Sygn. akt: KIO 2269/18

KIO 2290/18

WYROK
z dnia 19 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jan Kuzawiński

Protokolant: Marcin Jakóbczyk
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2018 r. przez:
A.**AB-ONLINE Sp. z o.o., ul. Sokołowska 9 lok. 56, 01-142 Warszawa,**
B.**PPHU SMK R. S., ul. Bukowińska 22 lok. 7B, 02-703 Warszawa,**
w postępowaniu prowadzonym przez
Telewizję Polską S.A, ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa,
przy udziale wykonawcy **Helica Sp. z o.o., ul. Raszyńska 25, 02-033 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 2290/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie w sprawie KIO 2269/18,** wniesione przez wykonawcę AB-ONLINE Sp. z o.o., ul. Sokołowska 9 lok. 56, 01-142 Warszawa i nakazuje Zamawiającemu – Telewizja Polska S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Adtv Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 14/16, 02-739 Warszawa oraz oferty wykonawcy konsorcjum Engave S.A. i Engave Services Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa,
2. **uwzględnia odwołanie w sprawie KIO 2290/18,** wniesione przez wykonawcę PPHU SMK R. S., ul. Bukowińska 22 lok. 7B, 02-703 Warszawa i nakazuje Zamawiającemu – Telewizja Polska S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 7 postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Helica Sp. z o.o., ul. Raszyńska 25, 02-033 Warszawa,
3. kosztami postępowań w sprawach KIO 2269/18 i KIO 2290/18 obciąża Zamawiającego -Telewizja Polska S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa i:

   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AB-ONLINE Sp. z o.o., ul. Sokołowska 9 lok. 56, 01-142 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
   3.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PPHU SMK R. S., ul. Bukowińska 22 lok. 7B, 02-703 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
   3.3 zasądza kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od Zamawiającego - Telewizja Polska S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa, na rzecz Odwołującego – AB-ONLINE Sp. z o.o., ul. Sokołowska 9 lok. 56, 01-142 Warszawa, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu,
   3.4 zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego - Telewizja Polska S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa, na rzecz Odwołującego – PPHU SMK R. S., ul. Bukowińska 22 lok. 7B, 02-703 Warszawa**,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:……

sygn. akt: **KIO 2269/18**
KIO 2290/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Telewizja Polska S.A., ul. Woronicza 17, 00-999 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Zakup sprzętu komputerowego”.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 150-343788 w dniu 7.08.2018 r.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień
o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1579) zwanej dalej „Pzp”. Postępowanie prowadzone jest w 9 częściach.

Dnia 26 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ocenie ofert oraz wyborze ofert najkorzystniejszych m.in. w części 1 i 7 zamówienia.

KIO 2269/18

W dniu 5.11.2018 r. wykonawca AB-ONLINE Sp. z o.o., ul. Sokołowska 9 lok. 56, 01-142 Warszawa, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od ww. czynności Zamawiającego w ramach części 1 zamówienia, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 3 w zw.
z art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mające polegać na:

1)zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Adtv Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 14/16, 02-739 Warszawa (dalej jako Adtv)

oraz oferty wykonawcy Engave S.A. i Engave Services Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa (dalej jako Engave) w części 1 zamówienia, mimo że treści tych ofert nie odpowiadają treści SIWZ, tj. nie wskazują producenta, modelu i symbolu komputera, czego wymagał Zamawiający w pkt 2 c) Załącznika nr 1.1. do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Część 1,

2)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy w części 1 przedmiotu zamówienia, mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, tj. nie wskazuje producenta, modelu i symbolu komputera, czego wymagał Zamawiający w pkt 2 c) Załącznika nr 1.1. do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Część 1.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia,
2) powtórzenia czynności oceny ofert w części 1 zamówienia, w tym nakazanie odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy Adtv oraz oferty wykonawcy Engave,
3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia spośród ofert wykonawców niepodlegających odrzuceniu, tj. Odwołującego oraz wykonawcy MDP Polska Sp. z o.o. Sp. K., ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa,
4) zwrotu Odwołującemu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania, w tym sumy 15000 zł tytułem wpisu od odwołania oraz sumy 3600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania.

