

WYROK

z dnia 29 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2020 r. przez wykonawcę

Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających

Bibliotekę Śląską z siedzibą w Katowicach i Operę Śląską w Bytomiu z siedzibą w Bytomiu w imieniu których działa Biblioteka Śląska

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Integrated Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Integrated Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od

odwołania,

2.2. zasądza od Integrated Solutions Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Biblioteki Śląskiej i Opery Śląskiej w Bytomiu kwotę 4 050 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia i dojazdu pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Zamawiający - Biblioteka Śląska w Katowicach i Opera Śląska w Bytomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę platformy serwerowej, systemu backupu, macierzy dyskowych, urządzeń sieciowych, serwera kompresji, systemu zasilania awaryjnego oraz stacji roboczych na potrzeby projektu pn.: Śląskie Digitalium. Digitalizacja i udostępnianie zasobów instytucji kultury województwa śląskiego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 marca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 045-105994. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Integrated Solutions Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonej przez Odwołującego oferty i uznanie, że jest ona niezgodna z ustawą z uwagi na brak złożenia formularza ofertowego zgodnego z wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym nie zawiera oświadczenia Odwołującego o zamiarze realizacji umowy w przedmiotowym postępowaniu na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentach stanowiących dokumentację postępowania, podczas gdy Zamawiający nie wskazał przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, z którym oferta Odwołującego jest niezgodna i na czym niezgodność polega, a dodatkowo czynność złożenia oferty oraz informacje zawarte w złożonych i podpisanych przez Odwołującego dokumentach są wystarczające dla uznania, iż oferta została złożona, jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera wszystkie istotne postanowienia umowy o zamówienie publiczne, w tym zostało złożone przez Odwołującego oświadczenie o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zamiarze realizacji umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla powodów odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy Zamawiający powinien szczegółowo uzasadnić i wskazać konkretny przepis ustawy, z którym oferta Odwołującego jest niezgodna oraz określić, na czym niezgodność ta polega;
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że brak złożenia i podpisania oświadczenia woli o treści sformułowanej przez Zamawiającego w formularzu ofertowym na wzorze Zamawiającego stanowi brak złożenia oświadczenia woli Odwołującego o zamiarze zawarcia i realizacji umowy w przedmiotowym postępowaniu na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentach stanowiących dokumentację postępowania, podczas gdy informacje zawarte w dokumentach (wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty) złożonych przez Odwołującego zawierają istotne postanowienia umowy, a czynność złożenia tych dokumentów przez Odwołującego i ich podpisanie jest wystarczająca dla uznania, że Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, w tym złożył oświadczenie o zamiarze realizacji umowy zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na co wskazuje art. 60 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)”;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na brak załączenia przez Odwołującego formularza ofertowego, a tym samym brak wskazania informacji i złożenia oświadczeń w nim zawartych, podczas gdy oświadczenia Odwołującego, istotne postanowienia umowy i warunki realizacji zamówienia zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały wskazane lub wynikają z treści dokumentów podpisanych i złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą, a Zamawiający nie dokonał merytorycznego badania i oceny treści oferty złożonej przez Odwołującego;

5. ewentualnie art. 87 ust. 1 w zw. za art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i odrzucenie oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo że odrzucenie oferty jest czynnością ostateczną, mającą na celu eliminację z postępowania ofert niespełniających wymagań Zamawiającego, a z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jedynie z uwagi na brak formularza ofertowego, bez dokonania badania i oceny oferty oraz żądania wyjaśnienia jej treści, pomimo istnienia regulacji wskazanej w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;

6. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 1, podczas gdy w postępowaniu została złożona przez Odwołującego oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1,
3. dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1,
5. ewentualnie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią rozdziału X ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Oferta powinna zostać sporządzona według wzoru Formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Wraz z ofertą Wykonawca składa Formularz cenowy wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2.1 i/lub 2.2 i/lub 2.3 i/lub 2.4 i/lub 2.5 do SIWZ (odpowiednio dla Zadania (część), na które Wykonawca składa ofertę). Wykonawca zobowiązany jest wskazać producenta, model, wersję oferowanego przedmiotu zamówienia w odpowiednich pozycjach ww. formularzy. Wskazanie to musi umożliwiać jednoznaczną ocenę oferowanego przedmiotu zamówienia. Brak wskazania przez Wykonawcę wymaganych niniejszych informacji, dotyczących przedmiotu zamówienia będzie skutkowało odrzuceniem oferty”. Natomiast zgodnie z rozdziałem X ust. 2 „Do oferty należy dołączyć oświadczenia i dokumenty wymienione w Rozdziale VI ust. 1 SIWZ”.

Odwołujący złożył ofertę zawierającą następujące dokumenty: formularz cenowy, JEDZ, KRS, gwarancję bankową, pełnomocnictwo, załącznik nr 5 - wydruk z kalkulatora dla macierzy, załącznik nr 6 - listę komponentów, zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (zobowiązanie do udostępnienia zasobów, dokumenty podmiotu udostępniającego zasoby, wykaz dostaw i wykaz osób) wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i dokumentami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie złożył zatem jedynie formularza ofertowego według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże informacje wskazane do uzupełnienia lub potwierdzenia we wzorze formularza ofertowego, w szczególności związane z oferowanym przedmiotem zamówienia, Odwołujący zawarł w powyższych dokumentach. Dodatkowo brak części z tych informacji i oświadczeń o konkretnej treści, wskazanych we wzorze formularza ofertowego nie uzasadnia odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą lub niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do zarzutu niezgodności treści oferty Odwołującego z ustawą i brak uzasadnienia Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią informacji o odrzuceniu oferty oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna z ustawą z powodu braku złożenia przez Odwołującego formularza ofertowego, tj. braku złożenia oświadczenia woli o zamiarze realizacji umowy w przedmiotowym postępowaniu na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentach stanowiących dokumentację postępowania. Zamawiający w treści uzasadnienia powołał się jedynie na art. 66 §1 Kodeksu cywilnego, z którego wynika, że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy, na art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia" oraz na art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego wskazujący, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Brak oświadczenia o konkretnej treści wskazanej przez Zamawiającego w formularzu ofertowym nie oznacza automatycznie, że dokumenty złożone przez Odwołującego nie stanowią oferty zawierającej istotne postanowienia umowy lub treść tej oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym bardziej, że Odwołujący nie złożył oświadczenia o zamiarze realizacji umowy na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 60 Kodeksu cywilnego wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Istotą jest zatem, aby z okoliczności, w jakich złożenie oświadczenia nastąpiło, wynikało w sposób dostateczny, że wyraża ono wolę dokonania określonej czynności prawnej.

Odwołujący, składając ofertę zawierającą wyżej wymienione i prawidłowo podpisane dokumenty, wypełniając formularz składania oferty na platformie Zamawiającego i zamieszczając dokumenty na tej platformie w konkretnym postępowaniu dał wyraz temu, że zaakceptował warunki określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia oraz wyraził wolę zawarcia i realizacji umowy o zamówienie publiczne zgodnie

z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w złożonej ofercie. Odwołujący złożył ofertę (wszystkie dokumenty) w formie elektronicznej opatrzonej

kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co oznacza, że wszystkie wymogi w tym zakresie należy uznać za spełnione, a dodatkowo Zamawiający miał możliwość zapoznania się z oświadczeniem złożonym w tej formie przez Odwołującego (art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego). Treść oświadczeń znajdujących się lub wynikających z dokumentów opatrzonych podpisem elektronicznym w wystarczający sposób precyzuje wolę Odwołującego do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wskazuje na oferowany przedmiot zamówienia i jego cenę.

Z treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika także, że Zamawiający potwierdza, że nie ma wątpliwości co do tego, że wpłynęła oferta od konkretnego podmiotu - Odwołującego, tylko zdaniem Zamawiającego oferta ta jest niezgodna z ustawą. Przy czym Zamawiający nie uzasadnia, z jakim konkretnie przepisem ustawy Prawo zamówień publicznych oferta ta jest niezgodna i na czym ta niegodność polega, ograniczając się właściwie jedynie do wskazania, że nie zawiera formularza ofertowego zgodnego z wzorem wskazanym w specyfikacji. Przepisy przywołane w uzasadnieniu nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą. W szczególności treść art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że przepis ten może być przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale nie stanowi uzasadnienia dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem ustawodawca nie bez przyczyny wyodrębnił (uregulował osobno) te dwie przesłanki odrzucenia oferty. W wyroku KIO 221/19 Izba zaznaczyła, że norma wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest normą samoistną, a zastosowanie odrzucenia oferty na tej podstawie wymaga wskazania, które normy ustawy Prawo zamówień publicznych lub aktów wykonawczych wydanych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych zostały przez wykonawcę naruszone. Odrzucenie oferty w oparciu o omawianą normę znajdzie zastosowanie, kiedy na podstawie innych, szczegółowych przesłanek nie będzie można oferty odrzucić, a jednocześnie oferta narusza przepisy prawa w taki sposób, że nie może być przyjęta przez zamawiającego.

Brak oświadczenia o konkretnej treści w ofercie Odwołującego nie oznacza, że nie mamy do czynienia z ofertą lub że oświadczenie woli co do treści oferty (tego co oferuje Odwołujący), akceptacji warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz woli zawarcia i realizacji umowy nie zostało w ogóle złożone przez Odwołującego. Odwołujący złożył oświadczenie o treści zgodnej z treścią określoną w formularzu ofertowym poprzez zamieszczenie na platformie Zamawiającego podpisanych dokumentów (oferty), których złożenie w danych okolicznościach oznacza akceptację warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym umowy) oraz zaoferowanie realizacji umowy o zamówienie publiczne w zakresie zadania 1. zgodnie z warunkami określonymi w złożonych dokumentach (w szczególności w treści formularza cenowego). Dodatkowo oferta jest zabezpieczona wadium w formie gwarancji bankowej.

