Sygn. akt: KIO 1964/19

WYROK

z dnia 17 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2019 roku przez Odwołującego, którym jest KEYENCE International (Belgium) NV/SA (Bedrijyenlaan 5 /BE-2800 Mechelen / Belgia), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Sieć Badawcza Łukasiewicz - Instytut Włókiennictwa z siedzibą w Łodzi (ul. Brzezińska 5/15 92-103 Łódź)

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego KEYENCE International (Belgium)

NV/SA (Bedrijyenlaan 5 /BE-2800 Mechelen / Belgia) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego, na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1964/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Sieć Badawcza Łukasiewicz - INSTYTUT WŁÓKIENNICTWA w Łodzi

prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Cyfrowy mikroskop optyczny", zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 sierpnia 2019 r. Numer 587329-N-2019.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u Pzp

W dniu 2 października 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę KEYENCE International (Belgium) NV/SA Bedrijyenlaan 5/BE-2800 Mechelen / Belgia (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od czynności oraz zaniechań Zamawiającego w postaci:

1) bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz w konsekwencji bezprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego („Kc") w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp poprzez błędną wykładnię treści SIWZ oraz treści oferty Odwołującego i w konsekwencji przyjęcie, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ,

3) ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechania poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego.

Powyższym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezprawne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") ze względu na niezłożenie wraz z ofertą Załącznika nr 1A do SIWZ, co poskutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego,

2. ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez bezprawne zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki w zakresie potwierdzenia spełniania przez Odwołującego warunków określonych w Załączniku 1A.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w Postępowaniu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty OLYMPUS Polska Sp. z o.o. (dalej: „Olympus"),

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

4. ewentualnie, nakazanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, polegającej na potwierdzeniu spełniania przez Odwołującego warunków określonych w Załączniku 1A.

Odwołujący wskazał, że spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, wynikającego z błędnego

rozstrzygnięcia postępowan$^{2}$ ia. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza na podstawie ustalonych kryteriów oceny $^{a}$ofert (Odwołujący zaoferował niższą cenę wykonania zamówienia niż Olympus, jednocześnie o$^{d}$ferując tożsame warunki w zakresie pozostałych dwóch kryteriów oceny ofert), w związku $^{i}$z czym bezprawne jej odrzucenie skutkowało bezpośrednim naruszeniem interesu Odw$^{r}$ołującego w postępowaniu. W razie sanacji zaskarżonych czynności i zaniechań Zama$_{i}$wiającego, Odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odw$_{a}$ołania, Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nr 587329-N$_{r}$-2019 zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 sierpnia 2019 r., złożył w$^{o}$ postępowaniu ofertę, która wpłynęła w wyznaczonym czasie i terminie. $^{a}$

W dniu 27 września 2019 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp, tj. ze względu na niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. W uzasadnieniu tej czynności, Zamawiający stwierdził, iż wykonawca dostarczył załącznik nr 1 jednak bez wypełnionej tabeli zawierającej oferowane parametry techniczne (załącznik 1a, który stanowi integralną część załącznika nr1). W dniu 30 września 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Olympus.

Według Odwołującego, badając, czy jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, Zamawiający winien był wziąć pod uwagę zarówno całość dokumentacji postępowania jak i całość oferty.

Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.7) oraz w SIWZ (rozdział X.1) wyraźnie określił zakres dokumentów i oświadczeń, które musi zawierać oferta. Zgodnie z rozdziałem X.1 SIWZ oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

1) wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego

   Załącznik nr 1 do SIWZ, zawierający w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, łączną cenę ofertową brutto, zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia, warunków gwarancji, warunków serwisu, akceptację wszystkich postanowień SIWZ i wzoru umowy bez zastrzeżeń, a także informację którą część zamówienia Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy;

2) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - Załącznik nr 2;

3) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia Załącznik nr 3;

4) pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawcy, o ile oferty składa pełnomocnik;

5) zobowiązanie podmiotu trzeciego - jeżeli wykonawca polega na zasobach lub sytuacji

   podmiotu trzeciego.