Odwołujący podnosi, że treść ofert wykonawców Adtv i Engave nie odpowiadają treści SIWZ, gdyż nie zawierają określenia producenta, modelu i symbolu komputera, czego Zamawiający wymagał w pkt 2c Załącznika nr 1.1. do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Część 1. Odwołujący wskazuje, iż on sam wymóg ten spełnił, załączając do oferty tabelę zawierającą wymagane dane oferowanych urządzeń. Tabela ta zawiera dane pozwalające Zamawiającemu zweryfikować: 1) istnienie na rynku i pochodzenie oferowanych urządzeń oraz 2) istotne z punktu widzenia wymagań Zamawiającego określonych w pkt. 3 Załącznika nr 1.1. do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Część 1 - parametry techniczne oferowanych urządzeń. Z kolei oferty wykonawców Adtv i Engave w żadnym elemencie swej treści nie zawierają informacji o producencie, modelu i symbolu komputera będącego przedmiotem oferty. Wywodzi, że z treści tych ofert nie da się też w żaden sposób wywnioskować, choćby pośrednio, jakie konkretnie komputery, przez kogo wyprodukowane oferują wskazani wykonawcy, a w konsekwencji niemożliwe jest sprawdzenie, czy oferowane urządzenia spełniają wymogi pkt 3 Załącznika nr 1.1. do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Część 1.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i znajduje on zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wskazuje, że wyrażona w tym przepisie zasada udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy powoduje, że unieważnienie wadliwej czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty, wadliwe wykluczenie z postępowania wykonawcy, a także odrzucenie oferty lub unieważnienie postępowania, może być zweryfikowane przez zamawiającego w każdym czasie, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W celu uniknięcia naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w każdym czasie (nawet po dokonaniu czynności przewidzianych w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp) przed udzieleniem zamówienia zamawiający jest obowiązany unieważnić każdą dokonaną czynność z naruszeniem przepisu ustawy, jeżeli dokonanie takiej czynności może mieć wpływ na wynik postępowania, a także dokonać czynności zaniechanej, jeżeli zaniechanie może mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wywodzi, że naruszeniem zasady legalizmu wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp będzie okoliczność pominięcia procedur przewidzianych ustawą w sytuacjach,
w których był obowiązek ich zastosowania, albo takie działania zamawiającego, które, naruszając przepisy tej ustawy, mają wpływ na wynik postępowania, tzn. umowa zostaje zawarta nie z tym wykonawcą, który powinien był zostać wyłoniony zgodnie z daną procedurą. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z dorobku orzecznictwa wynika, że przez treść oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu publicznego zamówieni. Powołuje się na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym oferta jest to skierowana do adresata, stanowcza propozycja zawarcia umowy określonej treści, do elementów definicyjnych należą tu (m.in.) minimum treściowe oferty, którym jest wskazanie istotnych postanowień proponowanej umowy. Zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, iż oferty Adtv i Engave stanowią deklaracje spełnienia wymagań istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, bowiem ich treści nie pozwalają na ustalenie, jakie urządzenia są przedmiotem tych ofert. Podnosi, że nie mogą też być uznane za stanowczą propozycję zawarcia umowy określonej treści, skoro treścią umowy musi być oznaczenie cech dostarczanych urządzeń, tj. ich producenta, symbolu i modelu oraz posiadanych przez tak skonkretyzowane urządzenia wymaganych
w SIWZ parametrów technicznych. Powołuje się na wyrok KIO 1292/11, zgodnie z którym brak wskazania i skonkretyzowania przedmiotu dostawy na etapie składania ofert należy uznać za niezgodność treści oferty z SIWZ polegającą na niewłaściwym, tzn. niezgodnym
z wymaganiami SIWZ opisaniu przedmiotu dostawy. Wywodzi, że Zamawiający nie pozostawił wykonawcom możliwości konkretyzacji przedmiotu dostawy dopiero na etapie podpisywania umowy ani na etapie realizacji dostawy - w pkt 2 c) Załącznika nr 1.1. do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Część 1 Zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż*„w ofercie wymagane jest podanie producenta, modelu i symbolu komputera”.* Wskazuje na użycie zwrotu „w ofercie”, co jednoznacznie precyzuje etap postępowania, w którym powinno nastąpić określenie przez wykonawców wymienionych cech oferowanego komputera.

Podnosi, że Zamawiający zasadnie nie dokonał poprawienia ofert wykonawców Adtv i Engave w zakresie oznaczenia danych określonych w pkt. 2 c) Załącznika nr 1.1. do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Część 1. Zdaniem Odwołującego w przeciwnym razie doszłoby bowiem do sprzecznych z dyspozycją powołanego przepisu zmian (uzupełnień) ofert, gdyż dotyczącym ich istotnych treści. Wywodzi, że nie byłoby to obiektywnie możliwe, gdyż Zamawiający nie dysponuje żadnymi danymi pozwalającymi na ustalenie producenta, modelu i symbolu urządzeń oferowanych przez tych wykonawców w części 1 zamówienia. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, 1104 i 1629), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z uwagi na okoliczność braku
w ustawie Pzp definicji oferty zastosowanie znajduje art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie

drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Podkreśla, że oznaczony co do tożsamości (zindywidualizowany) przedmiot dostawy stanowi niewątpliwie essentialium negotii umowy, jaką Zamawiający zawrze w wyniku rozstrzygnięcia postępowania w niniejszej sprawie.
Z powyższego wywodzi, że brak określenia producenta, modelu i symbolu komputera uniemożliwia sprawdzenie, czy oferowane urządzenia spełniają wymagania techniczne określone w pkt. 3.1-3.4 Załącznika nr 1.1. do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Część 1, a zatem czy odpowiadają przedmiotowi zamówienia. Dodaje, że brak tych określeń powoduje niezgodne z wymogiem określonym w pkt 2 c) Załącznika nr 1.1. do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Część 1 przesunięcie w czasie określenia konkretnego przedmiotu dostawy do momentu zawarcia umowy lub nawet do momentu wykonania dostawy.
KIO 2290/18
Dnia 5 listopada 2018 roku, wykonawca PPHU SMK R. S. ul. Bukowińska 22 lok. 7B, 02-703 Warszawa wniós odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań i czynności Zamawiającego w części 7 zamówienia, tj.:
1.niezgodnego z ustawą Pzp wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Helica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Raszyńska 25 (dalej: „Helica" lub „Spółka Helica") w części nr 7;
2.zaniechania odrzucenia oferty Helica Sp. z o.o. w części nr 7, pomimo, iż treść tejże oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań przedmiotowych Zamawiającego;
3.zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 7.
Z powyższych czynności i zaniechań Odwołujący wywodzi, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp
i podnosi następujące zarzuty:
1.dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Helica Sp. z o. o., w części nr 7 (naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp);
2.zaniechanie czynności odrzucenia oferty Helica Sp. z o. o, z postępowania w zakresie części nr 7 (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp);
3.zaniechanie czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego,
4.nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji podczas badania treści złożonych ofert, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w części nr 7.
W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 7;
3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części nr 7;
4) odrzucenia oferty Helica Sp. z o.o. w części nr 7 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp;
5) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w części nr 7.
Uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania.
Odwołujący informuje, że przedmiotem postępowania w części nr 7 były drukarki różnego rodzaju, zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 1.7 do SIWZ. W zakresie części nr 7 zostały złożone: oferta Helica Sp. z o.o. oraz oferta Odwołującego. Zamawiający na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert, za najkorzystniejszą ofertę w części nr 7 uznał ofertę złożoną przez Helica Sp. z o.o.
Odwołujący podnosi, że po dokonaniu szczegółowej analizy treści oferty oraz dokumentów złożonych wraz z ofertą Helica należy stwierdzić, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla części nr 7 pozostaje w kolizji z art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2
w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż spółka Helica nie spełniła wymagania
w zakresie wskazania wraz z ofertą producenta, modelu oraz symbolu oferowanych urządzeń. Wskazuje, że przedmiotem postępowania w zakresie części nr 7 były drukarki oznaczone przez Zamawiającego w Tabeli nr 1 Załącznika nr 1.7 do SIWZ oraz szczegółowo opisane w zakresie wymagań przedmiotowych odpowiednio w pkt od 3.1 do 3.5 powołanego Załącznika. Odwołujący wywodzi, że Zamawiający w zakresie części nr 7 regulacjami SIWZ (Załącznik nr 1.7 do SIWZ pkt 2 lit. „c"), wymagał wskazania w ofercie nazwy producenta, modelu i symbolu oferowanych urządzeń. Spółka Helica w żadnym złożonym dokumencie ofertowym (ofercie), jak i również złożonym wraz z ofertą, powołanych danych nie przedstawiła. Tym samym, według Odwołującego wypełniona został przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp. Podnosi, że brak danych identyfikujących przedmiot oferty, które stanowią treść oferty sensu stricte, powoduje niemożność identyfikacji zaoferowanych produktów i stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. Wskazuje, że jak wynika z wyroku KIO z 27.01.2017 r., KIO 88/17; KIO 95/17, wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dane identyfikujące przedmiot oferty są treścią oferty sensu stricte a brak ich wskazania w ofercie, powoduje niemożność identyfikacji zaoferowanych produktów i stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy (tak: wyrok KIO z 20.03.2017 r., KIO 399/17; KIO 438/17; KIO 439/17). Dale Odwołujący wskazuje, że każdy z oferowanych wyrobów przez wykonawcę Helica dysponuje określonym modelem oraz symbolem pozwalającym na jego skonkretyzowaną identyfikację. Dodaje, że Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy Helica z wnioskiem o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie powołanym powyżej na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający odstąpił od wymagań zakreślonych w SIWZ i dokonał czynności wyboru oferty z pominięciem tych wymagań, naruszając tym samym art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Według odwołującego w sposób bezsprzeczny w SIWZ zostało zakreślone wymaganie wskazania producenta, modelu i symbolu oferowanych urządzeń, gdyż
w przeciwnym wypadku Zamawiający nie mógłby dokonać na poziomie badania oceny ofert oraz na poziomie wykonania umowy weryfikacji zgodności treści oferty z wymaganiami,
a także następnie przedmiotów dostarczanych.
Powołuje się na wyroki KIO 1759/16 i KIO 1369/16, zgodnie z którymi oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, jeżeli Zamawiający regulacjami SIWZ wymagał wskazania producenta, modelu oraz symbolu oferowanego urządzenia, a wykonawca zaniechał podania tych informacji w ofercie. Wywodzi, że wobec braku określenia przedmiotu świadczenia, nie będzie możliwym porównanie opisu przedmiotu zamówienia do zobowiązania wykonawcy
i ustalenie, czy treść tego zobowiązania – oferty odpowiada treści SIWZ. Podnosi, że wobec treści oferty Helica nie będzie możliwości owego porównania nawet w sytuacji zawarcia
(w jego ocenie – wadliwej) umowy, ze względu na fakt , że zaoferowany przedmiot nie jest możliwy do zidentyfikowania na etapie badania i oceny ofert.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał czynności odrzucenia oferty Helica Sp. z o.o. dla części nr 7, a dokonane badanie oferty powołanego wykonawcy oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej zostało zrealizowane z rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.
Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Helica Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowych sprawach, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron postępowania złożonych ustnie do protokołu
w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