Co do zarzutu niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i braku wezwania do wyjaśnienia treści złożonej oferty Odwołujący wskazał, że jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał także art.

89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych „z uwagi na brak Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Zgodnie z treścią powyższego przepisu Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Zamawiający w treści uzasadnienia podstawy odrzucenia oferty wskazał na aspekt formalny, lecz nie dokonał merytorycznej oceny oferty pod względem zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz weryfikacji wszystkich informacji zawartych w treści dokumentów złożonych przez Odwołującego. Natomiast niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zachodzi w przypadku, gdy zawartość oferty nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie wymagań merytorycznych.

Twierdzenie Odwołującego jest potwierdzone ugruntowanym już w tym zakresie stanowiskiem doktryny, zgodnie z którym niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w specyfikacji w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji i polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyroku KIO 2382/19 Izba uznała, że „w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych zgodnie wskazuje się, że niezgodność oferty, do której ustawodawca referuje w art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10 listopada 2011 r. sygn. akt XIX Ga 477/11, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 22 maja 2017 r. sygn. akt III Ca 452/17). Istotne więc z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU jest zidentyfikowanie błędu czy niezgodności w ofercie wykonawcy, a następnie rozstrzygnięcie, czy ów błąd czy niezgodność odnosi się do sfery merytorycznej zobowiązania wykonawcy, czy należy przypisać mu wyłącznie wymiar formalny. (...) Zbyt daleki rygoryzm i formalizm postępowania i eliminowanie ofert wykonawców, których uchybienia w zakresie oferty dotyczą wyłącznie jej formalnego aspektu stoi w sprzeczności z celem ustawodawcy wyrażonym w art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU, tj. wyeliminowaniem ofert niezgodnych merytorycznie z wymaganiami zawartymi w SIWZ. W ocenie Izby art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego (...).” W wyroku KIO 2633/18

KIO wskazała, że „o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. (...) Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ”. W związku z powyższym sam fakt niezłożenia formularza ofertowego przez Odwołującego nie stanowi podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a dopiero ocena i stwierdzenie w sposób niebudzący wątpliwości, że merytoryczna zawartość oferty (dokumentów) złożonej przez Odwołującego nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Oferta miała zostać złożona „według wzoru Formularza ofertowego” i zawierać lub potwierdzać wskazane tam dane dotyczące Odwołującego oraz oferowanego przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią wzoru Formularza ofertowego należało wskazać:

- 1) Informacje o wykonawcy: Wymagane przez Zamawiającego dane identyfikujące Odwołującego zostały wskazane w dokumencie JEDZ, aktualnym odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego (i innych dokumentach) złożonych i podpisanych przez Odwołującego;
- 2) Informacje dotyczące części zamówienia (numer zadania), którą wykonawca oferuje wykonać, w tym cenę netto, podatek VAT, cenę brutto wyrażone w złotych polskich: Odwołujący w złożonym i podpisanym formularzu cenowym wskazał, że oferuje wykonanie zadania nr 1 oraz szczegółowo podał oferowane urządzenia, ich liczbę, nazwę producenta/model/wersję, ceny jednostkowe, wartość netto, wartość brutto, stawkę i kwotę VAT. Dodatkowo oprócz wymaganego wskazania producenta/modelu/wersji Odwołujący w kolumnie drugiej formularza cenowego wskazał, że zaoferowane urządzenia są zgodnie z odpowiednim punktem specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedziami Zamawiającego do specyfikacji. [„UWAGA: 1. Wykonawca zobowiązany jest wskazać producenta, model/wersję zaoferowanego przedmiotu zamówienia w odpowiednich pozycjach wypełnianego Formularza cenowego. Wskazanie to musi umożliwić jednoznaczny ocenę oferowanego przedmiotu zamówienia”). Zamawiający uzyskał zatem konkretne oświadczenie Odwołującego w zakresie części zamówienia, którego wykonanie oferuje Odwołujący, tj. przedmiotu zamówienia i jego ceny, zgodnie z wymaganiami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dane wskazane przez Odwołującego są znacznie szersze niż te, których wskazania wymagał Zamawiający w formularzu ofertowym i w pełni umożliwiają jednoznaczny ocenę oferowanego przedmiotu zamówienia

i weryfikację, czy oferta Odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji.

3) Oświadczenie wykonawcy, że wybór jego oferty w zakresie danego zadania będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego: Odwołujący w formularzu cenowym wskazał szczegółowo oferowane urządzenia (towary), ich liczbę, ceny jednostkowe, wartość netto, wartość brutto, stawkę i kwotę VAT. Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia przez wykonawcę tylko w przypadku, gdy obowiązek podatkowy miał

powstać po stronie Zamawiającego. Natomiast z treści złożonego przez Odwołującego formularza cenowego wynika, że oświadczenie co do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego jest negatywne. Jednakże nawet w przypadku uznania, że nie jest to

wprost oświadczenie złożone zgodnie z konkretną treścią wskazaną przez Zamawiającego to brak oświadczenia w tym zakresie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty, bowiem ma

charakter jedynie informacyjny i pomocniczy. Wystarczającym jest, aby zostało w odpowiedni sposób wyartykułowane, co Odwołujący uczynił w formularzu cenowym. Takie stanowisko potwierdza Izba w wyroku KIO 2432/15, gdzie wskazała, że „obowiązek informacyjny wykonawców wynikający z przepisu art. 91 ust. 3a p.z.p. konkretyzuje się jedynie w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami u.p.t.u., w innym przypadku wykonawcy nie są zobowiązani do złożenia takiej informacji. (...) Przepis art. 91 ust. 3a p.z.p. nie może zwalniać zamawiającego ze znajomości przepisów prawno-podatkowych i stawiać go w pozycji podmiotu, który spełnienie własnych obowiązków podatkowych uzależnia od oświadczenia wykonawcy. Powołany przepis ma charakter jedynie informacyjno-pomocniczy i nie wpływa na ostateczne ukształtowanie obowiązku podatkowego”. W wyroku KIO 1085/16 Izba uznała, że „jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami - zamawiający ma obowiązek ustalenia wysokości należnego podatku i doliczenia do przedstawionej ceny oferty. Może to uczynić na podstawie danych przedstawionych w ofercie, może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, stosując zasady analogiczne jak przy ocenie innych dokumentów zawartych w ofercie. Wobec waloru informacyjnego oświadczenia o istnieniu mechanizmu odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u, brak poinformowania zamawiającego, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp”. Poza tym Zamawiający nie zakwestionował treści oferty złożonej przez Odwołującego w tym zakresie i nie uzasadnił jej odrzucenia.

4) Termin gwarancji oraz termin usunięcia awarii (pakietu) dla zadania, którego realizację oferuje wykonawca: „Wydłużenie okresu gwarancji” oraz „Skrócenie terminu usunięcia awarii” stanowią pozacenowe kryteria oceny ofert. Zgodnie z treścią wzoru formularza ofertowego Zamawiający wymagał wstawienia znaku X w odpowiednim wersie tabeli, w celu wskazania przez wykonawcę oferowanego terminu gwarancji lub pakietu dotyczącego czasu usunięcia awarii. Jednocześnie, zgodnie z treścią rozdziału XIII pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „każdy z wykonawców zobowiązany jest do udzielenia minimum 60 miesięcy gwarancji”, ale „niewypisanie żadnego okresu gwarancji spowoduje uznanie, że okres gwarancji będzie zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ (60 miesięcy)”. Oznacza to, że brak złożenia oświadczenia w tym zakresie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty, a jedynie do przyznania 0 punktów w kryterium „Wydłużenie okresu gwarancji”. Oferta Odwołującego nie powinna zatem zostać odrzucona z powodu braku oświadczenia w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji zgodnego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedynie oceniona na 0 pkt w wyniku zaoferowania minimalnego okresu 60 miesięcy gwarancji. Konsekwentnie należy zatem przyjąć, że brak zaznaczenia X przy określonym pakiecie (niewypełnienie formularza) lub brak złożenia oświadczenia w zakresie skróconego czasu usunięcia awarii oznaczają jedynie zaoferowanie przez wykonawcę pakietu nr 3 (tj. maksymalnie długiego czasu usunięcia awarii wskazanego przez Zamawiającego).

Czynność złożenia oferty przez Odwołującego stanowi wyraz akceptacji przez niego minimalnych wymagań postawionych przez Zamawiającego także w zakresie terminów usunięcia awarii. Punkty w zakresie tego kryterium były przyznawane w przypadku skrócenia terminu usunięcia awarii. Tym samym brak oświadczenia w tym zakresie bezsprzecznie prowadzi do wniosku, że wykonawca nie oferuje skrócenia czasu usunięcia awarii (tj. oferuje maksymalny dopuszczony przez Zamawiającego termin) i stanowi jedynie podstawę do przyznania 0 punktów w kryterium „Skrócenie terminu usunięcia awarii”, a nie niesie za sobą negatywnych konsekwencji w postaci automatycznego odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

5) Oświadczenia wskazane w punkcie 2. i 8. formularza ofertowego w zakresie

potwierdzenia, że wskazana cena obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia, uwzględnia wszystkie wymagane opłaty i koszty niezbędne do zrealizowania całości przedmiotu zamówienia i realizacji przysługującego świadczenia umownego: Odwołujący złożył oświadczenie w tym zakresie. W treści formularza cenowego Zamawiający wskazał „UWAGA: 3. Cena oferty wskazana w powyższej tabeli musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia”. W związku z tym Odwołujący składając i podpisując formularz cenowy o określonej treści złożył oświadczenie, że cena ofertowa obejmuje całość zamówienia i uwzględnia wszystkie opłaty i koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia (umowy). Poza tym Zamawiający nie zakwestionował treści oferty złożonej przez Odwołującego w tym zakresie w uzasadnieniu jej odrzucenia.