Zamawiający w powyższych punktach w sposób jednoznaczny i klarowny wyspecyfikował zakres wszystkich dokumentów i oświadczeń, których złożenia wymaga wraz z ofertą. Powyższy katalog nie był modyfikowany w trakcie postępowania.

Odwołujący, jako wykonawca zagraniczny, działał w zaufaniu do treści SIWZ oraz wymogów określających zakres i sposób przygotowania oferty. W ocenie Odwołującego nie było żadnych wątpliwości co do katalogu dokumentów składanych wraz z ofertą, a instrukcję wskazaną w akapicie 6 powyżej, zawierającą szczegółowy spis dokumentów i oświadczeń wchodzących w skład oferty, Odwołujący przyjął jako obowiązującą, obligatoryjną i w taki też sposób przygotował i złożył swoją ofertę.

Odwołujący podkreślił, że w ww. postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ brak jest potwierdzenia, że załącznik nr 1A do SIWZ należy złożyć wraz z ofertą. Ponadto, nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego wskazanym w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego jakoby załącznik nr 1 A, stanowił integralną część załącznika nr 1. Żadne postanowienie SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu nie potwierdza takiej interpretacji charakteru załącznika nr 1A, a Odwołujący dopiero z zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty dowiedział się jaki charakter Zamawiający przypisuje załącznikowi nr 1A.

Charakter dokumentu SIWZ jest fundamentalny zarówno dla zamawiających jak i wykonawców. Ustawodawca w art. 36 Pzp określił zarówno minimalny zakres informacji, jakie powinny się w niej (siwz) znaleźć, jak i fakultatywny, niezbędny do zamieszczenia, jeżeli sytuacje opisane w konkretnych przepisach będą miały zastosowanie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera m.in. opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający w rozdziale III SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia" wskazał, że parametry techniczne są określone w załączniku nr 1A do SIWZ. Wobec powyższego, dla Odwołującego oczywistym i niebudzącym wątpliwości było, iż Zamawiający właśnie w załączniku nr 1A do SIWZ zawarł obligatoryjne informacje wynikające z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, których spełnienie Odwołujący potwierdził zresztą w ofercie (np. w pkt 7, 8 formularza oferty). Należy także wskazać, że zawarta w Załączniku nr 1A sankcja odrzucenia oferty w sytuacji niewypełnienia parametrów mogła być rozumiana jako mająca zastosowanie w sytuacji niespełnienia parametrów. Tylko taka interpretacja jest bowiem spójna i zgodna z pozostałymi licznymi wymogami SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, opisującymi sposób przygotowania

oferty. Wykonawca nie zakłada przy tym, że treść dokumentów Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczna.

Powyższa interpretacja charakteru załącznika nr 1 A, w ocenie Odwołującego, została również potwierdzona w pkt III.7 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale X.1 SIWZ. Zamawiający w ww. wykazie dokumentów i oświadczeń nie wskazał obowiązku składania wraz z ofertą Załącznika nr 1A. W sytuacji gdyby Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą Załącznika nr 1A, to powinien wskazać to wyraźnie w katalogu wskazanym zarówno w rozdziale X.1 SIWZ jak i pkt III.7 ogłoszenia, mających charakter - zgodnie z ich treścią - katalogu zamkniętego.

W ocenie Odwołującego nie było więc wątpliwości co do zakresu dokumentów składanych wraz z ofertą. Gdyby jednak przyjąć, że treść Załącznika nr 1A wprowadzałaby konieczność uwzględnienia tego dokumentu w ofercie nie tylko poprzez potwierdzenie w formularzu ofertowym spełnienia wszystkich parametrów technicznych ale także poprzez obowiązek fizycznego dołączenia Załącznika nr 1A do oferty - co jednak nie wynikało z ww. wymogów SIWZ dotyczących przygotowania oferty - to taka rozbieżność w interpretacji wymogów Zamawiającego nie może być odczytywana na niekorzyść wykonawcy.