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

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt 4 SIWZ określono, że przedmiotem zamówienia jest zakup sprzętu komputerowego,
w części 1 zamówienia – komputerów, w części 7 – drukarek.
Zgodnie z pkt 10.1 SIWZ na ofertę składa się formularz oferty zgodny w treści z załącznikiem nr 2 do SIWZ. W pkt 10.3 SIWZ określono oświadczenia lub dokumenty składane razem
z ofertą, na które składały się: 1. dokumenty potwierdzające uprawnienie do podpisania oferty oraz do podpisania lub poświadczenia za zgodność z oryginałem składanych oświadczeń lub dokumentów (…), 2. pełnomocnictwo, w przypadku, gdy ofertę lub załączone do niej oświadczenia lub dokumenty podpisuje pełnomocnik, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte umocowanie osób podpisujących pełnomocnictwo do jego udzielenia, 3. dokument potwierdzający wniesienie wadium w przypadku wnoszenia wadium w formie niepieniężnej.
W pkt 17.2 SIWZ zawarto wymóg, zgodnie z którym wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego dostarczy szczegółową specyfikację techniczną oferowanego sprzętu.
Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zawarto odpowiednio w załącznikach 1.1-7 dla każdej z części. Załączniki 1.1 i 1.7 w pkt 2c zawierały wymóg, zgodnie z którym *„w ofercie wymagane jest podanie producenta, modelu i symbolu urządzenia”.*
Załącznik nr 2 do SIWZ – formularz ofertowy stanowił m.in.:
„7. Zamówienie zrealizujemy w terminie wymaganym przez Zamawiającego, na zasadach określonych we Wzorze umowy.
8. Zapoznaliśmy się ze Wzorem umowy, który jest integralną częścią SIWZ i akceptujemy go bez zastrzeżeń oraz zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na określonych w nim przez Zamawiającego warunkach, w miejscu i terminie przez niego wyznaczonym”.
Załącznik nr 4 do SIWZ – wzór umowy, zawierał m.in. następujące regulacje:
„§ 1. Przedmiot umowy: 1. Przedmiotem Umowy jest dostawa sprzętu komputerowego, zwanego dalej łącznie Urządzeniami, zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy. 2. Przez wykonanie Przedmiotu Umowy Strony rozumieją dostawę Urządzeń zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz zgodnie ze Specyfikacją Cenową stanowiącą Załącznik nr 4 do Umowy”.
Załącznik nr 1 do umowy stanowił Opis Przedmiotu Zamówienia, który stanowił odniesienie do załączników 1.1 – 1.9 do SIWZ – *„zgodny z Załącznikiem odpowiednio nr 1.1 (…), 1.7 (…) do SIWZ”.*
Załącznik nr 4 do umowy stanowiła Specyfikacja Cenowa mająca formę tabeli, z kolumnami m.in.: Nazwa urządzenia, Producent, Typ/Model wg katalogu producenta wraz z osprzętem. Do kolumny Producent zrobiono przypis nr 4, zgodnie z którym *„Należy wypełnić zgodnie*
z ofertą Wykonawcy złożoną w postępowaniu nr ZP/TITT/87/2018, o ile wymagano podania tych informacji”.
ZP/TITT/87/2018 to numer referencyjny przedmiotowego postępowania.

Izba zważyła, co następuje.

KIO 2269/18

Przeprowadzona przez Izbę analiza stanu faktycznego sprawy oraz przepisów prawa i orzecznictwa KIO prowadzi do wniosku, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Odwołujący AB-Online podnosił naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Adtv Sp. z o.o. i wykonawcy konsorcjum Engave pomimo braku wskazania
w nich producenta, modelu i symbolu komputera, wbrew wymaganiu 2c Załącznika nr 1.1 do SIWZ – OPZ dla części 1 zamówienia oraz wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Adtv, pomimo ww. niezgodności z SIWZ.
W ocenie Izby podniesione przez Odwołującego AB-Online zarzuty potwierdziły się. Bezspornym było, że wykonawca Adtv i wykonawca Engave w treści oferty nie wskazali producenta, modelu i symbolu oferowanych komputerów. Nie budzi również wątpliwości, że formularz ofertowy nie zawierał miejsca na wskazanie producenta, modelu i typu oferowanych urządzeń, zaś SIWZ w rozdziale 10 – „Oferta oraz oświadczenia lub dokumenty wymagane w postępowaniu” nie stanowił wprost o konieczności wskazania w jakikolwiek sposób w ofercie ww. informacji. Jednakże powyższe w żaden sposób nie pozwala na uznanie, że wykonawcy nie byli związani wymaganiem określonym w pkt 2c Załącznika nr 1.1 do SIWZ, gdzie wprost wskazano, że *„w ofercie wymagane jest podanie producenta, modelu i symbolu urządzenia”.* Nie można przyjąć przedstawionej w toku rozprawy przed Izbą argumentacji Zamawiającego, że pkt 2c Załącznika 1.1 stanowił omyłkę i że
w rzeczywistości nie wymagał on podania rzeczonych informacji, co wynika z pozostałych zapisów SIWZ, a ów błąd Zamawiającego nie może obarczać wykonawców, którzy nie zawarli w ofercie ww. informacji. W pierwszej kolejności należy wskazać, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie zachodzi sprzeczność pomiędzy punktem 17.2 SIWZ
a pkt 2c OPZ. Zamawiający w pkt 17.2 określił, że przed zawarciem umowy wykonawca dostarczy szczegółową