6) Oświadczenia, wskazane w punkcie: 3, 4, 6 i 7 formularza ofertowego w zakresie akceptacji warunków wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postanowień umowy i innych dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia, braku wniesienia zastrzeżeń, potwierdzenie zobowiązania do podpisania umowy: Czynność złożenia prawidłowo podpisanej oferty i zamieszczenie jej w terminie składania ofert na platformie Zamawiającego w konkretnym postępowaniu (art. 60 Kodeksu cywilnego) stanowi oświadczenie woli w zakresie akceptacji warunków wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zobowiązanie do zawarcia umowy zgodnie z jej postanowieniami. Zamawiający wykazuje brak konsekwencji w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazując, że w związku z niezłożeniem formularza ofertowego „brak jest oświadczenia woli o zamiarze realizacji umowy w przedmiotowym postępowaniu na zasadach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz innych dokumentach stanowiących dokumentację postępowania”, przy czym w formularzu cenowym zaznacza, że wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia musi umożliwić jednoznaczną ocenę oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie dopuszcza zapisów typu <<zgodnie z zapisami SIWZ>>. Złożenie przez wykonawcę oświadczenia tylko w zakresie akceptacji zapisów SIWZ nie jest wystarczające dla określenia przedmiotu zamówienia i jego zgodności z treścią SIWZ (a tylko takie znajdowało się w Formularzu ofertowym). Natomiast Odwołujący składając podpisane prawidłowo dokumenty (ofertę), w tym Formularz cenowy, złożył oświadczenie o znacznie szerszym zakresie niż tylko obejmującym akceptację zapisów SIWZ, a wskazującym na konkretnie oferowany przedmiot umowy ze wskazaniem ceny ofertowej zgodnie z wytycznymi Zamawiającego i zaznaczeniem, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z SIWZ i odpowiedziami Zamawiającego do SIWZ. Nie ulega zatem wątpliwości, że takie działanie Odwołującego powinno zostać uznane za jednoznaczne ze złożeniem oświadczeń wskazanych w punktach: 3, 4, 6 i 7 formularza ofertowego.

7) Oświadczenie wskazane w punkcie 5. formularza ofertowego w zakresie związania ofertą przez okres 60 dni: Zamawiający w rozdziale IX ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że „termin związania Wykonawcy złożoną ofertą wynosi 60 dni”, a w rozdziale IX ust. 4 i w punkcie 5. formularza ofertowego, że „bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”. Podobnie jak w przypadku oświadczeń wskazanych powyżej w punkcie 6. czynność złożenia przez Odwołującego oferty w terminie składania ofert stanowi wyraz akceptacji wskazanego terminu związania ofertą. Odwołujący zabezpieczył ofertę wadium w formie gwarancji bankowej, której okres ważności upływa 30 sierpnia 2020 r. Brak złożenia oświadczenia w tym zakresie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Argumentację w tym zakresie potwierdza wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 24 sierpnia 2009 r., sygn. X Ga 213/09, gdzie wskazano, że „jeżeli w siwz został określony termin związania ofertą (zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 1-3 Pzp), to już z art. 85 ust 1 i 5 Pzp wynika, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się z upływem terminu składania ofert, a wykonawca jest związany ofertą do upływu tego terminu. W tej sytuacji okres związania wykonawcy ofertą wynika z przepisu ustawy i jest niezależny od dodatkowo złożonego oświadczenia wykonawcy w tym zakresie. Dodatkowe oświadczenie wykonawcy niezbędne jest w przypadku przedłużenia terminu związania ofertą ponad termin wskazany w siwz (art. 85 ust. 2 i 3 Pzp)”. Poza tym Zamawiający nie zakwestionował treści oferty złożonej przez Odwołującego w tym zakresie w uzasadnieniu jej odrzucenia.

8) Informacje o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcom (zakres powierzony do wykonania podwykonawcy, nazwa i adres podwykonawcy): Odwołujący w złożonych dokumentach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wskazał nazwę podmiotu udostępniającego mu zasoby oraz zakres, który ten podmiot będzie realizował w zadaniu 1. Wskazanie podmiotu udostępniającego zasoby nie było konieczne w treści formularza ofertowego. Natomiast jeżeli Zamawiający w tym zakresie miałby jakiegokolwiek wątpliwości, to powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty. Nie miał natomiast podstawy do jej odrzucenia. Z ugruntowanego orzecznictwa KIO wynika, że brak oświadczenia w zakresie podwykonawców nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, a oświadczenie dotyczące podwykonawcy ma jedynie charakter informacyjny.

9) Potwierdzenie o poinformowaniu w zakresie możliwości wydzielenia z oferty informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzec w odniesieniu do tych informacji, aby nie były one udostępnione innym uczestnikom postępowania: Odwołujący zastrzegł określone dokumenty złożone wraz z ofertą jako tajemnicę przedsiębiorstwa, odpowiednio je oznaczył i złożył szczegółowe uzasadnienie w zakresie zastrzeżenia konkretnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

10) Oświadczenie w zakresie wypełnienia obowiązków informacyjnych (RODO): Oświadczenie to nie jest związane z zakresem zobowiązania wykonawcy wynikającym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub umowy o zamówienie publiczne. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej brak złożenia takiego oświadczenia nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty. W wyroku KIO 2395/19 Izba wskazała, że brak złożenia takiego oświadczenia nie może powodować uznania, że złożona oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Oświadczenie to w żaden sposób nie wpływa na zakres zobowiązania wykonawcy w postępowaniu. Poza tym Zamawiający nie zakwestionował treści oferty złożonej przez Odwołującego w tym zakresie w uzasadnieniu jej odrzucenia.

Jak wynika z powyższej argumentacji, dane (potwierdzenia, informacje), które zgodnie z wymaganiami Zamawiającego miały zostać wskazane w formularzu ofertowym, zawarte są w innych dokumentach złożonych i prawidłowo podpisanych przez Odwołującego. Ze złożonych dokumentów, w szczególności formularza cenowego, jednoznacznie wynika oświadczenie o zamiarze realizacji zamówienia na warunkach wskazanych w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia. Nawet w przypadku, gdyby Zamawiający miał wątpliwości, jak interpretować treść złożonych dokumentów (oferty), to nie powinien automatycznie odrzucać oferty Odwołującego, ale na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych żądać wyjaśnień dotyczących treści oferty (np. w przypadku braku oświadczenia w zakresie terminu gwarancji, informacji o podwykonawcach). W takim przypadku nie można uznać, że wyjaśnienia będą podstawą do postawienia zarzutu prowadzenia negocjacji z Odwołującym, bowiem wyjaśnienie treści oferty nie będzie stanowiło jej uzupełnienia ani zmiany treści złożonej oferty.

Co do zarzutu nieprawidłowego unieważnienia postępowania dla zadania 1. Odwołujący wskazał, że było ono konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego, w związku z tym, że była ona jedyną ofertą złożoną w tym zakresie. Zamawiający naruszył także art. 93 ust. 1 pkt

I ustawy Prawo zamówień publicznych unieważniając postępowanie, pomimo że złożona przez Odwołującego oferta na realizację zadania nr 1 nie podlegała odrzuceniu.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoją dotychczasową decyzję i wniósł o oddalenie odwołania oraz zwrot kosztów dojazdu przedstawicieli Zamawiającego i kosztów zastępstwa procesowego.

Wskazał, że w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego dla zadania nr 1 w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w uzasadnieniu faktycznym przytoczył okoliczność, iż w dniu otwarcia ofert stwierdził brak formularza oferty stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Formularz ofertowy, który nie został

złożony wraz z pozostałymi dokumentami, powinien zawierać wszystkie istotne informacje

dotyczące wykonawcy, przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania, jak również informacje dotyczące podwykonawstwa oraz inne istotne dla dalszego procedowania zamówienia oświadczenia. Brak formularza ofertowego jest równoznaczny z brakiem kluczowego oświadczenia zawartego w przedmiotowym dokumencie tj.: „my niżej podpisani składamy ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)”. Zamawiający w przekazanym uzasadnieniu do dokonanej czynności wskazał na art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujący stronom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ponad wszelką wątpliwość zatem Zamawiający wskazał artykuł ustawy Prawo zamówień publicznych, z którym oferta jest niezgodna, podając uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności odrzucenia oferty

na ww. podstawie. Zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”, a w rozpatrywanym przypadku oświadczenie to, z uwagi na brak formularza ofertowego, nie zostało złożone w ogóle. W ocenie Zamawiającego wskazanie braku złożenia podstawowego oświadczenia woli wyrażonego poprzez prawidłowe i zgodne z ustawą złożenie formularza ofertowego stanowi wystarczające uzasadnienie do odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą.