W orzecznictwie Izby panuje ugruntowana wieloletnia zasada, zgodnie z którą ewentualne wątpliwości odnoszące się do dokumentacji postępowania należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, a jeżeli możliwe jest ich zlikwidowanie w drodze wykładni, to nie może ona zostać dokonana z negatywnym skutkiem dla wykonawcy. Tytułem przykładu można tutaj wskazać wyrok z dnia 24 października 2018 r., sygn. akt KIO 2100/18, zgodnie z którym „w przypadku możliwości interpretacji zapisów SIWZ w różny sposób, wszelkie niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, odczytywać należy na korzyść wykonawców". (tak również, m.in. w uchwale z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 38/17 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z 7 marca 2018 r., sygn. akt VIII Ga 102/18 ).

Dla dalszego przykładu, w wyroku z 20.12.2018 r. Izba zauważyła, że wszelkie wątpliwości treści SIWZ powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy: "Odrzucenie oferty na podstawie ort. 89 ust 1 pkt 2 pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, w tym co do poszczególnych parametrów sprzętu, a jakiekolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Artykuł 89 ust 1 pkt 2 pzp nie można interpretować w sposób rozszerzający, co oznacza, że odrzucenie oferty wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy."

W tym względzie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że zasadę

równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt51) (Postanowienie TSUE z dnia 13 lipca 2017 w sprawie C-35/17).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając jej niezgodność z wymaganiami niewyartykułowanymi w SIWZ, a przyjętymi dopiero na etapie oceny oferty. Takie działanie Zamawiającego jest niedozwolone i godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, określone w art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a także zasady przejrzystości. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 14 grudnia 2018 r. (KIO 2495/18), w którym Izba wskazuje, że realizacja

tych zasad wymaga, aby wszelkie oczekiwania zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia, a także sposób oceny spełniania tych wymagań, były udostępnione wszystkim wykonawcom w SIWZ, z kolei stosowanie wymagań czy sposobu weryfikacji poprawności oferty nieokreślonego w takim dokumencie skutkuje brakiem przejrzystości działań zamawiającego oraz ryzykiem arbitralności dokonywanych ocen.

Oczywistym jest, że wykonawca powinien przygotować ofertę w taki sposób, aby zamawiający nie musiał domyślać się, czy jego wymagania będą spełnione czy też nie, jednakże zamawiający nie może oczekiwać od wykonawców podania więcej informacji niż to wynika z wymagań zwartych w treści SIWZ.

Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego zawartym w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, jakoby oferta Odwołującego nie pozwalała na ustalenie jakie urządzenie zostało faktyczne zaoferowane. Zgodnie z wymogiem zawartym w pkt. 1 formularza ofertowego Odwołujący wskazał producenta oraz model cyfrowego mikroskopu

optycznego. Zatem sprecyzował, jaki sprzęt oferuje w danym Postępowaniu.

Zamawiający a priori założył, że oferta Odwołującego nie spełnia wymaganych parametrów technicznych, pomimo, że taka okoliczność nie wynikała z treści oferty Odwołującego.

Wręcz przeciwnie, Odwołujący w formularzu ofertowym oświadczył, że oferuje Cyfrowy

mikroskop optyczny (model: VHX6000; producent: KEYENCE) „zgodnie z wymaganiami

specyfikacji istotnych warunków zamówienia", a także wskazał wszystkie informacje, których wskazania wymagał Zamawiający zgodnie z rozdziałem X.1 pkt 1 SIWZ, w tym wyraźnie oświadczył, że akceptuje projekt umowy oraz warunki spełnienia świadczenia określone treścią SIWZ (pkt. 7 formularza ofertowego). Odwołujący w pkt 8 formularza ofertowego zobowiązał się do zawarcia umowy na określonych w projekcie umowy warunkach.

Zatem Odwołujący w kilku miejscach oferty potwierdził, że zaoferowany cyfrowy mikroskop jest zgodny z wymaganiami SIWZ i nie wniósł żadnych zastrzeżeń. Interes Zamawiającego jest zatem w pełni zabezpieczony. Nieracjonalnym byłoby zakładanie, że wykonawca chciał w swojej ofercie złożyć akt woli, który byłby niezgodny z treścią SIWZ, powodując tym samym jej odrzucenie. Składanie takiej oferty nie miałoby sensu. Dlatego należy zakładać, że intencją Wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego (por. np. wyrok z dnia 2017-01-26, KIO 25/17 wyrok z dnia 24 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1419/14, KIO 1420/14, KIO 1426/14, wyrok 2015-06-19, KIO 1213/15, 2015-07-10, KIO 1185/15, KIO 1189/15, KIO 1191/15, KIO 1199/15, KIO 1208/15, KIO 1209/15, KIO 1211/15, wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13).

Gdyby nawet przyjąć - co literalnie nie wynikało z katalogu dokumentów składanych wraz z ofertą - że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą Załącznika nr 1 A, to Zamawiający miał podstawę do skorzystania z trybu określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i powinien poprawić tą niezgodność jako inną omyłkę. Sposób poprawiania omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp byłby możliwy do ustalenia samodzielnie przez Zamawiającego na podstawie treści złożonej przez Odwołującego oferty potwierdzającej spełnianie wszystkich warunków określonych w SIWZ.

Podkreślić należy - przy hipotetycznym przyjęciu obowiązku uzupełnienia przez wykonawcę Załącznika nr 1 do SIWZ oraz dołączenia go do oferty - że, treść tego załącznika nie narzuca sposobu jego uzupełnienia przez wykonawcę. W szczególności, Zamawiający nigdzie w dokumentacji postępowania nie sprecyzował czy należy uzupełnić Załącznik nr 1A poprzez zdeklarowanie spełniania wymaganych parametrów, czy też należy np. przedstawić konkretne dane/parametry, a jeśli tak to jakich dokładnie informacji wymaga Zamawiający. W braku jakichkolwiek instrukcji w tym zakresie, dopuszczalne zatem byłoby generalne potwierdzenie przez wykonawcę spełnienia parametrów opisanych w załączniku nr 1A, poprzez wskazanie w ostatniej kolumnie „spełnia" lub np. przepisanie parametrów opisanych przez Zamawiającego. W związku z powyższym, skoro w innej części oferty (formularzu oferty), Odwołujący kilkakrotnie potwierdził spełnienie wszystkich wymogów SIWZ (a zatem także wymaganych parametrów), to ewentualne poprawienie omyłki poprzez dodanie w Załączniku nr 1A przy opisywanych parametrach sformułowania „spełnia", nie budzi żadnych trudności ani wątpliwości. Skoro bowiem spełnione są wszystkie parametry, to tym bardziej spełnione są poszczególne parametry, rozpatrywane z osobna (wnioskowanie logiczne a fortiori, „z większego na mniejsze" tj. a maiore ad minus). Przyjęcie interpretacji

Zamawiającego co do treści SIWZ, mogłoby zatem co najwyżej skutkować obowiązkiem poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Co więcej, taka ewentualna omyłka wykonawcy miałaby charakter jedynie formalny (bardziej ogólne potwierdzenie spełnienia wymogów, zamiast potwierdzenia tego samego przy każdym parametrze z osobna), a nie materialny (niezaoferowanie parametru lub niespełnienie wymaganego parametru). Tym bardziej więc takie rzekome ominięcie należałoby uznać za merytorycznie, funkcjonalnie i celowościowo nieistotne. W niniejszej sprawie nie chodzi nawet o merytoryczną zgodność oferowanego produktu z treścią wymagań, a sposób prezentacji potwierdzenia tego spełnienia w ofercie.

Podkreślenia wymaga, że poprawa omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp jest instrumentem prawnym (i) obowiązkowym do zastosowania w sytuacji zaistnienia odpowiedniej przesłanki (ii) służącym najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści, w tym ocenie, czy oferta jest zgodna z SIWZ .