specyfikację techniczną. Z kolei punkt 2c OPZ dotyczy jedynie informacji o modelu, producencie i symbolu urządzenia. Podnoszona w toku rozprawy okoliczność, że szczegółowa specyfikacja techniczna zawiera również informacje wymagane w pkt 2c OPZ, nie czyni omawianego zapisu OPZ zbędnym. Sytuacja taka miałaby miejsce
w przypadku odwrócenia zapisów – gdyby Zamawiający wymagał podania już w ofercie,
a zatem na wcześniejszym etapie postępowania – specyfikacji szczegółowej, zaś przed zawarciem umowy – producenta, modelu i symbolu. Wówczas rzeczywiście zapis 17.2 byłby zbędny. Jednakże w niniejszej sprawie, brak zawarcia rzeczonych informacji w ofercie uniemożliwia identyfikację jej przedmiotu, a zatem pkt 2c OPZ stanowi o racjonalnym wymaganiu, nie stojącym w sprzeczności z wymogiem pkt 17.2 SIWZ. Dalej, w zapisach SIWZ nie znajduje również potwierdzenia argument, że Zamawiający nie wymagał podania ww. oznaczeń w treści oferty. Zamawiający tezę tę wywodzi z zapisów rozdziału 10 SIWZ, gdzie taki wymóg nie jest wprost wyrażony. Należy jednak zwrócić uwagę, że pkt 10.1 SIWZ określa, że na ofertę składa się formularz ofertowy zgodny z załącznikiem nr 2 do SIWZ. Formularz ten, w pkt 8 określa, że wykonawca zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego we wzorze umowy, z którym wykonawca się zapoznał. Dalej, wzór umowy w § 1 ust. 1 określa, że przedmiotem umowy jest dostawa sprzętu zgodnie z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do umowy. Przywołany załącznik nr 1 do umowy stanowi odniesienie do Załącznika nr 1 do SIWZ – OPZ. A zatem, wobec zawartego w formularzu oferty odwołania do warunków określonych we wzorze umowy, który z kolei odwołuje się do OPZ, wymagania OPZ, w tym punkt 2c, kształtują treść oferty. Punkt 2c OPZ wymaga, by oznaczenie producenta, modelu i symbolu urządzenia znalazło się w ofercie. Rzeczywiście zatem, pkt 10 SIWZ wprost nie stanowił o obowiązku wskazania ww. informacji w ofercie. Jednakże poprzez łańcuch odniesień SIWZ – formularz ofertowy – wzór umowy – OPZ, wymóg taki przygotowujący ofertę z należytą starannością wykonawca winien był odczytać. Również okoliczność, że wykonawcy nie składali zapytań w trybie art. 38 ustawy Pzp co do pkt 2c OPZ nie wpływa na jego ocenę jako wiążącego, bowiem zapis ten jest jasny i nie budzi wątpliwości. Argumentacja Zamawiającego, że każda niejasność, niejednoznaczność bądź błąd w SIWZ powinna być tłumaczona na korzyść wykonawców, jakkolwiek co do zasady prawidłowa, nie znajduje w tej sprawie zastosowania, bowiem nie można stwierdzić, by wymóg określony w pkt 2c OPZ był niejednoznaczny czy mógł być interpretowany jako pomyłka Zamawiającego, nie stoi też w sprzeczności z innymi zapisami SIWZ. Nie jest racjonalnym przyjęcie, że wykonawca przygotowujący ofertę w sposób rzetelny, pozwala sobie na pominięcie niektórych zapisów SIWZ, uznając że wynikają one z pomyłki autora SIWZ. Gdyby zaś wykonawca dokonał takiego „założenia", absolutnie nie jest dopuszczalne, by Zamawiający to aprobował. Należy zważyć, że SIWZ od momentu publikacji wiąże zarówno wykonawców jak i Zamawiającego (por. np. wyrok z dnia 28.05.2010 r., KIO 868/10, z dnia 8.09.2014 r., KIO 1736/14, z dnia 7.01.2015 r., KIO 2735/15). Przyjęcie, że po terminie składania ofert Zamawiający może stwierdzić, że część zapisów SIWZ nie obowiązuje, prowadzi do podważenia sensu kluczowej instytucji prawa zamówień publicznych jaką jest, wiążąca obie strony, SIWZ. W konsekwencji naruszone zostaną podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w szczególności zasady przejrzystości postępowania. Nie będzie bowiem jasne, jakimi regułami w postepowaniu mają kierować się wykonawcy oraz jakie zasady wiążą zamawiającego. Co więcej – uznanie, że jeden z zapisów SIWZ w rzeczywistości nie obowiązywał, dopuszczenie możliwości, iż nie każde postanowienie SIWZ ma charakter wiążący, uniemożliwia w zasadzie wykonawcom kontrolę specyfikacji np. w drodze odwołań do KIO. Żeby kontrola ta była możliwa, wykonawca musi móc odczytać jakie obowiązki zostały na niego nałożone oraz jaka procedura wiąże Zamawiającego. Wobec powyższego przyjąć należy, że Zamawiający bezpodstawnie uznał, że złożenie wraz z ofertą informacji o modelu, producencie i symbolu nie było wymagane. Omawiane dopuszczenie doprowadziło do wyłomu w zasadzie legalizmu (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp), ale także spowodowało również nieporównywalność ofert, bowiem treść ofert wykonawców, którzy ww. informacji nie podali, jest niesprecyzowana.

