

**WYROK**  
z dnia 1 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawcę Comarch Polska S. A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Gnieźnieński w Gnieźnie przy udziale wykonawcy Sputnik Software Sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty Sputnik Software Sp. z o.o. w Poznaniu, oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

2. kosztami postępowania obciąża Comarch Polska S. A. w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comarch Polska S. A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Comarch Polska S. A. w Krakowie na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego w Gnieźnie kwotę 3.496 zł 46 gr (słownie: trzy tysiące czterysta dziewięćdziesiąt sześć złotych czterdzieści sześć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia oraz kosztów dojazdu pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Powiat Gnieźnieński w Gnieźnie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup sprzętu, oprogramowania, usług informatycznych oraz wdrożenie i uruchomienie e-usług w ramach projektu pn. „Wdrożenie zaawansowanych e-usług dla klientów Starostwa Powiatowego w Gnieźnie oraz jednostek podległych”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 października 2020 r. pod numerem 2020/S 192-461591. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Sputnik Software Sp. z o.o. w Poznaniu i odrzucił ofertę złożoną przez Comarch Polska S.A. w Krakowie, który wniósł odwołanie 22 lutego 2021 r. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne uznanie, że treść oferty złożonej przez odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ”, z uwagi na zaoferowane rozwiązanie dla pozycji Telefon IP - Typ 2 (Bezprzewodowy), co skutkowało bezpodstawnym odrzuceniem oferty odwołującego;

2.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Sputnik Software Sp. z o.o. dalej również jako: „Sputnik”, w sytuacji, gdy treść oferty Sputnik nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na zaoferowane rozwiązanie dla pozycji serwery;

3.z ostrożności - art. 87 ust. 1 Pzp przez:

a)zaniechanie żądania przez zamawiającego od odwołującego złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanego rozwiązania dla pozycji Telefon IP - Typ 2 (Bezprzewodowy);

b)zaniechanie żądania przez zamawiającego od Sputnik złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanych serwerów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Sputnik jako najkorzystniejszej;

2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3.odrzucenia oferty Sputnik ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z SIWZ;

4.ewentualnie - wezwania Sputnik do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanych serwerów i wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanych Telefon IP - Typ 2 (Bezprzewodowy);

5. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, wraz z ofertą odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zaoferował zamawiającemu w pozycji Telefon IP - Typ 2 rozwiązanie producenta Yealink, model zestawu SIP-T27G, w skład którego wchodzi telefon LK-SIP- T27G wraz z adapterem WIF YLK-WF40. Podniósł, że telefon w zaoferowanej konfiguracji w pełni spełnia wszystkie wymagania zamawiającego odnośnie bezprzewodowości telefonu IP, tj. pozwala na spełnienie funkcji wymaganych w OPZ.

Odwołujący zarzucił, że Sputnik zaoferował serwer Dell PowerEdge R440, którego obudowa nie pozwala na „hot-swapową” wymianę wentylatorów, tj. wymianę wentylatorów w trakcie pracy serwera, bez konieczności jego wyłączenia. Brak spełnienia tego wymagania zamawiającego powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca Sputnik Software Sp. z o. o. w Poznaniu przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 23 marca 2021 r. uwzględnił odwołanie w części, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Oświadczył, że uwzględnił zarzut nr 2 zaniechania odrzucenia oferty Sputnik. Treść oferty Sputnik nie odpowiada treści SIWZ, gdyż serwer Dell PowerEdge R440 nie spełnia wymagań w zakresie obudowy. Jak wynika z pozyskanych informacji technologicznych (m.in. treści instrukcji obsługi) konstrukcja obudowy zaproponowanego przez Sputnik serwera nie pozwala na „hot-swapowe” wymiany zasilaczy oraz wentylatorów. Zamawiający uznał, że odwołanie jest zasadne w części dotyczącej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Sputnik oraz zaniechania odrzucenia tej oferty. Uzasadnia to unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty Sputnik ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z SIWZ.

Zamawiający podtrzymał stanowisko dotyczące odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ. Wskazał, że w pkt 4 lit. j) formularza cenowego odwołujący wskazał jedynie telefon: Telefon IP - Typ 2 (bezprzewodowy) - Producent - Yealink, Model/Wersja/numer katalogowy SIP-T27G, bez informacji na temat adaptera WIFI YLK-WF-40, zatem wymagania zamawiającego nie zostały spełnione. Oferowany telefon bez adaptera nie jest bowiem urządzeniem bezprzewodowym opisanym przez zamawiającego w SIWZ.

Zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie żądania przez zamawiającego wyjaśnienia treści ofert w zakresie zaoferowanych rozwiązań zamawiający uznał za całkowicie bezzasadne. Wyjaśnił, że dane wskazane przez odwołującego w formularzu cenowym - kolumnie nr 9 i 10 pozwalają jednoznacznie zidentyfikować produkt (producent, model/wersja oraz numer katalogowy): telefon IP - Typ 2 (bezprzewodowy), produkcji Yealink, model/wersja/numer katalogowy SIP-T27G. Parametry tego telefonu wskazują na telefon przewodowy, czyli niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do niespełnienia wymagań technicznych w zakresie dotyczącym telefonu. Wyjaśnił, że nie miał podstaw do wyjaśniania kwestii związanych z serwerem Dell PowerEdge R440 zaoferowanym przez Sputnik. Po przeanalizowaniu sprawy, w szczególności załączonej do odwołania dokumentacji technicznej serwera oraz dodatkowych analiz własnych zamawiający uznał, że nie umożliwiał on hot-swapowej wymiany zasilaczy oraz wentylatorów. W tym stanie rzeczy wezwanie do złożenia wyjaśnień byłoby niecelowe i bezprzedmiotowe.

Odwołujący w piśmie z 30 marca 2021 r. podtrzymał stanowisko dotyczące wadliwego odrzucenia swojej oferty i obowiązku wyjaśnienia jej treści na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Izba nie rozpoznała na rozprawie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Sputnik. Wykonawca ten, przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, jednak nie stawiał się na nie. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Sputnik nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu skierowanego wobec jego oferty, gdyż nie złożył stosownego oświadczenia. Skoro odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron, niestawiennictwo przystępującego oznacza rezygnację z prawa do zgłoszenia sprzeciwu. Od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych należy oczekiwać należytej staranności w prowadzeniu swych spraw, w tym również znajomości przepisów prawa i wynikających z nich konsekwencji. Pogląd, że niestawiennictwo przystępującego po stronie zamawiającego, który uwzględnił zarzuty odwołania, oznacza brak zgłoszenia sprzeciwu, jest dobrze ugruntowany w orzecznictwie Izby (przykładowo postanowienia wydane w sprawach o sygn. akt: KIO 991/10, 1575/10, KIO 1264/12, KIO 1722/12, KIO 360/14, KIO 442/14, KIO 1524/14, KIO 1744/14, KIO 151/15, KIO 2534/15, KIO 2637/15, KIO 523/16, KIO 1259/16).

Wobec powyższego Izba uznała, że w sprawie zaistniały przesłanki wskazane w art. 522 ust. 4 nPzp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania.

Izba umorzyła zatem postępowanie odwoławcze co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Sputnik, a pozostałe zarzuty odwołania rozpoznała co do istoty.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne są w przeważającej części niesporne.

Zamawiający wymagał zaoferowania telefonu IP - Typ 2 (bezprzewodowego). Nie jest również sporne, że odwołujący w formularzu cenowym wskazał telefon produkcji Yealink oznaczony jako SIP-T27G oraz, że spełnienie wymagania dotyczącego łączności bezprzewodowej wymaga użycia adaptera WIFI oznaczonego w katalogu producenta jako YLK-WF-40. Spór sprowadza się do oceny, czy zamawiający miał podstawy do uznania, że odwołujący zaoferował mu zestaw składający się z telefonu i adaptera oraz, czy kwestia ta powinna zostać wyjaśniona przez zamawiającego w

trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Na oba te pytania należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Podkreślić należy, że zamawiający dokonuje oceny spełnienia swoich wymagań na podstawie treści oferty złożonej w postępowaniu. Treść oferty odwołującego nie daje żadnych podstaw do uznania, że zaferował on zamawiającemu zestaw składający się z telefonu SIP-T27G oraz adaptera WIFI YLK-WF-40. Nie zostało użyte w ofercie sformułowanie: „zestaw”, „wraz z adapterem” lub inne sugerujące, że przedmiotem oferty nie jest wyłącznie telefon. Za tą tezą przemawia również brak takiego zestawu w katalogu producenta. Spełnienie wymagań zamawiającego nastąpić może wyłącznie przez zaferowanie dwóch niezależnych, oddzielnie oznaczonych i odrębnie wycenionych w katalogu produktów. Okoliczność tę potwierdza również oświadczenie Veracomp - Exclusive Networks Poland S.A. z 24 marca 2021 r. załączone przez odwołującego do pisma z 30 marca 2021 r. oraz treść specyfikacji technicznych przywołana w uzasadnieniu odwołania. Potwierdzają one jednocześnie, że sam zaferowany telefon nie realizuje funkcji wymaganych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, zaś adapter stanowi wyposażenie opcjonalne, dodatkowe, oferowane w sprzedaży samodzielnie.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający nie był uprawniony do tego, by wyjaśniać ofertę odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że 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. Jakkolwiek orzecznictwo w indywidualnych okolicznościach danego postępowania o udzielenie zamówienia wskazuje, że zaniechanie wyjaśniania treści oferty skutkuje naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, to nie można tracić z pola widzenia, że art. 87 ust. 1 Pzp służy co do zasady wyjaśnianiu treści zawartych w ofercie, a nie uzupełnianiu oferty o istotne treści niezbędne do potwierdzenia spełnienia wymagań zamawiającego. Wyjaśnieniu podlega bowiem treść oferty, a więc oświadczenie wykonawcy, o ile jest ono niejasne lub budzi wątpliwości zamawiającego. Prawo zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty, jak wynika z brzmienia art. 87 ust. 1 Pzp, jest bowiem ograniczone przedmiotowo i nie może być wykonywane całkowicie dowolnie. Zamawiający nie może negocjować treści oferty, ani dokonywać w niej zmian za wyjątkiem zmian wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp. W ocenie Izby zamawiający dopuściłby się naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, gdyby na podstawie wyjaśnień uzyskanych od odwołującego uznał jego ofertę za zgodną ze swoimi wymaganiami, gdyż z ofert tej nie wynika wola odwołującego zaferowania zamawiającemu adaptera WIFI niezbędnego dla spełnienia przez oferowany telefon wymagań zapisanych w SIWZ.

Nie podzielono poglądu odwołującego, że o zaferowaniu zestawu zawierającego telefon i adapter przesądza wskazanie urzędnika w pozycji telefon bezprzewodowy, co miałyby przesądzać o zamiarze złożenia oferty zgodnej z SIWZ. Izba nie zgadza się z tym poglądem. Po pierwsze, domniemanie złożenia oferty zgodnej z opisanymi wymaganiami zamawiającego nie wynika z przepisów ustawy. Również doświadczenie wynikające z obserwacji praktyki nie potwierdza trafności takiego założenia. Po drugie, przeciw takiej tezie przemawia również treść oferty Sputnik, która nie odpowiada opisanym wymaganiom zamawiającego.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Treść oferty w rozumieniu tego przepisu to co do zasady zawarty w SIWZ, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które powinien spełnić wykonawca, dotyczących jakości, ilości, terminu wykonania umowy oraz innych kwestii mających znaczenie dla zamawiającego. Skoro zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego w zakresie spełnienia przez telefon wymagania bezprzewodowości jest niezgodna z SIWZ, jego obowiązkiem wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zatem, nie – jak chciałby odwołujący – wyjaśnienie tej oferty, lecz zbadanie możliwości jej poprawienia stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie pomyłki nie będące oczywistymi omyłkami rachunkowymi lub pisarskimi, polegające na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Izba przyznała rację zamawiającemu, który twierdził, że odwołujący usiłuje uzupełnić ofertę o element, który pierwotnie nie stanowił przedmiotu oferty, tj. o adapter WIFI YLK-WF-40. W okolicznościach sprawy nie może to być zaakceptowane, gdyż taka inferencja w treść oferty miałaby charakter istotny, dotyczy bowiem spełnienia doniosłego wymagania zamawiającego – bezprzewodowości.

Izba uznała zatem, że oferta odwołującego nie jest zgodna z SIWZ, a zamawiający dokonując odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bez wyjaśniania jej treści na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. Zamawiający nie naruszył również art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyjaśniania treści oferty złożonej przez Sputnik.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 4 art. 553 ust. 1, art. 554 ust. 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 nPzp oraz art. § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), uwzględniając koszty wynagrodzenia i dojazdu na posiedzenie pełnomocnika zamawiającego.

**Przewodniczący:.....**