Co do twierdzenia Odwołującego, że złożone przez niego dokumenty „zawierają istotne postanowienia umowy”, a „sama czynność złożenia dokumentów i ich podpisania jest wystarczająca dla uznania, że Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, w tym złożył oświadczenie o zamiarze realizacji umowy zgodnie z SIWZ”, to zdaniem Zamawiającego twierdzenie to jest błędne, bowiem żaden z dokumentów złożonych przez wykonawcę nie zawiera oświadczenia woli, którego sens stanowiłby stwierdzenie, że zapoznał się z dokumentacją, zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określonych we wzorze umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a które to dokumenty zaakceptowałby i nie wniósłby do nich zastrzeżeń, składając formularz ofertowy. W wyroku KIO 2351/16 wskazano: „W konsekwencji brak wraz ze złożoną ofertą formularza ofertowego wyczerpuje przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp zobowiązującej zamawiającego do odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą z uwagi na brak oświadczenia wykonawcy wybranego o zamiarze realizacji umowy objętej niniejszym postępowaniem przetargowym. Sam fakt złożenia pozostałych dokumentów i oświadczeń wymaganych SIWZ nie zastępuje oświadczenia o zamiarze realizacji zamówienia, czyli nie zastępuje oferty. Bowiem w zamówieniach publicznych podobnie jak w zamówieniach cywilnych obowiązuje formuła składania oferty, która jest niezbędna do zawarcia umowy”. Art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej, zatem cywilnoprawna zasada wyrażona w art. 60 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli), doznaje ograniczenia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, dających prymat formie pisemnej bądź elektronicznej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest możliwe i dopuszczalne zastosowanie art. 60 Kodeksu cywilnego i badanie, czy zachowanie wykonawcy, polegające na złożeniu dokumentów w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, stanowi oświadczenie woli, czy też zawiera elementy tego oświadczenia woli, których nie wyrażono w formie pisemnej lub elektronicznej. Nawet gdyby Zamawiający próbował zastosować art. 60 Kodeksu cywilnego do analizowanej sytuacji, zachowanie Odwołującego polegające na złożeniu na platformie zakupowej formularzy cenowych, JEDZ, pełnomocnictw wraz z odpisem z KRS, listu gwarancyjnego, wydruków z kalkulatora dla macierzy, listy komponentów oraz załącznika dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, bez oferty sensu stricto, jakkolwiek sformułowanej (na formularzu stanowiącym załącznik nr 2 bądź przygotowanym przez Odwołującego) nie ujawnia woli Odwołującego w sposób dostateczny do uznania, że doszło do złożenia oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący prezentuje tezę, że sam fakt złożenia oferty (w rozumieniu umieszczenia dokumentów w formie elektronicznej na platformie zakupowej Zamawiającego) stanowi zachowanie wyrażające wolę, tj. wolę zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz, poprzez domniemanie, akceptację wszystkich wymogów, które Zamawiający w specyfikacji zamieścił, jak również złożenie wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń. Teza ta jest błędna. Z uwagi na zasadę pisemności postępowania oraz bezwzględny wymóg zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia dokonywanie takiej interpretacji zachowania wykonawcy przez Zamawiającego jest niedopuszczalne. Zamawiający może badać jedynie treść tych oświadczeń, które zostały złożone w formie pisemnej, w tym elektronicznej. Nie może rekonstruować treści oświadczeń wykonawcy, które takiej formy nie mają, nie może odnosić się do oświadczeń w formie ustnej, a tym bardziej nie może domyślać się, co wykonawca miał na myśli, składając dokumenty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Nie ma to nic wspólnego z nadmiernym formalizmem. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na brak formularza ofertowego, który jest w tym przypadku równoznaczny z brakiem oświadczenia woli co do zawarcia umowy i wykonania zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji. Gdyby Odwołujący zawarł takie oświadczenie woli w którymkolwiek ze złożonych dokumentów, Zamawiający mógłby zbadać jego treść i ustalić, czy zawiera wszystkie wymagane elementy, w tym przede wszystkim essentialia negotii umowy. Niestety, w sytuacji, gdy Odwołujący nie tylko nie złożył formularza ofertowego, ale nie złożył także żadnego innego dokumentu zawierającego wolę zawarcia umowy, wywodzenie treści tej oferty z samego faktu zamieszczenia dokumentów na platformie zakupowej było niedopuszczalne.

Złożone przez Odwołującego dokumenty w swojej treści nie zawierają oferty w rozumieniu wąskim, tzn. oświadczenia o woli zawarcia umowy, oferty wykonania zamówienia na określonych warunkach. W szczególności nie zawierają go formularze cenowe, które są tabelami zawierającymi listę towarów lub usług ze wskazaniem ich wartości.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania. W przekazanej informacji Zamawiający w sposób wyczerpujący podał uzasadnienie faktyczne oraz prawne dla dokonanej przez siebie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz w konsekwencji unieważnienia prowadzonego postępowania w zakresie zadania nr 1. Przekazana Odwołującemu informacja zawierała również pouczenie o przysługujących wykonawcy środkach ochrony prawnej. Jednocześnie Zamawiający dochował formy przekazania informacji, która wynika z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przedkładając informację o odrzuceniu oferty oraz podstawie faktycznej i prawnej dokonanej czynności, przekazując informację jednemu wykonawcy, który złożył ofertę na zadanie nr 1 oraz zamieszczając informację na stronie BIP Zamawiającego poprzez umieszczenie jej na platformie zakupowej, na której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie. Zakres przekazanych informacji wynikał wprost z regulacji art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (informacja dla wykonawcy) oraz art. 92 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (informacja na stronie internetowej Zamawiającego). Zamawiający ma świadomość wagi przywołanych przepisów.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Izby odrzucenie oferty na wskazanych podstawach jest obowiązkiem Zamawiającego i nie było przypadkiem, by KIO nakazała wybór przez Zamawiającego oferty bez formularza ofertowego

Kwestia związana z pojęciem oferty wymaga odwołania się przez Zamawiającego do przepisów Kodeksu cywilnego, bowiem ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji tego pojęcia. Wypracowane i utrwalone w orzecznictwie rozumienie oferty opiera się o regulację art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Oferta jest jednym z rodzajów oświadczenia woli prowadzącego do zawarcia umowy i powinna zawierać jej istotne postanowienia. Izba zwraca uwagę, iż treść oferty na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozumieć w sposób ścisły i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zobowiązanie względem Zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy. O zakresie zobowiązania wyrażonego w ofercie Wykonawcy w pierwszej kolejności przesądza jego treść, której materialnym substratem jest pismo wykonawcy w formie formularza ofertowego, które zawiera takie elementy jak: cena, sposób wykonania, zakres przedmiotu umowy, czy też inne warunki zobowiązania, w tym oświadczenia niezbędne Zamawiającemu, aby stwierdzić, że przyszłe świadczenie będzie realizowane zgodnie z jego oczekiwaniami i wymogami postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załącznikach do niej. W stosunku do zobowiązania stanowiącego przedmiot przyszłej umowy Zamawiający określił wymagania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznikach do niej, w których zawarł również postanowienia formalne, w tym dotyczące przekazania przez wykonawcę oferty zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2.

Zamawiający nie podważa, iż wykonawca mógł złożyć ofertę w formie przygotowanego przez siebie pisma w miejsce przekazanego przez Zamawiającego wzoru, ale Odwołujący nie

złożył go w ogóle, a Zamawiający nie ma podstaw do tego, by ze złożonych przez wykonawcę dokumentów ukształtować ofertę, która ponad wszelką wątpliwość nie została złożona wraz z pozostałymi dokumentami. Odwołujący wskazuje także na art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego, który ma brzmienie: oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią, do czego Zamawiający odniósł się w przekazanej Odwołującemu informacji o odrzuceniu ofert. Odwołujący, powołując się na art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego, pozostaje w sprzeczności sam ze sobą, ponieważ Zamawiający nie kwestionuje tego, że określone dokumenty zostały złożone w formie elektronicznej, tylko że te dokumenty nie zawierają oświadczenia woli. Zamawiający stwierdził ten właśnie fakt - brak oświadczenia woli o zawarciu i wykonaniu

umowy, czyli brak oferty sensu stricto w jakiegokolwiek formie (na przygotowanym przez Zamawiającego formularzu stanowiącym załącznik nr 2, czy też w innej formie opracowanej przez Odwołującego). Treść (zawartość) dokumentów a treść oświadczenia woli to niekoniecznie to samo - w tym przypadku treść dokumentów nie zawiera oświadczenia woli. Zaistnienie takiej sytuacji nakazuje Zamawiającemu konkretny sposób postępowania polegający na odrzuceniu oferty. Zamawiający podjął zatem działania zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, jak również przyjętą przez KIO linią orzeczniczą.

Z art. 60 Kodeksu Cywilnego wynika, iż wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób

dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Przepis ten stanowi legis generalis wobec art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - zatem przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przewidują szczególne wymogi odnośnie postępowania, jak również formy składanych przez wykonawcę oświadczeń woli w toku jego realizacji, przede wszystkim konieczność pisemności (art. 9 ust. 1) oraz wymóg zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3). Procedura zawierania umowy w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych jest bardziej sformalizowana ze względu na potrzebę szczególnej ochrony i kontroli sposobu wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego.

Brak formularza ofertowego wyczerpuje przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązującej Zamawiającego do odrzucenia oferty jako niezgodnej

z ustawą z uwagi na brak podstawowego oświadczenia woli Wykonawcy o jego zamiarze

realizacji umowy zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wzorem umowy,

oraz wszelkimi postanowieniami zawartymi w tychże dokumentach. Fakt złożenia

pozostałych dokumentów i oświadczeń wymaganych zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może i nie zastępuje oświadczenia woli o zamiarze realizacji zamówienia, czyli nie zastępuje oferty. Z uwagi na fakt, iż w prawie zamówień publicznych obowiązuje zasada składania formularza ofertowego jako oferty w znaczeniu węższym niż oferta rozumiana jako ogół dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, a formularz, zawierający wszelkie wymagane przez Zamawiającego oświadczenia, stanowi potwierdzenie woli wykonawcy zawarcia umowy spełniającej wszelkie postanowienia specyfikacji i załączonych do niej dokumentów, Zamawiający wobec braku alternatywy co do sposobu postępowania w takim przypadku odrzucił ofertę.

