego miałaby pozostawać niezgodna. Uzasadnienie jest lakoniczne, a wszelkie ewentualne próby jego rozszerzania na późniejszym etapie należało będzie uznać za niedopuszczalne i niezgodne z przepisami ustawy p.z.p.

Dalej odwołujący argumentował, że w tym stanie rzeczy może jedynie zaprzeczyć twierdzeniom zamawiającego i oświadczyć stanowczo, że nie jest prawdą jakoby zaoferował dla systemów DWDM A1/A2/B1/B2 po jednym zasilaczu oraz po jednej sztuce transponderów/muxponderów. Taka informacja nie wynika z treści oferty odwołującego i została bezpodstawnie wykreowana przez zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej ofert, z pkt 2 *petitum* odwołania, odwołujący wskazał następujące okoliczności.

Odwołujący stwierdził, że zarzut ten stanowi konsekwencję zarzutu postawionego i opisanego powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, to w konsekwencji zamawiający zobowiązany jest dokonać oceny złożonych ofert i jako najkorzystniejszą wybrać ofertę odwołującego, jako zawierającą najlepszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

Zarzut nr 3 z *petitum* odwołania sformułowany jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z naruszeniem art. 87 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, odwołujący uzasadnił w sposób następujący.

Na wstępie odwołujący podkreślił, że stawia powyższy zarzut z ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, iż kwestia ilości zaoferowanych komponentów (zasilacze oraz transpondery/muxpondery) wymaga wyjaśnień ze strony odwołującego.

Następnie odwołujący wskazał, że zamawiający nigdy nie zapytał odwołującego o kwestie, które legły u podstaw odrzucenia oferty odwołującego. W szczególności zamawiający nie zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie, czy zaoferowany system DWDM uwzględnia odpowiednią ilość zasilaczy i kart, niezbędną dla spełnienia wymagań określonych w tabelach nr 6 i 7 załącznika nr 1 do specyfikacji. Tymczasem nie ma żadnych wątpliwości, że przed odrzuceniem oferty odwołującego zamawiający powinien jednoznacznie wyjaśnić kwestię przedmiotu zamówienia zaoferowanego przez odwołującego (zwłaszcza, że zamawiający nie wymagał podania w formularzu oferty ilości poszczególnych komponentów wchodzących w skład systemu DWDM), zwracając się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień treści złożonej oferty w tym zakresie.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przytoczył fragmenty wyroków Izby z dnia 24 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1454/16 i z dnia 1 września 2016 r., sygn. akt KIO 1564/16.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w szczególności kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie Izby oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw oraz przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

W zakresie zarzutu nr 1 z odwołania, zamawiający podniósł, że konieczne było dokonanie odrzucenia oferty odwołującego, ponieważ treść oferty w oczywisty sposób nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powodowało, że zaistniały przesłanki do obligatoryjnego odrzucenia oferty odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Podkreślić należy, że zamawiający w tym względzie nie miał żadnej swobody decyzyjnej, bowiem oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z mocy prawa, w związku z czym czynność zamawiającego stanowiła realizację dyspozycji zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Ponadto w ocenie zamawiającego bezsporne w przedmiotowej sprawie jest, że do spełnienia wymogów zamawiającego opisanych w SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ, rozdział I, strona 3 (zasilanie) oraz rozdział V (tabela 7) pkt 8 i 9), konieczne było zapewnienie przez odwołującego dla każdego systemu DWDM A1/A2/B1/B2:

□2 (dwóch) zasilaczy „F7/PSU/7HU-AC-800”,

□3 (trzech) kart „5WCA-PCN-16GU&1 P-H”,

□4 (czterech) kart „4TCA-PCN-4GU+4G”;

Powyższe dla zamawiającego wynika z wymogów SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ, rozdział I, strona 3 (zasilanie) oraz rozdział V (tabela 7) pkt. 8 i 9), z argumentacji zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 25 września 2018 r. dotyczącego zawiadomienia o odrzuceniu oferty wykonawcy Alma S.A. oraz zostało przyznane przez odwołującego w treści jego odwołania (dowód nr 1 – SIWZ, dowód nr 2 - pismo zamawiającego z dnia 25.09.2018 r. zawiadamiające o odrzuceniu oferty Alma S.A., dowód nr 3 - kopia odwołania Alma S.A. z dnia 4.10.2018 r.).

Tymczasem w ofercie odwołującego nie zaoferowano powyżej wskazanej ilości zasilaczy i kart dla każdego urządzenia DWDM A1/A2/B1/B2. W tabeli nr 1 formularza ofertowego wskazano:

□ „F7/PSU/7HU-AC-800”, tj. wg zamawiającego 1 (jeden) zasilacz,

□ „5WCA-PCN-16GU&1P-H”, tj. wg zamawiającego 1 (jedną) kartę,

□ „4TCA-PCN-4GU+4G ” tj.: wg zamawiającego (jedną) kartę, dowód nr 4 - oferta Alma S.A., w szczególności treść tabel nr 1 formularza ofertowego.

Następnie zamawiający podniósł, że odnosząc się do pkt 1 *in fine* odwołania, ustalenie przez zamawiającego, że Alma S.A. zaoferowała „po jednym zasilaczu dla każdego DWDM” oraz „po jednej sztuce transponderów/muxponderów” wynika z literalnego i jasnego brzmienia treści oferty wykonawcy Alma S.A.