Kluczowym w sprawie jest, że rzeczony brak informacji nie stanowi jedynie braku formalnego oferty, ale decyduje o jej niezgodności z SIWZ. Orzecznictwo KIO jednolicie wskazuje, że w przypadku braku podania informacji koniecznych dla identyfikacji oferowanego przedmiotu, pomimo wymagania ujawnienia ich w ofercie, dochodzi do niezgodności treści oferty z SIWZ i oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. np. wyrok z dnia 11.09.2017 r., KIO 1815/17, 13.11.2013 r., KIO 2478/13, 27.01.2017 r., KIO 88/17 KIO 95/17). Również z powołanego przez Zamawiającego art. 66 § 1 k.c., należy odczytać konieczność odrzucenia oferty w przypadku braku wymaganej w OPZ identyfikacji oferowanych urządzeń. Zgodnie z ww. przepisem, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie sposób uznać, jak chciał Zamawiający, że określenie w ofercie przedmiotu dostawy
w sposób umożliwiający weryfikację zgodności z oświadczeniem woli na etapie realizacji umowy, nie stanowi istotnego postanowienia umowy (por. też np. wyrok KIO z dnia 21.01.2018 r., KIO 2739/18, z dnia 8.12.2017 r., KIO 2475/17). Jak zresztą wskazano powyżej, wzór umowy wprost odnosi się do OPZ, zgodnie z którym należało wskazać producenta, model i symbol oferowanych urządzeń. Omawiany brak czyni zatem oświadczenie woli wykonawcy niepełnym, sformułowane w ofercie zobowiązanie nie przyjmuje kształtu wymaganego przez Zamawiającego. Dalej, należy zaznaczyć, że dopuszczenie pominięcia ww. informacji w ofertach nie stanowi jedynie o braku zachowania przyjętych reguł formalnych, ale ma wpływ na sytuację wykonawców w postępowaniu. Wykonawcy, którzy rzeczonych danych nie podali, mogą już po upływie terminu składania ofert, do czasu realizacji obowiązku określonego w pkt 17.2 SIWZ, w sposób dowolny kształtować treść oferty. Powoduje to nieporównywalność ofert, a także utrudnia, o ile nie uniemożliwia realną kontrolę oferty np. w zakresie rażąco niskiej ceny. W sytuacji bowiem wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie będzie możliwa weryfikacja złożonych wyjaśnień w stosunku do treści oferty. Wykonawca dla potrzeb udowodnienia realności ceny może wówczas na przykład dowolnie dobrać oferowany sprzęt, choćby jego pierwotna intencja, wyrażona w ofercie była zupełnie inna – mógł wówczas dla oszacowania ceny przyjąć inne urządzenia. Z kolei wykonawcy, którzy zgodnie z pkt 2c OPZ wskazali producenta, model i symbol oferowanych urządzeń, pozbawieni są (zasadnie) możliwości takiej manipulacji ofertą, co stawia ich w gorszej pozycji.

Brak sprecyzowania oferowanego przedmiotu, wbrew wymogom OPZ, uniemożliwia także zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień na tej podstawie byłoby możliwym, gdyby na podstawie jakiegokolwiek wskazania w ofercie, czy informacji z załączników dało się ustalić producenta, symbol i model oferowanych urządzeń. W ofertach ww. wykonawców brak jest jednak takowych wskazań. W tej sytuacji, zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp umożliwiłoby w zasadzie złożenie wykonawcom nowej oferty – nie ma bowiem możliwości ustalenia, że treść wyjaśnień zgodna byłaby
z pierwotnym oświadczeniem wykonawcy, zawartym w ofercie.

Tytułem uzupełnienia wskazać należy, że nie jest okolicznością usprawiedliwiającą brak wskazania rzeczonych informacji w ofercie brak wyznaczonego na to miejsca
w formularzu ofertowym. Jak pokazuje przykład Odwołującego, wykaz takich informacji można przygotować choćby w

postaci załącznika do formularza ofertowego. Podmiot działający na rynku, w szczególności tak konkurencyjnym jak rynek IT, powinien dołożyć należytej staranności w wypełnieniu jasno wyartykułowanych i niepodważanych zapisów SIWZ-OPZ (por. też np. wyrok KIO z dnia 7.01.2016 r., KIO 2735/16).
Konkludując, należało uznać, ze oferty Adtv i konsorcjum Engave są niezgodne z pkt 2c OPZ i jako takie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaś zaniechanie ich odrzucenia stanowiło naruszenie powołanego przepisu a także,
w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.
Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Izba nie zasądziła kosztów o których mowa w § 3 ust. 2 lit b. rozporządzenia – kosztu wynagrodzenia pełnomocnika, wobec braku złożenia rachunku, co zgodnie z powołanym przepisem, stanowi warunek zasądzenia tych kosztów.