W kolejnym zarzucie Odwołujący wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezrozumiałe jest powołanie się Odwołującego na art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w nowelizacji z 2016 roku został uchylony i nie znajduje zastosowania w omawianym przypadku.

Zamawiający działał prawidłowo i słusznie podjął decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odrzucając ofertę Zamawiający wskazał nie na aspekt formalny, jak sugeruje Odwołujący, a na brak wprowadzenia do środka komunikacji elektronicznej zasadniczego formularza, w którym powinny być zawarte następujące oświadczenia woli „my niżej podpisani składamy ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” i „oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w tym wskazanie nr zadania i ceny netto, podatek VAT, cena brutto” - przedmiotowego oświadczenia nie można wywieść z żadnego innego dokumentu złożonego przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający może poznać cenę na realizację zadania ze złożonego załącznika nr 2.1, jednakże w tym załączniku brak jest deklaracji Odwołującego wyrażającego wolę realizacji zadania zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, samo wskazanie cen nie jest równoznaczne ze złożeniem wymaganego w tym zakresie oświadczenia.

W formularzu znajdowało się też oświadczenie: „Oświadczam/my, że wskazana cena w Formularzu Ofertowym obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ, uwzględnia wszystkie wymagane opłaty i koszty niezbędne do zrealizowania całości przedmiotu zamówienia, bez względu na okoliczności i źródła ich powstania”. Oświadczenie zamieszczone we wskazanym przez Odwołującego formularzu cenowym ma węższy zakres niż oświadczenie wymagane przez Zamawiającego, ponadto nie jest to sensu stricto oświadczenie, lecz instrukcja dla wykonawcy, jak powinien być wypełniony formularz cenowy.

Oświadczeń: „Akceptuję/my warunki wskazane w SIWZ oraz wzorze umowy. W trakcie realizacji umowy nie przewiduje się możliwości waloryzacji ww. stawki o wskaźnik inflacji” oraz „Oświadczam/y, że zapoznaliśmy się ze SIWZ i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz

zdołaliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty” - oświadczeń tych nie można wywieść z żadnego innego dokumentu złożonego przez Odwołującego.

Brak oświadczenia „Oświadczam/y, że jesteśmy związani złożoną ofertą przez okres 60 dni - bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert” nie dyskwalifikowałby wykonawcy z uwagi na fakt, iż okres związania ofertą wynika wprost z ustawy Prawo zamówień publicznych, jednakże skoro nie można uznać, że Odwołujący złożył ofertę, to tym bardziej nie można uznać, że był nią związany przez określony czas.

Oświadczam „Akceptuję/my przedstawione w SIWZ postanowienia umowy i we wskazanym przez Zamawiającego terminie zobowiązujemy się do podpisania umowy, na określonych w SIWZ warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”, „Oświadczam/my, że zapoznaliśmy się ze wszystkimi warunkami zamówienia oraz dokumentami dotyczącymi przedmiotu zamówienia i akceptujemy je bez zastrzeżeń”, „Oświadczam/my, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego. Ponadto w ofercie nie została zastosowana cena dumpingowa i oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 5-17 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 poz. 1010)” nie można wywieść z żadnego innego dokumentu złożonego przez Odwołującego.

Ponadto wykonawca winien w formularzu oferty dokonać wyboru opcji okresu gwarancji oraz terminu usunięcia awarii, które stanowiły kryterium oceny ofert. Odwołujący wskazuje, iż brak podania tych danych winien skutkować przyznaniem mu 0 punktów w każdym z kryteriów oceny ofert. Zamawiający stoi jednak na stanowisku, że niedokazanie wyboru żadnego wskazanego przez Zamawiającego okresu gwarancji oraz terminu usunięcia awarii skutkowałoby z automatu uznaniem, iż wykonawca wybrał opcję najniżej punktowaną tylko wówczas, gdyby Odwołujący w ogóle złożył oświadczenie woli w obu zakresach, bądź to wykorzystując w tym celu wzór formularza ofertowego stanowiący załącznik nr 2, bądź też posługując się innym skonstruowanym przez siebie formularzem/pismem, który zawierałby oświadczenia pozwalające w sposób jednoznaczny zidentyfikować jego wolę. Odwołujący, wnosząc odwołanie i znając stan faktyczny postępowania, będąc jedynym wykonawcą, który złożył ofertę na realizację tego zadania, może pozwolić sobie na uzyskanie 0 punktów w każdym kryterium, co jednocześnie jest niekorzystne dla samego Zamawiającego. Ponadto prowadzi to do kształtowania oferty, co jest zakazane na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Zamawiającego należy odróżnić pojęcie oferty w rozumieniu zestawu dokumentów od oferty w rozumieniu wąskim, oznaczającej oświadczenie woli zawarcia umowy na konkretnych warunkach. Opracowana przez Zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia posługuje się pojęciem oferty w obu znaczeniach, przy czym oferta w rozumieniu wąskim miała zostać złożona na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2, a do niej miały zostać dodane określone załączniki. Odwołujący złożył tylko załączniki, natomiast w odwołaniu wywodzi, iż treść samej oferty sensu stricto Zamawiający powinien sobie sam ustalić, dokonując badania treści przekazanych mu załączników, jak również czyniąc szereg domniemań na podstawie samego faktu umieszczenia przez Odwołującego dokumentów na platformie zakupowej. Oczekiwanie to jest niemożliwe do spełnienia, gdyż Zamawiający nie działa na domniemaniach i domysłach, co dany wykonawca miał na myśli składając dokumenty, nie ma także prawa tworzenia dokumentów, których wykonawca nie przedstawił z uwagi na brak należytej staranności w czynnościach związanych ze złożeniem oferty. Niezłożenie formularza oferty powoduje brak podstaw do merytorycznej oceny jej treści z uwagi na to, iż Zamawiający nie posiada narzędzi, które umożliwiłyby jej ocenę. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje Zamawiającemu również możliwości kreowania kształtu oferty poprzez poszukiwanie niezbędnych mu do prawidłowego przeprowadzenia postępowania informacji w innych złożonych przez Odwołującego dokumentach. Jednocześnie formularz ofertowy nie mieści się w katalogu dokumentów, które można uzupełniać na podstawie obowiązujących przepisów prawa, tj. rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dostępne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nakazuje wprost odrzucenie oferty, w której brak jest formularza ofertowego.

Odwołujący powołał się na art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mający brzmienie: „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 ustępu 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Odwołujący nie załączył formularza ofertowego, który zawierałby oświadczenia woli wykonawcy oczekiwane przez Zamawiającego, w tym najważniejsze, dotyczące woli wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Przepisy nie dostarczają Zamawiającemu narzędzi, które pozwalałyby na zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zaistniałym przypadku. Wyjaśnienia mogą dotyczyć tylko treści złożonej oferty. W sytuacji, gdy Odwołujący oferty nie złożył, nie można wyjaśniać jej treści. Skoro nie złożono formularza ofertowego ani innego dokumentu mającego być odpowiednikiem takiego formularza, nie istniała możliwość zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści czegoś, czego nie ma. Wyjaśnienia dotyczące treści oferty nie mogą prowadzić do składania nowych oświadczeń woli, czy też uzupełniania treści złożonych dokumentów. W wyroku KIO 2351/2016 Izba orzekła, że uznaje za nieskuteczne wezwanie po upływie terminu do składania ofert do potwierdzenia oświadczeń z formularza ofertowego, który nie został złożony w dacie składania oferty przez wykonawcę wybranego. Formularz

ofertowy zawiera oświadczenie woli o zamiarze realizacji zamówienia, które stanowi

podstawę do zawarcia umowy i takie oświadczenie powinno być złożone do upływu terminu składania ofert. W związku z powyższym zamawiający powinien odrzucić ofertę jako niezgodną z ustawą, tj. niezawierającą oświadczenia woli zawarcia umowy w rozumieniu art.

66 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Również wyczerpane zostały przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych bez możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ma prawo, jak i obowiązek, uzyskania oświadczenia od oferentów, że akceptują warunki postępowania przetargowego i temu celowi służą tak zwane oświadczenia formalne, tj. w szczególności o akceptacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o deklaracji zawarcia umowy na warunkach zamawiającego, o związaniu ofertą czy też uzyskaniu niezbędnych informacji do złożenia oferty. Kolejnymi oświadczeniami niezbędnymi dla złożenia oferty są tzw. oświadczenia merytoryczne, tj. co do informacji tajnych wraz z ich uzasadnieniem w ofercie, czy też o braku udziału lub udziale podwykonawców wraz z podaniem ich firm.