Zdaniem zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ocenia się z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu (tak. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r. sygn. akt KIO 377/18). Natomiast wykładni oświadczeń woli dokonuje się z uwzględnieniem zasad wynikających z art. 65 k.c. Składający oświadczenie powinien je sformułować w taki sposób, aby odpowiadało ono jego woli, co wymaga zachowania odpowiedniej staranności, a jeśli tego zaniecha, musi ponieść konsekwencje. Jeżeli wykładni podlega oświadczenie woli wyrażone w dokumencie, to sens oświadczenia ustala się, przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu.

W ocenie zamawiającego, w przedmiotowej sprawie zarówno treść SIWZ jak i treść oferty odwołującego są jasne i jednoznaczne, i nie powinny podlegać innym niż językowa metodom wykładni.

Zgodnie z literalnymi i jasnymi zapisami SIWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć formularz ofertowy wg wzoru określonego w załączniku nr 5 do SIWZ, w tym wypełnić środkową kolumnę tabeli nr 1. Zgodnie z nagłówkiem tej kolumny wykonawcy zobowiązani byli wykazać: cyt.: „Model, typ, itp., wyszczególnienie wszystkich komponentów wchodzących w skład (np. model i typ karty, p/n, jej opcje)” oferowanych systemów DWDM (dowód nr 1 – SIWZ, w szczególności załącznik nr 5 - wzór formularz ofertowego). Dalej - zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego przez „wszystko” należy rozumieć „ogół rzeczy; pełność jakiegoś zbioru”, a przez „komponent” należy rozumieć: „część składowa czegoś” (dowód nr 5 - wydruki ze strony internetowej Słownika Języka Polskiego).

Zamawiający argumentował również, że stanowczo zaprzecza twierdzeniom odwołującego (str. 5, *in fine* odwołania) jakoby, zgodnie z wymogami SIWZ, w tabeli nr 1 formularza ofertowego zamawiający wymagał „jedynie wyszczególnienia rodzaju komponentów wchodzących w skład poszczególnych DWDM”. Jak wskazano wyżej, w nagłówku środkowej kolumny tabeli nr 1 wskazano cyt.: „Model, typ, itp., wyszczególnienie wszystkich komponentów wchodzących w skład (np. model i typ karty, p/n, jej opcje)”. Zatem według zamawiającego twierdzenia odwołującego w tym zakresie są gołosłowne i sprzeczne z wyraźnymi zapisami SIWZ, w szczególności z literalną treścią nagłówka

środkowanej kolumny tabeli nr 1 formularza ofertowego (załącznik nr 5 do SIWZ). Na marginesie zamawiający zwrócił także uwagę, że wskazanie jedynie rodzaju komponentów byłoby całkowicie nieprzydatne dla zamawiającego, a w szczególności nie umożliwiłoby mu weryfikacji, czy oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ, co ilustruje przykład spornych kart i zasilaczy.

W ocenie zamawiającego niezasadny przy tym jest argument odwołującego, sugerujący, że oferta wykonawcy Alma S.A. mogłaby być uznana za niezgodną z SIWZ tylko wówczas, gdyby zamawiający - jak to twierdzi Alma S.A. (str. 5 *in fine* odwołania) -

„sformułował wymóg podania ilości zasilaczy, transponderów czy muxponderów”. Skoro zamawiający w SIWZ wymagał wskazania wszystkich komponentów, to zbędne było równoczesne wymaganie wskazania ilości komponentów. Tego typu sformułowanie mogłoby być wręcz uznane za tautologię, uważaną za błąd.

Dalej zamawiający wskazał, że fakt, iż wymagania określone w SIWZ, w tym we wzorze formularza ofertowego są jasne i precyzyjne, pośrednio potwierdza również okoliczność, że wszyscy pozostali wykonawcy, jeżeli oferowali większą ilość danych komponentów, odzwierciedlili tę informację w treści tabeli nr 1, akurat poprzez wskazanie ilości sztuk tych komponentów, choć oczywiście mogli to uczynić również w inny sposób (dowód nr 6 - formularz ofertowy T - Systems Polska Sp. z o.o., dowód nr 7 - formularz ofertowy Solidex S.A.)

Odnosząc się natomiast do treści oferty Alma S.A. zamawiający podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu zasadniczą treść ofert wykonawców stanowił formularz ofertowy, którego integralną częścią była tabela nr 1, w której są szczegółowe opisy oferowanego przedmiotu zamówienia. Podane przez odwołującego w formularzu ofertowym nazwy przedmiotu zamówienia w jednoznaczny sposób zdefiniowały oferowany przez odwołującego przedmiot zamówienia. Jeżeli odwołujący zamierzał - jak obecnie twierdzi w odwołaniu - rzeczywiście zaoferować więcej niż jedną sztukę zasilacza F7/PSU/7HU-AC800, więcej niż jedną kartę 5WCA-PCN-16GU&1P-H oraz więcej niż jedną kartę 4TC, PCN4GU+4G, w ramach oferowanych urządzeń DWDM, to powinien był to odzwierciedlić w treści tabeli nr 1, w dowolny sposób. Przykładowo mógł to uczynić poprzez wskazanie ilości sztuk tych komponentów, ale mógł to również uczynić - przyjmując konwencję przyjętą przez Alma S.A. - poprzez powtórzenie opisu danego komponentu w kolejnych wierszach tabeli lub poprzez powtórzenie opisu danego komponentu w tym samym wierszu, „po przecinku” lub w każdy inny czytelny sposób. Odwołujący jednak nie zaznaczył większej ilości spornych komponentów w żaden sposób. W tabeli nr 1 formularza ofertowego wskazał jednorazowo i w liczbie pojedynczej:

□ zasilacz: „F7/PSU/7HU-AC-800” □ kartę: „5WCA-PCN-16GU&1 P-H”, □ kartę: „4TCA-PCN-4GU+4G.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że przyznaje, iż – tak jak twierdzi odwołujący - ostatnia kolumna tabeli nr 1 wzoru formularza ofertowego (załącznik nr 5 do SIWZ) wskazuje jeden DWDM, jako całość. Okoliczność ta nie ma jednak żadnego wpływu na fakt, że wszystkie komponenty, każdego pojedynczego DWDM, powinny były być wskazane w środkowej kolumnie.

Biorąc powyższe pod uwagę, według zamawiającego oświadczenia woli wykonawcy Alma S.A. nie można rozumieć inaczej, jak tylko, jako ofertę urządzeń DWDM, w skład których wchodzi po jednej karcie „5WCA-PCN- 16GU&1P-H”, po jednej karcie „4TCA-PCN4GU+4G” oraz po jednym zasilaczu „F7/PSU/7HU-AC- 800”.

Odnosząc się do pkt 2 odwołania - w którym Alma S.A. twierdzi, że sporządziła ofertę zgodnie z technicznymi i formalnymi wymaganiami SIWZ i dlatego brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ – zamawiający wyjaśnił, że mianem niezgodności oferty z SIWZ określa się nie tylko przypadki sporządzenia i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (tj. wymaganiami SIWZ dotyczącymi sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego), ale również niezgodność zobowiązania opisanego w SIWZ ze zobowiązaniem oferowanym przez wykonawcę (tj. sytuację, w której świadczenie z oferty nie odpowiada, np. ze względu na parametry techniczne, świadczeniu oczekiwanemu przez zamawiającego) - por. wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2491/17.

Zamawiający następnie wskazał, że nie przeczy, iż odwołujący sporządził i przedłożył ofertę zgodnie z formalno/technicznymi wymaganiami SIWZ (to jest - abstrahując od merytorycznej treści oświadczeń woli lub wiedzy - zgodnie z wytycznymi zamawiającego uzupełnił w „wykropkowanych” miejscach formularz ofertowy - załącznik nr 5 do SIWZ oraz tabelę nr 6 i 7 załącznika nr 1 do SIWZ, a dokumenty te zostały podpisane przez uprawnione osoby, itp.), ale powyższe nie oznacza automatycznie, że merytoryczny zakres zobowiązania oferowany przez wykonawcę jest zgodny z SIWZ. Bezsporne jest, że zaoferowane przez Alma S.A. komponenty urządzeń DWDM nie pozwalają na przyjęcie, że zostały spełnione warunki określone w załączniku nr 1 do SIWZ, rozdział I, strona 3 (zasilanie) oraz rozdział V (tabela 7) pkt 8 i 9, a więc merytoryczny zakres zobowiązania oferowany przez

Wykonawcę nie jest zgodny z SIWZ i to z tego powodu oferta Alma S.A. podlegała odrzuceniu.

W zakresie pkt 3 odwołania zamawiający podniósł, że w jego ocenie twierdzenia odwołującego, jakoby jego oświadczenia złożone w pkt 1 oraz pkt 2 lit. e) formularza ofertowego oraz treść tabeli nr 6 i 7 załącznika nr 1 do SIWZ pozwalały na przyjęcie, iż treść jego oferty odpowiada treści SIWZ, jest bezzasadne.

Z treści oferty złożonej przez odwołującego (w szczególności tabela nr 1 formularza ofertowego) wprost i jednoznacznie dla zamawiającego wynika, iż zaoferował on konkretny przedmiot zamówienia, który jest niezgodny z SIWZ, co jest kluczowe przy ocenie dopuszczalności zastosowania w stosunku do oferty odwołującego treści art. 89 ust. 1 pkt

2 p.z.p. Treść oferty wyznacza treść formularza ofertowego, a tabele nr 6 i 7 załącznika nr 1 do SIWZ służyły jedynie do oceny zgodności treści tej oferty z wymaganiami zamawiającego. Takiej zgodności w świetle oferty złożonej przez odwołującego zamawiający nie mógł przyjąć. W świetle wszystkich powyższych okoliczności należałoby wręcz przyjąć, że odwołujący merytorycznie nieprawidłowo (t.j. niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy) uzupełnił „wykropkowane” miejsca formularza ofertowego oraz ww. tabeli nr 6 i 7 deklarując spełnienie wymagań SIWZ, skoro konkretne oferowane komponenty urządzeń DWDM nie pozwalają na przyjęcie, że zostały spełnione warunki określone w załączniku nr 1 do SIWZ, rozdział I, strona 3 (zasilanie) oraz rozdział V (tabela 7) pkt. 8 i 9. Ponadto przyjęcie argumentacji odwołującego, z której wynika, że skoro wykonawca zadeklarował w sposób ogólny, że jego oferta spełnia wymagania SIWZ, to wyłącznie ta okoliczność uprawnia go do dowolnej zmiany/uzupełnienia swej oferty, w części, w której oferuje konkretny produkt byłoby rozwiązaniem oczywiście niedopuszczalnym. Co do zasady niedopuszczalne jest bowiem precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W ocenie zamawiającego również przedstawiony przez Alma S.A. w pkt 5 odwołania "scenariusz" skalkulowania cen nie może stanowić dowodu potwierdzającego zgodność oferty odwołującego z treścią SIWZ - kwestia dążenia wykonawcy do osiągania mniejszych lub większych zysków należy do jego arbitralnych decyzji i w żaden sposób nie wskazuje/precyzuje/uzupełnia przedmiotu i zakresu zobowiązania wykonawcy opisanego w ofercie. Z analogicznych przyczyn powyższego dowodu nie może stanowić także deklarowany przez odwołującego jego poziom doświadczenia i profesjonalizmu w ramach działalności gospodarczej.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem zamawiającego, niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p., gdyż zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, a tym samym jego oferta nie mogła podlegać dalszej ocenie oraz zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p. zamawiający wskazał co następuje. Zamawiający przytoczył treść art. 87 ust. 1 p.z.p. i wskazał, że z przepisu tego wynika, że zamawiający może korzystać z uprawnienia do wyjaśnienia treści oferty określonego w art. 87 ust. 1 p.z.p., a nadto, że owo wyjaśnianie oferty powinno być dokonywane tylko wówczas, gdy istnieją wątpliwości co do jej treści. W niniejszej sprawie zamawiający nie zwrócił się o wyjaśnienie treści złożonej oferty, gdyż nie miał podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do treści oferty odwołującego i prawidłowej oceny tej oferty, co uzasadniono w pkt ad I powyżej.

Ponadto, zamawiający argumentował, że może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oferty, zatem informacji podanych w ofercie, stanowiących jej treść, a nie tych, które w treści oferty nie zostały zawarte. Wyjaśnienie tego co nie zostało zawarte w ofercie, nie stanowiącego zatem treści oferty, byłoby ingerencją w treść złożonej oferty, co stanowiłoby działanie niedopuszczalne - wyrażone w art. 87 ust. 1 zdanie drugie p.z.p., w którym to ustawodawca co do zasady nie dopuścił możliwości negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek ingerencji, czy też wprowadzanie zmian w jej treści (tak np. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 129/18).

Niezależnie od powyższego, w opinii zamawiającego, wdrożenie w warunkach przedmiotowej sprawy procedury wyjaśniania treści oferty, która nie budziła wątpliwości prowadziłaby do wprowadzenia zmian w treści oferty, które w niniejszym przypadku nie były dopuszczalne. Zmiany te byłyby istotne, ponieważ musiałyby polegać *de facto* na uzupełnieniu oferty o „kilka zasilaczy (!) oraz kilkanaście kart (!)”, bez których oferta odwołującego - jak twierdzi sam odwołujący (pkt 5 odwołania) - obejmuje „zupełnie niekompletny i nie przystający do wymagań SIWZ system DWDM”. Zatem treść oferty wykonawcy Alma S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości. Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby, jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z 17.02.2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15 i m.in. Sąd Okręgowy w Gdańsku z 25.05.2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12).

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę T – Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Św. Antoniego 7 we Wrocławiu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwanego dalej jako „przystępujący”.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią SIWZ i złożonymi ofertami, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparł twierdzenia zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę, bowiem gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami p.z.p. to dokonałby wszystkich wskazanych w odwołaniu, zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych czynności niezgodnych z przepisami p.z.p. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Natomiast odrzucenie oferty odwołującego uniemożliwia dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, co powoduje, że odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby została wypełniona hipoteza art. 179 ust. 1 p.z.p., zatem odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu - w pierwszej kolejności do weryfikacji czy zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., natomiast w dalszej kolejności - do oceny, czy zamawiający winien zastosować postępowanie wyjaśniające, w oparciu o art. 87 ust. 1 p.z.p. w stosunku do tejże oferty.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, opisany w dalszej części uzasadnienia, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, iż w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione.

Przeciwnie, całość zebranego materiału dowodowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na

prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, gdyż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem w ocenie składu orzekającego odwołanie należało oddalić.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut postawiony w pkt 1 *petitum* odwołania, jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 82 ust. 3 p.z.p. - poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.”

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Podsumowując zawarte tam interpretacje normy wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź 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 ofertowego - a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy. Ponadto należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność w obu przypadkach polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami zamawiającego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10.11.2011 r. sygn. akt XIX Ga 477/11, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 22.05.2017 r. sygn. akt III Ca 452/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11.11.2017 r. sygn. akt KIO 1815/17).

Konkludując powyższe stanowisko, które skład orzekający podziela, można przyjąć, że odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., będzie spowodowane niezgodnością 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 treści SIWZ. Ponadto, powodem odrzucenia oferty na kanwie omawianej normy, będzie niezgodny z SIWZ sposób wskazania i potwierdzenia zakresu przyjętego w ofercie zobowiązania, bez podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych, nawet przy prawdopodobieństwie co do rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, bowiem zgodnie z art. 82 ust. 3 p.z.p. treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaś brak podania w ofercie wszystkich informacji co do merytorycznego zakresu zobowiązania wykonawcy powoduje, że zamawiający nie dysponuje wiedzą co w ofercie zostało zaoferowane. Przy czym zastosowanie przez zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty - wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu, lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Zaznaczyć przy tym należy, że ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie oferty w innym, nawet podobnym zamówieniu. Ponadto warto dodać, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Kwalifikator "istotnych zmian" należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty (*vide* wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, z 23.04.2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09).

Dalej Izba wskazuje, że punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu. Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podziеляjąc stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 28.05.2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on zobowiązany do przestrzegania warunków w niej

umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić.

W ocenie składu orzekającego treść dokumentacji postępowania winna być interpretowana w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania, tak aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących uznaniowością przy ocenie ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego wniesionym środkiem zaskarżenia Izba wskazuje jak niżej.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania:

I.W pkt 3 SIWZ zamawiający określił opis przedmiotu zamówienia, którym jest dostawa systemu DWDM, w szczególności polegająca na: sprzedaży i dostawie 5 sztuk fabrycznie nowych urządzeń DWDM oraz oprogramowania do zarządzania urządzeniami DWDM, wdrożeniu urządzeń i oprogramowania w budynkach zamawiającego zlokalizowanych na terenie Krakowa oraz zapewnieniu wsparcia serwisowego w okresie gwarancji. Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do specyfikacji oraz załącznik nr 2 do specyfikacji - wzór umowy (*vide* pkt 3.1 i 3.3 SIWZ).

II.W pkt 7 SIWZ zamawiający wskazał opis sposobu przygotowywania oferty:

a)Zgodnie z pkt 7.1.1 określono, że wykonawca ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia składa: ofertę sporządzoną zgodnie z treścią załącznika nr 5 do specyfikacji zatytułowanego formularz oferty wraz z załączonymi i wypełnionymi tabelami nr 6 i 7 załącznika nr 1 do specyfikacji.

b)Zgodnie z pkt 7.2 oferta powinna być przygotowana w następujący sposób: 7.2.1 formularz oferty wraz z załączonymi i wypełnionymi tabelami nr 6 i 7 załącznika nr 1 do specyfikacji muszą być podpisane przez wykonawcę składającego tę ofertę, lub inną osobę/y uprawnioną/e do reprezentowania tego wykonawcy. Zamawiający wymaga, aby w tabelach nr 6 i 7 załącznika nr 1 do specyfikacji wszystkie wiersze w kolumnie potwierdzenie spełnienia wymagania, zostały wypełnione poprzez jednoznaczne potwierdzenie czy określone przez zamawiającego w kolumnie wymagania minimalne zamawiającego są spełnione (...).

c)Zgodnie z pkt 7.7 SIWZ formularz oferty musi być wypełniony przez wykonawcę ściśle według warunków i postanowień zawartych w specyfikacji bez dokonywania zmian w jego treści (zamawiający wymaga, aby wykonawca wypełnił m. in. wszystkie wy kropkowane miejsca).

III.W załączniku nr 1 do SIWZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zamawiający wskazał w pkt I opis istniejącej infrastruktury DWDM (str. 3) że: „każde z dostarczonych urządzeń musi mieć podwójne tory zasilające (dwa niezależne zasilacze) podłączone do osobnych gniazd zasilających 230 V”.

Zaś w pkt V – minimalne parametry techniczne urządzeń DWDM, w tabeli 7 – wymagania szczegółowe dla systemu DWDM, w pkt 8 – awaria pojedynczego modułu (transpondera) nie może powodować przerwy w transmisji więcej niż dwóch usług, w pkt 9 – wymiana pojedynczego modułu (muxpondera) nie może powodować przerwy w transmisji więcej niż dwóch usług.

IV.W załączniku nr 5 do SIWZ – formularz ofertowy, zamawiający żądał m.in.

wypełnienia tabeli, gdzie w środkowej kolumnie należało podać: „model, typ, itp., wyszczególnienie wszystkich komponentów wchodzących w skład (np. model i typ karty, p/n, jej opcje)”. Kolumna 1 tabeli – przedmiot zamówienia oraz kolumna 3 tabeli – ilość, zostały w sposób „sztywny” określone przez zamawiającego.

V.W postępowaniu złożono trzy oferty.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób funkcjonalny – określono cechy, które oferowany przedmiot ma spełniać (w szczególności tabela 6 i 7 dot. minimalnych wymagań systemu, w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia), zaś co do sposobu w jaki wykonawcy spełnią wymagania zamawiającego, pozostawiono im dowolność, determinowaną spełnieniem funkcjonalności jakich wymagano. Zamawiający nie wskazał ilości np. muxponderów czy transponderów, czy innych koniecznych elementów systemu

(oprócz dwóch spornych zasilaczy dla każdego urządzenia), pozostawiając ich właściwe dobranie wykonawcom, w zależności jakie produkty zaoferują. Niewątpliwie takie opisanie przedmiotu zamówienia służy zwiększeniu konkurencyjności w postępowaniu, co ma odzwierciedlenie w złożonych ofertach – wykonawcy zaoferowali różne rozwiązania, różnych producentów.

Następnie skład orzekający wskazuje, że nie podzielił twierdzeń odwołującego, przedstawionych w zakresie dokonanej przez niego interpretacji poszczególnych, wybiórczo przedstawionych treści SIWZ. W ocenie Izby z treści dokumentacji wprost wynika, że zamawiający żądał w ofercie „wyszczególnienia wszystkich komponentów wchodzących w skład oferowanego przedmiotu zamówienia” (*vide* formularz ofertowy w pkt IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), zatem żądano wskazania jakie komponenty – części składowe, wchodzi w skład poszczególnych urządzeń DWDM. Zamawiający w sposób klarowny określił więc, że wykonawca winien wskazać jakie produkty i rozwiązania oferuje w ofercie. Istotne jest przy tym, że nakaz dotyczył przedstawienia zamawiającemu wszystkich komponentów systemu, a zamawiający podał jedynie przykładowy katalog elementów – „np. model i typ karty, p/n jej opcje” – jakie należy w ofercie wskazać.

Skoro żądano wyszczególnienia wszystkich komponentów (składników), jakie oferuje wykonawca, czyli upraszczając – wskazania co zostało zaoferowane w ofercie, to żądano podania zakresu świadczenia jaki wykonawca oferuje. Zatem trudno przyjąć argumentację, że zamawiający nie wymagał ilości elementów, gdyż używając *argumentum a maiori ad minus* z treści oferty powinny wynikać wszystkie komponenty, więc powinna wynikać również ilość komponentów, które zaoferowano. W istocie bowiem, zamawiający, nie znając ilości poszczególnych komponentów nie wie co wykonawca mu oferuje i jaka jest konstrukcja przyjętego przez niego rozwiązania – może jedynie pozornie ustalić z czego zaproponowany system się składa, albowiem do rzeczywistego ustalenia składu komponentów konieczne będzie ustalenie ich ilości.

Przyjęcie odmiennej wykładni prowadziłoby do zaprzeczenia, że zamawiający, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, na podstawie treści oferty w ogóle chciał weryfikować przedmiot oferowany przez wykonawców, bowiem bez podania ilości składników *de facto* nie można zweryfikować co w ofercie wyceniono. Zatem formularz ofertowy, który był jedynym dokumentem, gdzie wskazywano komponenty systemu, byłby nieprzydatny dla określenia zakresu świadczenia, który w ofercie wskazano. Przykładowo – zamawiający żądał dwóch zasilaczy dla każdego urządzenia (pkt I str. 3 załącznika nr 1 do SIWZ), zatem okoliczność czy zaoferowano wymaganą ilość zasilaczy byłaby nieweryfikowalna na podstawie formularza oferty, dotyczy to również reszty komponentów oferowanych przez wykonawców w ilości dowolnej, zależnej od wybranej technologii. Jednocześnie odwołujący nie wykazał, aby zamawiający nie zachował należytej staranności w zakresie prowadzonej przez niego działalności i żądał w postępowaniu ofert, które ani przez zamawiającego, ani przez wykonawców, nie mogłyby być zweryfikowane w zakresie przedmiotu w nich zaoferowanego. Odwołujący stał *de facto* na stanowisku, że zamawiający nie wymagał wyszczególnienia komponentów, a jedynie ich listy, a taka interpretacja wprost nie znajduje odzwierciedlenia w treści SIWZ.

Trudno podzielić twierdzenia odwołującego również wobec faktu, że jego zastrzeżenia dotyczą treści SIWZ, zaś na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec upływu terminu na składanie ofert, taka argumentacja jest spóźniona. Jeżeli wykonawca miał wątpliwości, czy należy ilość komponentów w ofercie wskazać – w tym, czy nakaz wyszczególnienia wszystkich komponentów dotyczy też ich ilości, a nie tylko przykładowych elementów, które wskazał zamawiający (w postaci modelu, typu, p/n) – to winien w tym zakresie wykorzystać ustawowe instrumenty, wskazane w art. 38 ust. 1 p.z.p. i zapytać o to zamawiającego. W szczególności, że bezspornie, w ramach obowiązującej w tym postępowaniu treści SIWZ, weryfikacji zobowiązania wykonawcy można dokonać wyłącznie na podstawie złożonego w ofercie oświadczenia wykonawcy – formularza ofertowego. Tak więc wszelkie sugestie o nieokreśleniu jednoznacznych zasad czy reguł weryfikacji zgodności oferowanego produktu z treścią SIWZ, są po złożeniu ofert bezprzedmiotowe, gdyż są po prostu spóźnione.

Wykonawca zaś zachował się w sposób niedbały i przyjął, że wskaże jedynie model, typ karty i p/n, i z tych danych będzie wynikało, że w ofercie zaoferowano w sumie kilka zasilaczy i kilkanaście kart. Przy czym podnoszone, na potrzeby postępowania odwoławczego, wątpliwości interpretacyjne i niejasności treści SIWZ, będące subiektywnym stanowiskiem wykonawcy, w ocenie Izby nie zaistniały - Izba stwierdziła, iż uwzględniając całokształt postanowień i wymogów SIWZ, odwołujący nie wykazał, aby można było przyjąć ferowaną przez niego interpretację treści dokumentacji postępowania, w tym szczególnie co do tabeli formularza ofertowego.