KIO 2290/18

Odwołujący wywodził, że wobec zaniechania wskazania w ofercie Przystępującego Helica modelu, producenta i symbolu oferowanych urządzeń, oferta jest niezgodna z pkt 2c OPZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie ww. przepisu, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, że zarzut ów znalazł potwierdzenie w okolicznościach sprawy.
Bezspornym było, że wykonawca Helica w treści oferty nie wskazał producenta, modelu i symbolu oferowanych drukarek. Nie budzi również wątpliwości, że formularz ofertowy nie zawierał miejsca na wskazanie producenta, modelu i typu oferowanych urządzeń, zaś SIWZ w rozdziale 10 – „Oferta oraz oświadczenia lub dokumenty wymagane w postępowaniu" nie stanowił wprost o konieczności wskazania w jakikolwiek sposób
w ofercie ww. informacji. Jednakże powyższe w żaden sposób nie pozwala na uznanie, że wykonawcy nie byli związani wymaganiem określonym w pkt 2c Załącznika nr 1 do SIWZ -OPZ, gdzie wprost wskazano, że *„w ofercie wymagane jest podanie producenta, modelu*
i symbolu urządzenia". Nie można przyjąć przedstawionej w toku rozprawy przed Izbą argumentacji Zamawiającego, że pkt 2c Załącznika 1.7 stanowił omyłkę, że w rzeczywistości nie wymagał on podania rzeczonych informacji. Zamawiający podnosił, że wynika to również z pozostałych zapisów SIWZ, a ów błąd nie może obarczać wykonawców, którzy nie zawarli w ofercie ww. informacji.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie zachodzi sprzeczność pomiędzy punktem 17.2 SIWZ a pkt 2c OPZ. Zamawiający w pkt 17.2 określił, że przed zawarciem umowy wykonawca dostarczy szczegółową specyfikację techniczną. Z kolei punkt 2c OPZ dotyczy jedynie informacji o modelu, producencie i symbolu urządzenia. Podnoszona w toku rozprawy okoliczność, że specyfikacja techniczna zawiera również informacje wymagane w pkt 2c OPZ, nie czyni omawianego zapisu OPZ zbędnym. Sytuacja taka miałaby miejsce w przypadku odwrócenia zapisów – gdyby Zamawiający wymagał podania już w ofercie, a zatem na wcześniejszym etapie postepowania – specyfikacji szczegółowej, zaś przed zawarciem umowy – producenta, modelu i symbolu. Wówczas rzeczywiście zapis 17.2 byłby zbędny. Jednakże w niniejszej sprawie, brak zawarcia rzeczonych informacji w ofercie uniemożliwia identyfikację jej przedmiotu, a zatem pkt 2c OPZ stanowi o racjonalnym wymaganiu, nie stojącym
w sprzeczności z wymogiem pkt 17.2 SIWZ. Dalej, w zapisach SIWZ nie znajduje również potwierdzenia argument, że Zamawiający nie wymagał podania ww. oznaczeń w treści oferty. Zamawiający tezę tę wywodzi z zapisów rozdziału 10 SIWZ, gdzie taki wymóg nie jest wprost wyrażony. Należy jednak zwrócić uwagę, że pkt 10.1 SIWZ określa, że na ofertę składa się formularz ofertowy zgodny z załącznikiem nr 2 do SIWZ. Formularz ten, w pkt 8 określa, że wykonawca zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego we wzorze umowy, z którym wykonawca się zapoznał. Dalej, wzór umowy w § 1 ust. 1 określa, że przedmiotem umowy jest dostawa sprzętu zgodnie z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do umowy. Przywołany załącznik nr 1 do umowy stanowi odniesienie do Załącznika nr 1 do SIWZ – OPZ. A zatem, wobec zawartego w formularzu oferty odwołania do warunków określonych we wzorze umowy, który z kolei odwołuje się do OPZ, nie budzi wątpliwości, że wymagania OPZ, w tym punkt 2c, kształtują treść oferty. Punkt 2c OPZ wymaga, by oznaczenie producenta, modelu i symbolu urządzenia znalazło się w ofercie. Rzeczywiście zatem, pkt 10 SIWZ wprost nie stanowił o obowiązku wskazania ww. informacji w ofercie. Jednakże poprzez łańcuch odniesień SIWZ – formularz ofertowy – wzór umowy – OPZ, wymóg taki wykonawca przygotowujący ofertę z należytą starannością winien był odczytać. Zgodzić się należy z Odwołującym, że brak było podstaw dla zadawania pytań w trybie art. 38 ustawy Pzp w tym zakresie, bowiem wymóg pkt 2c OPZ jest jasny i nie wzbudza wątpliwości. Argumentacja Zamawiającego, że każda niejasność, niejednoznaczność bądź błąd w SIWZ powinna być tłumaczona na korzyść wykonawców, jakkolwiek co do zasady prawidłowa, nie znajduje w tej sprawie zastosowania, bowiem nie można stwierdzić, by wymóg określony w pkt 2c OPZ był niejednoznaczny czy mógł być interpretowany jako pomyłka Zamawiającego, nie stał także w sprzeczności z innymi wymogami SIWZ.

Nie jest racjonalnym przyjęcie, że wykonawca przygotowujący ofertę w sposób rzetelny, pozwala sobie na pominięcie niektórych zapisów SIWZ, uznając że wynikają one z pomyłki autora SIWZ. Gdyby zaś wykonawca dokonał takiego „założenia", absolutnie nie jest dopuszczalne, by Zamawiający to aprobował. Należy zważyć, że SIWZ od momentu publikacji wiąże zarówno wykonawców jak i Zamawiającego (por. np. wyrok z dnia 28.05.2010 r., KIO 868/10, z dnia 8.09.2014 r., KIO 1736/14, z dnia 7.01.2015 r., KIO 2735/15). Przyjęcie, że po terminie składania ofert Zamawiający może stwierdzić, że część zapisów SIWZ nie obowiązuje, prowadzi do podważenia sensu kluczowej instytucji prawa zamówień publicznych jaką jest, wiążąca obie strony, SIWZ. W konsekwencji naruszone zostaną podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w szczególności zasada przejrzystości postępowania. Nie będzie bowiem jasne, jakimi regułami w postepowaniu mają kierować się wykonawcy oraz jakie zasady wiążą zamawiającego. Co więcej – uznanie, że jeden z zapisów SIWZ w rzeczywistości nie obowiązywał, tj. dopuszczenie możliwości, że nie każde postanowienie SIWZ ma charakter wiążący, uniemożliwia w zasadzie wykonawcom kontrolę specyfikacji np. w drodze odwołań do KIO. Żeby kontrola taka była możliwa, wykonawca musi móc odczytać jakie obowiązki zostały na niego nałożone oraz jaka procedura wiąże Zamawiającego. Wobec powyższego przyjąć należy, że Zamawiający bezpodstawnie uznał, że złożenie wraz z ofertą informacji o modelu, producencie i symbolu nie było wymagane. Omawiane dopuszczenie spowodowało nieporównywalność ofert, bowiem treść ofert wykonawców, którzy ww. informacji nie podali, jest niesprecyzowana.

Kluczowym w sprawie jest, że rzeczony brak informacji nie stanowi jedynie braku formalnego oferty, ale decyduje

o jej niezgodności z SIWZ. Orzecznictwo KIO jednolicie wskazuje, że w przypadku zaniechania podania informacji koniecznych dla identyfikacji oferowanego przedmiotu, pomimo wymagania ujawnienia ich w ofercie, dochodzi do niezgodności treści oferty z SIWZ i oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. np. wyrok z dnia 11.09.2017 r., KIO 1815/17, 13.11.2013 r., KIO 2478/13, 27.01.2017 r., KIO 88/17 KIO 95/17). Również z powołanego przez Zamawiającego art. 66 § 1 k.c., należy odczytać konieczność odrzucenia oferty w przypadku braku wymaganej w OPZ identyfikacji oferowanych urządzeń. Zgodnie z ww. przepisem, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie sposób uznać, jak chciał Zamawiający, że określenie w ofercie przedmiotu dostawy
w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację zgodności z oświadczeniem woli (na etapie realizacji umowy), nie stanowi istotnego postanowienia umowy (por. też np. wyrok KIO z dnia 21.01.2018 r., KIO 2739/18, z dnia 8.12.2017 r., KIO 2475/18). Jak zresztą wskazano powyżej, wzór umowy wprost odnosi się do OPZ, zgodnie z którym należało wskazać producenta, model i symbol oferowanych urządzeń. Omawiany brak czyni zatem oświadczenie woli wykonawcy niepełnym, sformułowane w ofercie zobowiązanie nie przyjmuje kształtu wymaganego przez Zamawiającego. Dalej, należy zaznaczyć, że dopuszczenie pominięcia ww. informacji w ofertach nie stanowi jedynie o braku zachowania przyjętych reguł formalnych, ale ma wpływ na sytuację wykonawców w postępowaniu. Wykonawcy, którzy rzeczonych danych nie podali, mogą już po upływie terminu składania ofert, do czasu realizacji obowiązku określonego w pkt 17.2 SIWZ, w sposób dowolny kształtować treść oferty. Powoduje to nieporównywalność ofert, a także utrudnia, o ile nie uniemożliwia realną kontrolę oferty np. w zakresie rażąco niskiej ceny. W sytuacji bowiem wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie będzie możliwa weryfikacja złożonych wyjaśnień w stosunku do treści oferty. Wykonawca dla potrzeb udowodnienia realności ceny może wówczas na przykład dowolnie dobrać oferowany sprzęt, choćby jego pierwotna intencja, wyrażona w ofercie była zupełnie inna – mógł wówczas dla oszacowania ceny przyjąć inne urządzenia. Z kolei wykonawcy, którzy zgodnie z pkt 2c OPZ wskazali producenta, model i symbol oferowanych urządzeń, pozbawieni są (zasadnie) możliwości takiej manipulacji ofertą, co stawia ich w gorszej pozycji.

Brak sprecyzowania oferowanego przedmiotu, wbrew wymogom OPZ, uniemożliwia także zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień na tej podstawie byłoby możliwym, gdyby na podstawie jakiegokolwiek wskazania w ofercie, czy informacji z załączników dało się ustalić producenta, symbol i model oferowanych urządzeń. W ofercie wykonawcy Helica brak jest jednak takowych wskazań. W tej sytuacji, zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp umożliwiłoby w zasadzie złożenie wykonawcy nowej oferty – nie ma bowiem możliwości ustalenia, że treść wyjaśnień zgodna byłaby
z pierwotnym oświadczeniem wykonawcy, złożonym w ofercie.

Tytułem uzupełnienia wskazać należy, że nie jest okolicznością usprawiedliwiającą brak wskazania rzeczonych informacji w ofercie brak wyznaczonego na to miejsca
w formularzu ofertowym. Jak pokazuje przykład Odwołującego, wykaz takich informacji można przygotować choćby w postaci załącznika do formularza ofertowego. Podmiot działający na rynku, w szczególności tak konkurencyjnym jak rynek IT, powinien dołożyć należytej staranności w wypełnieniu jasno wyartykułowanych i niepodważanych zapisów SIWZ-OPZ (por. też np. wyrok KIO z dnia 7.01.2016 r., KIO 2735/16).

Konkludując, należało uznać, ze oferta Przystępującego Helica jest niezgodna z pkt 2c OPZ i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaś zaniechanie ich odrzucenia stanowiło naruszenie powołanego przepisu, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:……