Odmienny od wskazanego w przepisach i orzecznictwie sposób zachowania się Zamawiającego, tj. wezwanie do wyjaśnienia, czy też uzupełnienia treści złożonych dokumentów i uznanie w ten sposób uzupełnionej oferty za najkorzystniejszą, mogłoby skutkować uznaniem, że Zamawiający zawarł umowę działając niezgodnie z ustawą, skutkiem czego umowa zawarta w ten sposób mogłaby być uznana za nieważną. Jednocześnie zachowanie takie mogłoby naruszyć jedną z fundamentalnych zasad, przyjętych w Prawie zamówień publicznych tj. zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a na Zamawiającego mogłaby być nałożona korekta finansowa.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów

(w szczególności treść złożonych przez Odwołującego dokumentów, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załączników do niej, treść informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego złożoną dla zadania nr 1 przedmiotowego postępowania wskazując, że podczas otwarcia ofert stwierdził brak formularza oferty. Przedmiotowy formularz stanowił załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z rozdziałem X specyfikacji „Opis sposobu przygotowania ofert” oferta powinna być sporządzona według podanego przez Zamawiającego wzoru formularza ofertowego. Wraz z ofertą wykonawca miał złożyć formularz cenowy według wzoru stanowiącego załącznik nr 2.1 - 2.5 do specyfikacji odpowiednio dla zadania, na które składa ofertę oraz oświadczenia i dokumenty wymienione w rozdziale VI ust. 1 specyfikacji. Tak przygotowaną ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należało złożyć poprzez jej umieszczenie na platformie zakupowej. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W trakcie otwarcia ofert Zamawiający stwierdził, że wykonawca ten nie złożył formularza ofertowego, a oferta składa się z 10 plików jawnych: 1. Załącznik nr 2.1 Formularz cenowy_20200616.BES; 2. Załącznik nr 2.1 Formularz cenowy_20200616.BES;

3. JEDZ IS czl_20200616.BES; 4. List gwarancyjny; 5. vl_PoA_L.M (Biblioteka Śląska & Opera Śląska)_ (109-SP)_10062020.BES; 5.1. vl_PoA_S.A. (Biblioteka Śląska & Opera Śląska)_ (110-SP)_10062020.BES; 6. e KRS IS 20200616; 7. Zastrzeżenie tajemnicy

przedsiębiorstwa_20200616.BES; 8. Załącznik nr 5 - wydruk z kalkulatora dla macierzy_202006161.BES; 8.1. Załącznik nr 6 - lista komponentów FICP_20200616.BES oraz załącznika, w którym umieszczono informacje oznaczone jako „tajemnica przedsiębiorstwa”. Formularz ofertowy, który nie został złożony wraz z ofertą, winien zawierać wszystkie istotne informacje dotyczące wykonawcy, przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania, w tym: dane wykonawcy, cenę ofertową, okres gwarancji i czasy usunięcia awarii, które stanowiły kryterium oceny ofert dla zadania nr 1 (zgodnie z rozdziałem XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia), jak również informacje dotyczące podwykonawstwa oraz inne istotne dla dalszego procedowania zamówienia oświadczenia.

Zasadnicze, według Zamawiającego, oświadczenie formularza ofertowego brzmi: „my niżej podpisani składamy ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)...” i pod takim oświadczeniem wykonawca składa swój podpis. Oświadczenie to (zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego: „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy” w zw.

z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „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 2019 poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej” i art. 82 ust.3 ustawy Pzp: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”) stanowi treść oświadczenia woli, na podstawie którego wykonawca i Zamawiający będą zawierać umowę na realizację zamówienia publicznego. W Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 3/2019 czytamy: „Możliwość zapoznania z treścią oświadczenia woli przez adresata jest warunkiem sine qua non złożenia takiego oświadczenia. W świetle art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego do złożenia innej osobie oświadczenia woli w postaci elektronicznej dochodzi bowiem dopiero wtedy, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Należy przy tym podkreślić; że nie jest dopuszczalne, po upływie terminu składania ofert, uzupełnienie pliku zawierającego ofertę.” Biorąc powyższe pod uwagę brak złożenia formularza ofertowego stanowi przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodnej z ustawą, z uwagi na brak oświadczenia woli wykonawcy o zamiarze realizacji umowy w przedmiotowym postępowaniu, na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentach stanowiących dokumentację postępowania. Złożenie pozostałych wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów i oświadczeń nie zastępuje oświadczenia o zamiarze realizacji zamówienia, czyli nie zastępuje oferty (wyrok KIO 2351/16). Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż formularz ofertowy nie podlega uzupełnieniu w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie został wymieniony w katalogu dokumentów, o którym mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Ponadto, z uwagi na brak formularza ofertowego, oferta wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednocześnie nie ma możliwości uznania, że powyższy brak dokumentu Zamawiający może poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. W badanym przypadku sam brak formularza ofertowego powoduje, że wszelkie działania ze strony Zamawiającego mające na celu jego uzupełnienie, mogłyby nosić znamiona negocjacji kształtu oferty, co na gruncie Prawa zamówień publicznych jest niedozwolone. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuca ofertę. Jednocześnie Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania 1. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Czynnościom tym Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonej przez Odwołującego oferty i uznanie, że jest ona niezgodna z ustawą z uwagi na brak złożenia formularza ofertowego zgodnego z wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym nie zawiera oświadczenia Odwołującego o zamiarze realizacji umowy w przedmiotowym postępowaniu na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentach stanowiących dokumentację postępowania, podczas gdy Zamawiający nie wskazał przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, z którym oferta Odwołującego jest niezgodna i na czym niezgodność polega, a dodatkowo czynność złożenia oferty oraz informacje zawarte w złożonych i podpisanych przez Odwołującego dokumentach są wystarczające dla uznania, iż oferta została złożona, jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia

i zawiera wszystkie istotne postanowienia umowy o zamówienie publiczne, w tym zostało złożone przez Odwołującego oświadczenie o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zamiarze realizacji umowy na warunkach określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla powodów odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy Zamawiający powinien szczegółowo uzasadnić i wskazać konkretny przepis ustawy, z którym oferta Odwołującego jest niezgodna oraz określić, na czym niezgodność ta polega;

3. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że brak złożenia i podpisania oświadczenia woli o treści sformułowanej przez Zamawiającego w formularzu ofertowym na wzór Zamawiającego stanowi brak złożenia oświadczenia woli Odwołującego o zamiarze zawarcia i realizacji umowy w przedmiotowym postępowaniu na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentach stanowiących dokumentację postępowania, podczas gdy informacje zawarte w dokumentach (wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty) złożonych przez Odwołującego zawierają istotne postanowienia umowy, a czynność złożenia tych dokumentów przez Odwołującego i ich podpisania jest wystarczająca dla uznania, że Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, w tym złożył oświadczenie o zamiarze realizacji umowy zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na co wskazuje art. 60 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)”;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na brak załączenia przez Odwołującego formularza ofertowego, a tym samym brak

wskazania informacji i złożenia oświadczeń w nim zawartych, podczas gdy oświadczenia Odwołującego, istotne postanowienia umowy i warunki realizacji zamówienia zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały wskazane lub wynikają z treści

dokumentów podpisanych i złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą, a Zamawiający nie dokonał merytorycznego badania i oceny treści oferty złożonej przez Odwołującego;

5. ewentualnie art. 87 ust. 1 w zw. za art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i odrzucenie oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo że odrzucenie oferty jest czynnością ostateczną, mającą na celu eliminację z postępowania ofert niespełniających wymagań Zamawiającego, a z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego

jedynie z uwagi na brak formularza ofertowego, bez dokonania badania i oceny oferty oraz żądania wyjaśnienia jej treści, pomimo istnienia regulacji wskazanej w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;

6. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie

postępowania w zakresie zadania nr 1, podczas gdy w postępowaniu została złożona przez

Odwołującego oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Przywołane powyżej przepisy stanowią:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 1) jest niezgodna z ustawą; 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

w warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

2. art. 87 ust. 1-2 ustawy Prawo zamówień publicznych: „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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.”

3. art. 83 ustawy Prawo zamówień publicznych: „1. Zamawiający może dopuścić lub wymagać złożenia oferty wariantowej. Ofertę wariantową wykonawca składa łącznie z ofertą, o której mowa w art. 82 ust. 1, jeżeli zamawiający tego wymaga.

1a. Oferta wariantowa musi spełniać minimalne wymagania określone przez zamawiającego.

2. (uchylony)

3. (uchylony).

4. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

5. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3 (pkt 2. i 3. dotyczą trybów zapytania o cenę oraz licytacji elektronicznej, w których wymagane są dwie oferty lub dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej;

6. art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „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 2019 r.poz. 1145 i1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”

7. art. 60 Kodeksu cywilnego: „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).”;

8. art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego: „Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.”;

9. art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.”

Po zapoznaniu się z zaistniałym w sprawie stanem faktycznym Izba stwierdziła, że Odwołujący niewątpliwie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę dla zadania nr 1. Z faktu, że oferta ta była niekompletna w stosunku do założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia (nie zawierała formularza ofertowego) i tym samym nie zawierała pewnych oświadczeń wymaganych przez Zamawiającego, nie można wywodzić, że nie została ona złożona w ogóle - jest ona, jak wskazano, po prostu niekompletna.

Kwestią do rozstrzygnięcia jest, jakie są skutki prawne owej niekompletności, wynikające z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - i w każdym przypadku zależy to od trzech okoliczności: 1) jaka jest treść brakującego formularza ofertowego, 2) jaka jest treść pozostałych dokumentów składających się na ofertę oraz 3) jaka jest treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Formularz ofertowy zawierał następującą treść:

1) Informacje o wykonawcy - niniejsza oferta zostaje złożona przez: ... (nazwa wykonawcy, adres, NIP, REGON, nr KRS, telefon, faks, e-mail, adres strony internetowej),

2) Przedmiot oferty - Nawiązując do ogłoszenia o zamówieniu pn.: dostawa platformy serwerowej, systemu backupu, macierzy dyskowych, urządzeń sieciowych, serwera kompresji, systemu zasilania awaryjnego oraz stacji roboczych na potrzeby projektu pn.: „Śląskie Digitalium. Digitalizacja i udostępnianie zasobów instytucji kultury województwa śląskiego”, znak postępowania DDB.201.1.2020 my niżej podpisani składamy ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i:

1. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ): (tabela): Cena netto (w zł), podatek VAT (w %), cena brutto (w zł) z podziałem na zadania: zadanie nr 1 serwery, macierze, urządzenia sieciowe, backup, zadanie nr 2 serwer kompresji, zadanie nr 3 stacje robocze, zadanie nr 4 system zasilania awaryjnego (UPS), zadanie nr 5 sprzęt komputerowy dla Opery Śląskiej w Bytomiu. Wypełnić tylko w zakresie zadania, dla którego Wykonawca składa ofertę.