Celem tego przepisu jest zachowanie przejrzystości postępowania, ograniczenie kazuistyki ustawy i ewentualnych sporów z wykonawcami (por. wyrok z 2016-09-12, KIO 1609/16, KIO 2016/16, KIO 1615/16). Tymczasem, zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powinno mieć miejsce jedynie wówczas, gdy rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ z oraz zobowiązania oferowanego w ofercie (a nie sfery formalnej).

Podsumowując, należy jeszcze raz podkreślić, że to na Zamawiającym, jako gospodarzu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ciąży obowiązek przygotowania dokumentacji postępowania w sposób jasny, precyzyjny i klarowny. Zamawiający opracowuje treść SIWZ oraz formułuje wymagania i zakres informacji, których oczekuje od wykonawców w ofercie. I to Zamawiający powinien ściśle przestrzegać warunków, które sam ustalił.

Należy przypomnieć ugruntowaną linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych a także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazującą, że w świetle zasad współżycia społecznego (art. 65 § 1 k.c.) oraz zasady przejrzystości wywodzonej w polskim reżimie prawnym z art. 7 Pzp, w przypadku wieloznacznego sformułowania dokumentacji postępowania, które umożliwia różną interpretację jej treści, powstałe wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy i nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty.

W opinii Odwołującego powyżej wyłożona wykładnia zapisów dokumentacji Postępowania znajduje najbardziej rozległe potwierdzenie w całości treści dokumentacji postępowania. Nawet jednak przyjmując, że powyższe to jedynie jedna z dwóch możliwych interpretacji zakresu dokumentów i oświadczeń składanych wraz z ofertą, to w świetle bezsprzecznej nieprecyzyjności dokumentacji postępowania konieczność interpretacji oferty z uwzględnieniem zasad współżycia społecznego powinna skutkować przyjęciem wykładni dokumentacji postępowania korzystnej dla Odwołującego i w konsekwencji uznaniem złożonej przez Odwołującego oferty za w pełni zgodną z SIWZ.

Z tych względów, w przekonaniu co do słuszności podniesionych zarzutów, Odwołujący wniósł jak w petitum odwołania.

Dnia 16 października 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła w formie elektronicznej odpowiedź na odwołanie, której oryginał w formie pisemnej Zamawiający złożył na posiedzeniu w dniu 17 października 2019 roku. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 października 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 27 września 2019 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje :

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), w pkt. X. „ Opis sposobu przygotowania oferty” w pkt. 1 Zamawiający zawarł wykaz oświadczeń i dokumentów, które musi zawierać oferta., tj:

1) wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, zawierający w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, łączną cenę ofertową brutto, zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia, warunków gwarancji, warunków serwisu, akceptację wszystkich postanowień SIWZ i wzoru umowy bez zastrzeżeń, a także informację którą część zamówienia Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy;

2) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - Załącznik nr 2;

3) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia Załącznik nr 3;

4) pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawcy, o ile oferty składa pełnomocnik;

5) zobowiązanie podmiotu trzeciego - jeżeli wykonawca polega na zasobach lub sytuacji

podmiotu trzeciego.

Izba ustaliła, że SIWZ zawierała wykaz załączników, wśród których był Załącznik nr 1A - „Oferowane parametry techniczne”. W treści Załącznika znajdowała się tabela podzielona na cztery kolumny o następujących nazwach: (1) Lp., (2) Opis parametru/elementu. Kolumna zawierała elementy składowe przedmiotu zamówienia, (3) Podstawowe parametry wymagane. Kolumna zawierała opis podstawowych, wymaganych przez Zamawiającego parametrów, (4) Parametry oferowane. Kolumna ta pozostawiona była jako pusta. W treści Załącznika nr 1A Zamawiający podał następujące informacje: „Wykonawca wypełnia kolumnę: „Parametry oferowane”, nie wypełnienie kolumny przez Wykonawcę skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Niespełnienie „Parametrów wymaganych” skutkować będzie odrzuceniem oferty”.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

1. Oferta złożona przez OLYMPUS Polska Sp. z o.o. ul. Wynalazek 1 02-677 Warszawa.

   Do oferty został załączony załącznik nr 1A zawierający wypełniona kolumnę: Parametry oferowane,

2. Oferta złożona przez KEYENCE International (Belgium) NV/SA Bedrijyenlaan 5 /BE-2800

   Mechelen / Belgia. Do oferty wykonawca nie dołączył załącznika nr 1A, ani nie w żaden inny sposób nie wskazał oferowanych parametrów. Wykonawca podał że oferuje Cyfrowy mikroskop optyczny zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazując VHX 6000 KEYENCE.

W dniu 27 września 2019 roku Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że Wykonawca dostarczył Załącznik nr 1, jednak bez wypełnionej tabeli zawierającej oferowane parametry techniczne (załącznik nr 1A, który stanowił integralną część Załącznika nr 1). Wobec tego oferta nie pozwala na ustalenie jakie urządzenie, z jakimi parametrami technicznymi (istotnymi dla interesu Zamawiającego) zostało faktycznie zaoferowane.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień

publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezprawne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści „SIWZ" ze względu na niezłożenie wraz z ofertą Załącznika nr 1A do SIWZ, co poskutkowało odrzuceniem oferty jest chybiony.

Wskazać należy, iż powyższy zarzut dotyczy bezprawnego odrzucenia oferty z uwagi na brak w ofercie załącznika nr 1 A, gdy tymczasem Zamawiający wskazał na brak wypełnionej kolumny „Parametry oferowane" Załącznika nr 1A, co nie jest sytuacją tożsamą z niezłożeniem Załącznika nr 1A. Oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ nie zawierała parametrów technicznych, pozwalających na ustalenie jakie urządzenie zostało faktycznie zaoferowane Zamawiającemu, a wymóg ten zawarty był w treści SIWZ (w Załączniku nr 1A).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W sytuacji, kiedy Zamawiający wymagał podania przez wykonawców oferowanych parametrów, niepodanie ich przez Odwołującego w ofercie, wskazuje na spełnienie przesłanki braku zgodności oferty z treścią SIWZ, co w konsekwencji skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego w zakresie braku precyzyjnego czy niejednoznacznego wskazania w SIWZ, konieczności i sposobu wypełnienia Załącznika nr 1A. Załącznik nr 1A zawierał informację dla wykonawców o treści: Wykonawca wypełnia

kolumnę „Parametry oferowane". Nie wypełnienie kolumny przez Wykonawcę skutkować będzie odrzuceniem oferty. Zapis ten w ocenie Izby, wskazuje precyzyjnie i jednoznacznie na konieczność wypełnienia kolumny, oraz konsekwencje braku jej wypełnienia. Natomiast nazwa kolumny „Parametry oferowane" wskazuje, że należy podać Parametry oferowane w zakresie konkretnych elementów wskazanych przez Zamawiającego w kolumnie drugiej tabeli. Ponadto treść tego zapisu nie oznacza konieczności złożenia do oferty Załącznika nr 1 A, a jedynie konieczność wypełnienia kolumny „Parametry oferowane" i konsekwencje jej braku.

Nie można się zatem zgodzić z Odwołującym, że wymagania Zamawiającego dotyczące podania w ofercie oferowanych parametrów technicznych nie zostały w SIWZ wyartykułowane w sposób jasny i przejrzysty, niebudzący wątpliwości. Nie można mówić również o wątpliwościach interpretacyjnych, których skutki winny obciążać Zamawiającego. Z zapisów SIWZ, jednoznacznie wynikał obowiązek podania przez Wykonawców oferowanych parametrów technicznych w kolumnie „Parametry oferowane" oraz konsekwencje braku ich podania, poprzez odrzucenie takiej oferty.

Izba w pełni podziela stanowiska i wnioski zawarte w przywołanym w odwołaniu orzecznictwie, jednakże wskazuje, że orzecznictwo to odnosi się do odmiennych stanów faktycznych niż analizowany, tj. takich, w których wymagania zamawiającego pozostawiały różne, swobodne i dowolne możliwości interpretacyjne. W przedmiotowym stanie faktycznym zapisy SIWZ nie pozostawiały dowolności w zakresie ich interpretacji.