Niezasadność stanowiska odwołującego staje się tym bardziej widoczna w zestawieniu z innymi, złożonymi w postępowaniu ofertami, przez wykonawców działających na tym samym rynku co odwołujący – w dwóch z trzech

złożonych ofert, wykonawcy w sposób szczegółowy wskazali co oferują, bowiem dokładnie wyszczególniono wszystkie komponenty, wchodzące w skład systemu, dla każdego z DWDM oddzielnie, w tym wskazano poszczególne ilości konkretnych elementów, czego nie zrobił jedynie odwołujący.

Działanie odwołującego doprowadziło do stanu, gdzie przy pominięciu wymagań SIWZ, złożono ofertę z której nie wynika merytoryczny zakres świadczenia, gdyż na podstawie oferty nie można ustalić co w niej – w jakiej ilości – zostało zaoferowane. Przy czym, aby spełnić wymagania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, odwołujący winien zaoferować w swojej ofercie system DWDM, składający się z dwóch zasilaczy F7/PSU/7HU-AC-800, trzech kart 5W CA PCN-16GU&1 P-H, czterech kart 4TCA-

PCN-4GU+4G, co z oferty odwołującego w żaden sposób nie wynikało. Z oferty można wyczytać wyłącznie modele tych elementów, nie zaś ich ilości. Jedyny fragment formularza oferty odwołującego, nawiązujący do ilości ofertowanego sprzętu został narzucony przez zamawiającego – we wzorze załącznika nr 5 do SIWZ, w ostatniej kolumnie zamawiający wskazał liczbę 1, oznaczającą kompletny system DWDM, co również było bezsporne. Warto przy tym zaznaczyć, że system posiadający jeden zasilacz i po jednej wyżej wskazanej karcie będzie kompletny, ale nie będzie spełniał wymogów SIWZ.

Zatem okoliczność, że elementów wskazanych przez odwołującego dla spełnienia wymogów SIWZ musi być więcej między stronami nie była w istocie sporna – odwołujący przyznał tą okoliczność, ale wywodził, że zamawiający powinien z jego oferty (pomimo braku w niej stosownej treści) „wyinterpretować” ilość spełniającą wymogi SIWZ. Oczekiwanie takie po stronie odwołującego nie znajduje jednak oparcia w przepisach prawa.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający stwierdził, że bez istotnej ingerencji w treść złożonego zobowiązania nie sposób ustalić, co w ofercie się znajduje - w tym czy oferta jest z treścią SIWZ zgodna czy nie. Należy przy tym zaznaczyć, że z treści oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty, rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy co do zakresu i sposobu wykonania zamówienia, po upływie terminu na jej złożenie. Dopuszczenie, aby dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania i oceny, wykonawca, po zapoznaniu się ze swoją pozycją względem innych wykonawców i analizie ich ofert, wskazywał co *de facto* zaoferował w ofercie stoi w sprzeczności z naczelnymi zasadami p.z.p., określonymi w art. 7 ust. 1 p.z.p., zachowania przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wykonawców, przy zachowaniu uczciwej konkurencji (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 21.01.2010 r. sygn. akt V Ca 1051/10).

Zaistniała wada oferty odwołującego jest bez wątpienia brakiem merytorycznym, świadczącym o całkowitym zaniechaniu wyszczególnienia wszystkich komponentów, co uzasadnia wniosek, iż treść oferty pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ. Jak już wcześniej wspomniano nie daje to jeszcze podstawy do odrzucenia oferty na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., bowiem zgodnie z brzmieniem normy, należy zbadać czy brak ten może być usunięty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

W ocenie składu orzekającego o możliwości poprawienia przez zamawiającego innej omyłki, powodującej niezgodność oferty z SIWZ, decyduje skala omyłki i jej wpływ na treść oferty, liczona rezultatem po ewentualnym poprawieniu, w tym znaczeniu, czy treść oferty zostanie istotnie zmieniona, czy też nie. W rozpoznawanej sprawie próba poprawienia oferty spowodowałaby powstanie zupełnie nowego oświadczenia wykonawcy, ponieważ wymagałoby to wskazania przez wykonawcę zakresu i sposobu świadczenia zobowiązania, którego w ofercie nie ma, zatem byłaby to czynności nieuprawniona – złożenie materialnie nowej oferty, nie zaś poprawienie dotychczasowej. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż odrzucenie oferty odwołującego, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., było prawidłowe. Natomiast poprawienie odrzuconej oferty doprowadziłoby do próby obejścia prawa i dokonania nieuprawnionych negocjacji dotyczących złożonej oferty, które są zakazane na kanwie art. 87 ust. 1 zd. drugie p.z.p., zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za bezzasadny również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 p.z.p., postawiony w pkt 3 *petitum* odwołania, jako zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 p.z.p. 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 jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Skład orzekający wskazuje, iż podziela w zakresie interpretacji art. 87 ust. 1 p.z.p. ukształtowaną linię orzeczniczą Sądów powszechnych, której wyraz, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia

29.01.2010 r., sygn. akt XII GA 429/2009 dał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30.03.2010 r., sygn. akt X Ga 7/10 wskazując, iż: „Artykuł 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał”.