Wybór naszej oferty w zakresie zadania . będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego następujących towarów/usług: nazwa towaru/usługi, wartość bez kwoty podatku VAT zł netto.

Oferujemy: (tabela, kolumny: Zadanie, Kryterium, Punktacja, Oferuję - wstawić „X”)

Zadanie nr 1: Gwarancja: 84 miesiące - 20 pkt, 72 miesiące - 10 pkt, 60 miesięcy - 0 pkt; Termin usunięcia awarii: Pakiet 1. - Usunięcie Awarii Krytycznej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 12 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Istotnej w siedzibie

Zamawiającego najpóźniej w ciągu 48 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Zwykłej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 5 dni od chwili zgłoszenia. 20 pkt;

Pakiet 2. - Usunięcie Awarii Krytycznej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 24 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Istotnej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 54 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Zwykłej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 6 dni od chwili zgłoszenia. 10 pkt,

Pakiet 3. - Usunięcie Awarii Krytycznej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 36 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Istotnej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 60 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Zwykłej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 7 dni od chwili zgłoszenia. 0 pkt;

Zadanie nr 2: Gwarancja: 84 miesiące - 20 pkt, 72 miesiące - 10 pkt, 60 miesięcy - 0 pkt, Termin realizacji dostawy: 70 dni - 20 pkt, 80 dni - 10 pkt, 90 dni - 0 pkt;

Zadanie nr 3: Gwarancja: 84 miesiące - 20 pkt, 72 miesiące - 10 pkt, 60 miesięcy - 0 pkt, Termin realizacji dostawy: 70 dni - 20 pkt, 80 dni - 10 pkt, 90 dni - 0 pkt;

Zadanie nr 4 Gwarancja: 84 miesiące - 20 pkt, 72 miesiące - 10 pkt, 60 miesięcy - 0 pkt, Termin usunięcia awarii: Pakiet 1. - Usunięcie Awarii Krytycznej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 12 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Istotnej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 48 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Zwykłej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 5 dni od chwili zgłoszenia. 20 pkt,

Pakiet 2. - Usunięcie Awarii Krytycznej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 24 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Istotnej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 54 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Zwykłej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 6 dni od chwili zgłoszenia. 10 pkt,

Pakiet 3. - Usunięcie Awarii Krytycznej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 36 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Istotnej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 60 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Zwykłej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 7 dni od chwili zgłoszenia. 0 pkt;

Zadanie nr 5: Gwarancja: 84 miesiące - 20 pkt, 72 miesiące - 10 pkt, 60 miesięcy - 0 pkt, Termin realizacji dostawy: 70 dni - 20 pkt, 80 dni - 10 pkt, 90 dni - 0 pkt.

2. Oświadczam/my, że wskazana cena w Formularzu Ofertowym obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ, uwzględnia wszystkie

wymagane opłaty i koszty niezbędne do zrealizowania całości przedmiotu zamówienia, bez względu na okoliczności i źródła ich powstania.

3. Akceptuję/my warunki wskazane w SIWZ oraz wzorzec umowy. W trakcie realizacji umowy nie przewiduje się możliwości waloryzacji ww. stawki o wskaźnik inflacji.

4. Oświadczam/y, że zapoznaliśmy się ze SIWZ i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty.

5. Oświadczam/y, że jesteśmy związani złożoną ofertą przez okres 60 dni - bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

6. Akceptuję/my przedstawione w SIWZ postanowienia umowy i we wskazanym przez Zamawiającego terminie zobowiązujemy się do podpisania umowy, na określonych w SIWZ warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

7. Oświadczam/my, że zapoznaliśmy się ze wszystkimi warunkami zamówienia oraz dokumentami dotyczącymi przedmiotu zamówienia i akceptujemy je bez zastrzeżeń.

8. Oświadczam/my, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego. Ponadto w ofercie nie została zastosowana cena dumpingowa i oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 5-17 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 poz. 1010).

9. Podwykonawcy (wypełnić, jeżeli dotyczy)* Następujące części zamówienia powierzymy podwykonawcy/podwykonawcom*: tabela (Nr zadania w postępowaniu, Zakres powierzony

do wykonania podwykonawcy/podwykonawcom, Nazwa i adres podwykonawcy/podwykonawców). *Niewypełnienie powyższej tabeli oznacza wykonanie przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców.

10. Zostałem/liśmy poinformowani, że możemy wydzielić z oferty informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jednocześnie wykazując, iż zastrzeżone informację stanowią tajemnice przedsiębiorstwa oraz zastrzec w odniesieniu do tych informacji, aby nie były one udostępnione innym uczestnikom postępowania.

11. Oświadczam/y, że niniejsza oferta zawiera na stronach nr ... informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

12. Oświadczam, że wypełniłem obowiązki informacyjne przewidziane w art. 13 lub art. 14 RODO (tj. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016) wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskałem w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu.*

*W przypadku, gdy wykonawca nie przekazuje danych osobowych innych niż bezpośrednio jego dotyczących lub zachodzi wyłączenie stosowania obowiązku informacyjnego, stosownie do art. 13 ust. 4 lub art. 14 ust. 5 RODO treści oświadczenia wykonawca nie składa. W przypadku, o którym mowa w zdaniu poprzednim wykonawca powinien usunąć treść oświadczenia poprzez jego wykreślenie.

13. Oferta zawiera ... kolejno ponumerowanych stron.

14. Integralnymi załącznikami niniejszej oferty zgodnie z wymaganiami SIWZ są:

1. Formularz Cenowy (odpowiednio dla zadania, na które Wykonawca składa ofertę), 2.

3. ...

Miejscowość, data, podpis.

Podczas rozprawy Zamawiający wskazał, że z powyższej treści nie są dla niego istotne (nie są podstawą do odrzucenia oferty): informacje o wykonawcy, oświadczenie o obowiązku podatkowym, oświadczenie o związaniu ofertą, informacja o podwykonawcach, informacja o tajemnicy przedsiębiorstwa, oświadczenie w sprawie RODO, liczba stron i wykaz załączników. Pozostałe oświadczenia są zaś ważne.

W ocenie Izby oświadczenia uznane przez Zamawiającego za ważne można podzielić na trzy grupy:

grupa 1.: wskazanie ceny oferty - Odwołujący złożył ofertę jedynie dla zadania 1., zatem w zakresie tego zadania - jednak, jak oświadczyły zgodnie Strony, jest to wartość przeniesiona z formularza cenowego, zatem jej brak w formularzu oferty nie powoduje braku samej oferty, ponieważ oświadczenie o cenie znajduje się w innym elemencie oferty;
grupa 2.: tabela odnosząca się do kryteriów oceny ofert: gwarancja oraz termin usunięcia awarii/realizacji dostawy (w zależności od zadania) - Odwołujący złożył ofertę jedynie dla zadania 1., zatem w zakresie tego zadania;

grupa 3.: ogólne deklaracje wykonawcy: Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oświadczenia zawarte w punktach: 2, 3, 4, 6, 7, 8, przy czym zakres tych oświadczeń w poszczególnych punktach częściowo pokrywa się.

Deklaracje, o których mowa w grupie 3., są ogólnymi, standardowymi oświadczeniami stosowanymi przez zamawiających w formularzach ofertowych i choć niewątpliwie stanowią w pewnym sensie szkielet oferty, ich istnienie czy brak w formularzach ofertowych jest decyzją poszczególnych zamawiających i nie jest przeszkodą w przyjęciu oferty przez danego zamawiającego.

Choć bowiem wykonawca deklaruje, że oto składa ofertę, to oferta jest nie dlatego złożona, że zawarł taką deklarację, lecz że dokonał czynności faktycznej w postaci jej złożenia (byłaby złożona nawet bez deklaracji w jej treści, że jest składana). Natomiast czy jest ofertą, znów nie decyduje jedynie owa deklaracja, lecz treść oświadczeń w niej zawartych, głównie odnoszących się do essentialia negotii danego typu umowy.

Podobnie, czy oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie decyduje oświadczenie wykonawcy o tej zgodności, lecz analiza tej oferty (często się zdarza, że pomimo takiej deklaracji zamawiający odrzuca ofertę jako niezgodną ze specyfikacją). Tak samo - to, czy oferta nie jest dumpingowa lub nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, nie decyduje oświadczenie wykonawcy, lecz analiza oferty.

Stwierdzenie, że w trakcie realizacji umowy nie przewiduje się możliwości waloryzacji stawki o wskaźnik inflacji, nie jest de facto oświadczeniem własnym wykonawcy, lecz informacją o jednym z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzoru umowy) i nie jest bezpośrednio związane z ofertą w części kształtowanej przez wykonawcę.

Z kolei oświadczenia typu: „Oświadczam/my, że wskazana cena w Formularzu Ofertowym obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ, uwzględnia wszystkie wymagane opłaty i koszty niezbędne do zrealizowania całości przedmiotu zamówienia”, „Akceptuję/my warunki wskazane w SIWZ oraz wzorze umowy. Oświadczam/y, że zapoznaliśmy się ze SIWZ i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty”, „Akceptuję/my przedstawione w SIWZ postanowienia umowy i we wskazanym przez Zamawiającego terminie zobowiązujemy się do podpisania umowy, na określonych w SIWZ warunkach”, „Oświadczam/my, że zapoznaliśmy się ze wszystkimi warunkami zamówienia oraz dokumentami dotyczącymi przedmiotu zamówienia i akceptujemy je bez zastrzeżeń”, „Oświadczam/my, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego” - poza faktem, że kilkakrotnie powtarzają te same treści, to - choć stanowią, jak wskazano, szkielet oferty, same w sobie nie zawierają konkretnych treści. Jest to jedynie powtórzenie pewnych elementów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, np. 1. rozdział XII pkt 3.: „Cena oferty (brutto) musi uwzględniać wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia określone w SIWZ (w tym Załącznikach nr 1.1-1.5 do SIWZ) oraz wykonanie wszystkich prac i czynności świadczonych na warunkach określonych w ofercie i wzorze umowy oraz inne koszty, które Wykonawca będzie musiał ponieść w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia.”,

2. rozdział XIV pkt 3: „Zamawiający będzie wymagał od wybranego Wykonawcy zawarcia Umowy o treści określonej w załącznikach nr 4.1-4.5 do SIWZ - odpowiednio dla zadania, na które oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający zawiadomi wybranego Wykonawcę o terminie zawarcia umowy oraz o terminie do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.”