Ponadto, w trakcie postępowania Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców a w odpowiedziach informował o zmianach w zakresie treści Załącznika nr 1A, wskazując na sposób dokonanej zmiany. Odwołujący miał zatem pełną i przejrzystą wiedzę w zakresie wymagań stawianych przez Zamawiającego, bowiem informacje te zamieszczone były na stronie internetowej właściwej dla prowadzonego postępowania.

Reasumując, zdaniem Izby zarzut bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego jest nieuzasadniony.

Izba wskazuje również na niezasadność zarzutu stawianego przez Odwołującego jako

zarzutu ewentualnego, wyrażonego jako naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, w sytuacji kiedy sposób poprawienia omyłki jest możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego na podstawie treści złożonej oferty.

Z powyższą argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Bezsporną dla Stron jest okoliczność, że Odwołujący w złożonej ofercie nie podał oferowanych parametrów technicznych, wymaganych przez Zamawiającego, przez co doprowadził do niezgodności oferty z treścią SIWZ. Jednakże, według Odwołującego, w takiej sytuacji Zamawiający winien zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawić powyższą niezgodność jako inną omyłkę.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Powyższy przepis, nakłada na Zamawiającego obowiązek usunięcia niezgodności oferty z SIWZ w sposób, który nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SIWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia oferty.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 1998/17 z 12 października 2017 r , zgodnie z którym: „Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia netogtii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość" omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty (...) W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji.

W analizowanym stanie faktycznych, w ocenie Izby, Zamawiający nie był uprawniony do dokonania poprawienia treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem w przypadku, kiedy wykonawca nie podał żadnych informacji w zakresie parametrów technicznych, nie można mówić o poprawieniu innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty lecz raczej o wprowadzeniu do oferty nowej treści, nowych informacji, o złożeniu za wykonawcy nowego oświadczenia w zakresie parametrów nieznanych Zamawiającemu.

Na podstawie informacji podanych w ofercie, Zamawiający nie miał wiedzy w jakiej konfiguracji został zaoferowany mikroskop cyfrowy oraz jakie są jego konkretne parametry, w odniesieniu do wymaganych przez Zamawiającego. Izba nie uwzględniła w tym zakresie dowodu złożonego przez Zamawiającego - karty katalogowej, ponieważ nie został on sporządzony w języku polskim. Jednakże, jak zostało potwierdzone dowodem złożonym przez Odwołującego - katalogiem KEYENCE Seria VHX - 6000, podana nazwa mikroskopu dotyczy serii produktów, które mogą być dostarczone w różnej konfiguracji. To właśnie konkretna konfiguracja, w połączeniu z konkretnymi parametrami technicznymi stanowią ofertę w postępowaniu. Informacja taka musi być podana w ofercie w sposób jednoznaczny i nie może ulec zmianie po otwarciu ofert.

Wobec wymogu Zamawiającego o konieczności wypełnienia parametrów oferowanych, brak ich podania przez Odwołującego, a tym samym brak możliwości weryfikacji co konkretnie zostało Zamawiającemu zaoferowane, stanowiło niezgodność oferty z treścią SIWZ, skutkującą koniecznością jej odrzucenia. Brak ten nie podlegał również poprawieniu jako inna

omyłka niepowodująca istotnej zmiany treści oferty. Informacja o oferowanych parametrach stanowi istotny, kluczowy element oferty, wskazuje bowiem co konkretnie stanowi przedmiot oferty. Ponadto, nie istnieje jedyny możliwy sposób poprawienia omyłki, możliwy do ustalenia samodzielnie przez Zamawiającego, ponieważ mikroskop w zaoferowanej serii może posiadać różne zestawienie, różną konfigurację o różnych parametrach technicznych. Jeżeli ustalenie konkretnych parametrów technicznych wymagałoby uzyskania dodatkowych informacji od Odwołującego, to działanie takie stanowiłoby negocjacje z wykonawcą, które zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp zdanie drugie są czynnością niedopuszczalną.

Powyższe wskazuje na prawidłowość czynności podjętych przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowanie odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....