W konsekwencji powyższego procedura wyjaśniająca, w oparciu o art. 87 ust. 1 p.z.p., która przeradza się w obowiązek zamawiającego w przypadku niejasności co do treści oferty, może służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego co zostało w ofercie przedstawione. W rozpoznawanym stanie faktycznym treść oferty, która wiązała wykonawcę wyrażona była w formularzu ofertowym – nie jest zatem możliwe, w świetle przytoczonych przepisów prawa, jej „rozbudowanie” o elementy, których pierwotne oświadczenie wykonawcy nie obejmowało – prowadziłoby to *de facto* do złożenia, ponad ofertę i obok niej, zupełnie nowego oświadczenia woli, po terminie składania ofert, co wprost prowadziłoby do nieuprawnionych negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zatem w ocenie Izby twierdzenia odwołującego są sprzeczne z istotą komentowanej regulacji i godzą w jej utrwalone, szeroko poparte orzecznictwem brzmienie.

Mając na uwadze powyższe Izba podzieliła twierdzenia zamawiającego i przystępującego, iż w rozpoznawanym stanie faktycznym postępowanie wyjaśniające oparte o art. 87 p.z.p. byłoby nieuprawnione, natomiast odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Izba wskazuje również, że u podstaw wydanego orzeczenia, w zakresie oddalenia zarzutu nr 1, jak i zarzutu nr 3 z *petitum* odwołania, leżała interpretacja Trybunału

Sprawiedliwości Unii Europejskiej, co do konieczności zapewnienia, aby wyjaśnienia oferty nie prowadziły do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (orzeczenie z dnia 4.05.2017 r. w sprawie C - 387/14 Esaprojekt, orzeczenie z dnia 7.04. 2016 r. w sprawie C - 324/14 Partner Apelski Dariusz), którą skład orzekający podziela. Należy przy tym podkreślić, że dokonując wykładni przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych, należy mieć na uwadze obowiązek prounijnej wykładni prawa krajowego, wynikający z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który polega na dokonywaniu przez organy krajowe takiej interpretacji przepisów prawa krajowego, która zapewnia osiągnięcie celu wynikającego z norm prawa unijnego.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, aby zarzut nr 2 odwołania – podniesiony jako naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. art. 91 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty – posiadał uzasadnione podstawy. Wobec stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty wskazane przez odwołującego w pkt 1 i 3 *petitum* odwołania, są bezpodstawnie i gołosłowne, w konsekwencji ich oddalenia przez Izbę, nie mógł zostać również uwzględniony zarzut oznaczony nr 2, który jako niepotwierdzony w ustalonym stanie sprawy został przez Izbę oddalony.

Zaznaczyć również należy, że odwołujący każdy ze sformułowanych zarzutów oparł na naruszeniu przez zamawiającego naczelných zasad zamówień publicznych, tj. art. 7 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.” Umknęło przy tym uwadze odwołującego, że samo powołanie się w treści zarzutu na normę art. 7 ust. 1 p.z.p. nie jest wystarczające dla uznania takiego zarzutu za nadający się do rozpoznania. Wypada zauważyć, że Izba, dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych, uwzględnia systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelných zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p. Nie zwalnia to jednak odwołującego z obowiązku wskazania okoliczności faktycznych, które uzasadniają w jego ocenie naruszenie nie tylko przepisu szczegółowego - tożsamy obowiązek postawienia prawidłowo sformułowanego zarzutu dotyczy również normy art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz wykazania związku pomiędzy czynnością lub zaniechaniem zamawiającego w konkretnych, wykazanych okolicznościach, a naruszeniem tejże dyrektywy ogólnej. Nie można przy tym przyjąć w sposób automatyczny, iż nawet, jeżeli zachowanie zamawiającego mogło wystąpić przeciw którejkolwiek z norm p.z.p. to jednocześnie doszło do naruszenia naczelných zasad zamówień publicznych, zatem naruszenie tej normy pozostało nieudowodnione.

Ponadto Izba stwierdziła, że dowody przedłożone przez odwołującego, w postaci oferty Adva Optical Networking wraz z oświadczeniem, są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia postępowania, bowiem nie zmierzały one do wykazania okoliczności, które miały być nimi wykazane, a dokumentowały jedynie interakcje odwołującego z innym podmiotem, nieprzydatne dla dokonania „wykładni” treści oferty odwołującego, wprost sprzecznej z brzmieniem dowodu. Aby dowodzić jaka wykładnia treści oferty jest celowa i uzasadniona okolicznościami jej sporządzenia, w tym co do ilości elementów urządzenia, odwołujący musiałby najpierw wykazać, iż treść oferty w rzeczywistości budzi wątpliwości wymagające wykładni, czego jednak odwołujący w sprawie nie uczynił. Jednocześnie Izba stwierdziła, że treści

wskazującej na wyszczególnienie wszystkich komponentów wchodzących w skład oferowanego przedmiotu zamówienia, w tym ich ilości, w ofercie po prostu nie ma. Z tej przyczyny stwierdzić należało, że przedłożone dokumenty, nawet w przypadku przyjęcia ich wiarygodności, nie doprowadziłyby do poczynienia ustaleń istotnych z perspektywy przedmiotu rozpoznania niniejszej sprawy. Natomiast dowody złożone przez zamawiającego już się *ex lege* w aktach sprawy znajdowały (§ 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 poz. 1092 ze zm.).

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu oraz uzasadnionymi kosztami zamawiającego, będącymi kosztem dojazdu na wyznaczoną rozprawę i kosztem opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Przewodniczący:

.....