3. rozdział XVI pkt 1.: „Istotne dla stron postanowienia zostały wskazane we Wzorze Umowy, który stanowią Załączniki nr 4.1-4.5 do SIWZ - odpowiednio dla Zadania, na które Wykonawca składa ofertę.”

Jak wynika z art. 56 Kodeksu cywilnego, czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego

i z ustalonych zwyczajów. Zatem złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego również wywołuje skutki, które wynikają nie tylko z jej treści, lecz także z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów, czyli ogólnie można powiedzieć: założeń procedury przetargowej. Procedura ta - co powszechnie nie jest sporne - zarówno z przepisów, jak i zwyczajów (praktyki) wskazuje, że wykonawca musi postępować zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym złożona oferta musi być z tą specyfikacją zgodna (co zostało wyartykułowane w art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). I choć częste jest, że w swoich szczegółach oferty zgodne nie są, to nie budzi wątpliwości, że założeniem wykonawców jest złożyć ofertę zgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym co do sposobu jej sporządzenia, np. sposobu obliczenia ceny, że wykonawca, przystępując do przetargu, godzi się na jego warunki, w tym postanowienia przyszłej umowy zawarte we wzorze umowy.

Wynika to też z przepisu art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego (często powoływanego przy przetargach organizowanych w ramach zamówień publicznych): „Organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu.” Z kolei, jeśli wykonawca złoży ofertę, a nie zapozna się z warunkami przetargu (postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia), to jest to jego wyłączne ryzyko.

Tym samym, nawet jeśli dany wykonawca nie złoży oświadczeń „ogólnych”, przygotowanych przez zamawiającego, to luka ta może zostać wypełniona przez ogólne normy postępowania i interpretacji.

Poza tym, w ocenie Izby, ponieważ nie są to oświadczenia kreowane przez wykonawcę, nie ma tu przeszkody formalnej, by zamawiający, chcący mieć klarowną sytuację i oświadczenie wykonawcy „czarno na białym”, wystąpił w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienia typu: czy wykonawca przed złożeniem oferty zapoznał się z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w swojej ofercie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz obliczył cenę w sposób wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i obejmujący wszystkie koszty wykonania zamówienia, a także zamierza zawrzeć umowę na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Trudno bowiem w takim wypadku mówić o zmianie treści oferty czy negocjacji tej treści z wykonawcą - sam przedmiot oferty oraz żądana cena zostały już wcześniej wskazane w formularzu cenowym i się nie zmieniają.

Problematyczne natomiast pozostają oświadczenia grupy 2., które w niniejszym postępowaniu stanowią kryterium oceny ofert.

W rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającym opis kryteriów oceny ofert Zamawiający wskazał, że dla zadania 1. kryteriami są: cena oferty, gwarancja i usunięcie awarii. W dalszym opisie, w części „Wydłużenie okresu gwarancji” wskazał, że w przypadku kryterium „Wydłużenie okresu gwarancji” do oceny będzie brana pod uwagę gwarancja zadeklarowana przez wykonawcę w formularzu ofertowym. Każdy z wykonawców jest zobowiązany do udzielenia minimum 60 miesięcy gwarancji, przy czym za zaoferowanie 60 miesięcy gwarancji przyzna 60 punktów, 72 miesięcy gwarancji 10 punktów i 84 miesięcy gwarancji 20 punktów. Przy czym, jeśli wykonawca zaoferuje gwarancję pomiędzy przedziałami określonymi powyżej, Zamawiający przyzna punkty w ilości odpowiadającej dolnej wartości przedziału, jednak do umowy zostanie przyjęty okres gwarancji faktycznie zaoferowany. Niewpisanie żadnego okresu gwarancji spowoduje uznanie, że okres gwarancji będzie zgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (60 miesięcy).

Podobnie w przypadku kryterium usunięcia awarii/„skrócenie terminu usunięcia awarii” do oceny będzie brany pod uwagę jeden z pakietów zadeklarowanych przez wykonawcę w formularzu ofertowym: Pakiet 1. - Usunięcie Awarii Krytycznej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 12 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Istotnej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 48 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Zwykłej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 5 dni od chwili zgłoszenia. 20 pkt; Pakiet 2. - Usunięcie Awarii Krytycznej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 24 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Istotnej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 54 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Zwykłej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 6 dni od chwili zgłoszenia. 10 pkt; Pakiet 3. - Usunięcie Awarii Krytycznej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 36 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie

Awarii Istotnej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 60 godzin od chwili zgłoszenia. Usunięcie Awarii Zwykłej w siedzibie Zamawiającego najpóźniej w ciągu 7 dni od chwili zgłoszenia. 0 pkt. Każdy z wykonawców zobowiązany jest do zagwarantowania jako minimalnego czasu usunięcia awarii wskazanego w pakiecie nr 3, za który otrzyma 0 punktów w kryterium. Za pozostałe wskazane w tabeli pakiety Zamawiający przyzna punktację z niej wynikającą.

W przypadku obu powyższych kryteriów Zamawiający zastosował więc nieco odmienne rozwiązania - w kryterium „Wydłużenie okresu gwarancji” zastosował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienie zastępcze, zastępujące oświadczenie wykonawcy na wypadek jego niezłożenia: „Niewpisanie żadnego okresu gwarancji spowoduje uznanie, że okres gwarancji będzie zgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (60 miesięcy).”

Postanowienia takiego nie zawarł jednak w stosunku do kryterium usunięcia awarii/„skrócenie terminu usunięcia awarii”, gdzie wskazał jedynie, że do oceny będzie brany pod uwagę jeden z pakietów zadeklarowanych przez wykonawcę oraz nałożył na wykonawców zobowiązanie do zagwarantowania jako minimalnego czasu usunięcia awarii wskazanego w pakiecie nr 3, za który otrzyma 0 punktów.

Tym samym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogą zastąpić brak oświadczenia Odwołującego w zakresie okresu gwarancji, lecz nie brak co do pakietu terminu usunięcia poszczególnych rodzajów awarii. Jest to brak w zakresie kryterium oceny ofert oraz informacja wpisywana do przyszłej umowy (§ 4 ust. 4 wzoru umowy - załącznik 4.1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia): „4. Świadczenie serwisu odbywać się będzie w gwarantowanych czasach naprawy określonych w tabeli poniżej: Czasy naprawy dotyczące Sprzętu: Typ zgłoszenia: Usunięcie Awarii Krytycznej w siedzibie Zamawiającego

- Maksymalny czas reakcji i/lub naprawy - Najpóźniej w ciągu .. godz. od chwili zgłoszenia; Usunięcie Awarii Istotnej w siedzibie Zamawiającego - Maksymalny czas reakcji i/lub naprawy - Najpóźniej w ciągu .. godz. od chwili zgłoszenia; Usunięcie Awarii Zwykłej w siedzibie Zamawiającego - Maksymalny czas reakcji i/lub naprawy Najpóźniej w ciągu .. godz. od chwili zgłoszenia; Zgłoszenia są przyjmowane w trybie 7/24/365.”

Powyższy brak oświadczenia należy uznać za istotny brak oferty. Fakt, że z tym zadaniu została złożona tylko jedna oferta - Odwołującego - nie jest kluczowy, jest to jedynie przypadek. Poza tym punktowa ocena ofert odbywa się dopiero w drugiej kolejności

- w pierwszej następuje sprawdzenie, czy oferta nie podlega odrzuceniu, a jeśli takiemu odrzuceniu podlega, nie jest oceniana według kryteriów oceny. Nie ma też wskazania, który okres należy wpisać do umowy.

Nie jest to kwestia, którą Zamawiający mógłby wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub omyłka nadająca się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w obu przypadkach następowałoby bowiem kreowanie treści oferty po upływie terminu na jej złożenie.

Co do podstaw odrzucenia - w tym stanie faktycznym zastosowanie mógłby mieć zarówno art. 89 ust. 1 pkt 1, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść oferty Odwołującego jest bowiem niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dotyczy to zakresu kryterium usunięcia awarii/„skrócenia terminu usunięcia awarii”. Podstawy te bowiem w tym wypadku zachodzą jednocześnie - art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obie bowiem odnoszą się do tego, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której powinna odpowiadać (art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). W takim przypadku w praktyce ustalono się, że, by nie powielać przepisów, następuje odwołanie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi podstawę odrzucenia skierowaną na niezgodność z założeniami ustawy Prawo zamówień publicznych w postaci niezgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak powołanie się również na art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, choć zbędne, nie jest błędem prawnym.

Co do treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, to pomimo że zawiera ona pewne niedopowiedzenia, to również nie jest błędna i choć Odwołujący może nie zgadzać się z konkluzjami tam zawartymi, czytelnie oddaje stanowisko Zamawiającego. Zatem Izba uznała uzasadnienie za - co do zasady - poprawne, pomimo pewnych mankamentów. Nie ma to też wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie postępowania dla zadania 1. było prawidłowe i orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 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), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocników Zamawiającego w kwocie 450 złotych.

Przewodniczący: