Sygn. akt: KIO 2739/17

WYROK
z dnia 12 stycznia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2017 roku przez wykonawcę **Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Skarb Państwa, Komendant Główny Policji w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie,** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej w treści z treścią SIWZ;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Skarb Państwa, Komendanta Głównego Policji w Warszawie** i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

b) zasądza od Zamawiającego – **Skarb Państwa, Komendanta Głównego Policji w Warszawie** na rzecz Odwołującego **Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**

Przewodniczący:

---

sygn. akt KIO 2739/17

UZASADNIENIE

W dniu 28 grudnia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1, art. 182 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 179 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. r. poz. 1579 ze zm.), - nazywanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożył wykonawca **Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zwany dalej „Odwołującym".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Modernizacja, optymalizacja infrastruktury sprzętowej, systemowej i aplikacyjnej Systemu Wspomagania Obsługi Policji (SWOP)" prowadzi Zamawiający: **Komendant Główny Policji, w imieniu którego działa Komenda Główna Policji, Wydział Zamówień Publicznych i Funduszy Pomocowych Biuro Finansów KGP z siedzibą w Warszawie.**

Odwołujący wniósł odwołanie od:
1) czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty Comtegra S.A. w Warszawie („Comtegra") jako oferty najkorzystniejszej i zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Comtegra, co Zamawiający zobowiązany był uczynić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 7b i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp;
2) zaniechania Zamawiającego w zakresie wezwania Comtegra do uzupełnień oferty w zakresie szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia z wyłączeniem oprogramowania, co wobec wezwania Odwołującego do takich wyjaśnień stanowiło naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy
2) art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy
3) art. 89 ust. 1 pkt 8 Ustawy
4) art. 7 ust. 1 Ustawy

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:
1. nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty Comtegra jako oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Comtegra;
3. nakazanie Zamawiającemu oceny pozostałych ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej,

4. ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 2 nakazanie Zamawiającemu wezwania Comtegra do złożenia szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia z wyłączeniem oprogramowania.

Odwołujący uzyskał wiadomości o wyborze oferty Comtegra w dniu 18 grudnia 2017 roku zapoznając się z treścią ogłoszeń dotyczących postępowania zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego. Odwołanie złożono więc w terminie, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zaznaczył, że złożył ofertę w postępowaniu i przysługuje mu status wykonawcy. W wyniku zastosowania kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego uzyskała 94,01 (drugie), podczas gdy oferta Comtegra uzyskała 100 pkt. Zarzucone Zamawiającemu w odwołaniu czynności i zaniechania nie doprowadziły do eliminacji z postępowania wykonawcy Comtegra. W przypadku niezastosowania przez Odwołującego środka ochrony prawnej Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty zysku z realizacji zamówienia, wynikającą z niemożności zawarcia umowy na jego realizację. Natomiast w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Comtegra zostanie odrzucona, a Zamawiający dokona ponownej oceny oferty, czego skutkiem będzie przyznanie ofercie Odwołującego 100 pkt oraz konieczność wyboru oferty Odwołującego. Jednocześnie zaniechanie Zamawiającego w braku wezwania Comtegra do złożenia szczegółowych wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanego asortymentu (poza oprogramowaniem) uniemożliwia Odwołującemu kwestionowanie zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Stosownie do treści pkt 4.12 Załącznika nr 1 („OPZ") do Załącznika nr 3 (wzór Umowy) do SIWZ Zamawiający wymagał zaoferowania licencji na oprogramowanie Core Infrastructure Suite Datacenter w ilości 64 sztuk (strona 30), gdzie wymaganie to powtórzono w pkt 6.1 ppkt 1, 1.7 (strona 32) i pkt 9 (strona 37).

Zgodnie z treścią komunikatu Zamawiającego z dnia 24 października 2017 roku (odpowiedzi na pytania i zmiany w SWIZ), Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia (Rozdział VII ust 2) potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w załączniku nr 1 do umowy. Opis musiał zawierać: producenta, nazwę i model oferowanego asortymentu w przypadku sprzętu i licencji oraz nazwę oferowanych szkoleń).

W ofercie Comtegra nie wymieniono oprogramowania Core Infrastructure Suite Datacenter, co oznacza iż Comtegra nie zaoferowała tego oprogramowania,

a w konsekwencji treść oferty Comtegra jest sprzeczna z treścią wyżej powołanych wymagań OPZ i tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

W uzupełnieniach z dnia 28 listopada 2017 Comtegra rozszerzyła wykaz oprogramowania o oprogramowanie Core Infrastructure Suite Datacenter, jednak z uwagi na treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp rozszerzenie oferowanego asortymentu o oprogramowanie Core Infrastructure Suite Datacenter w ramach uzupełnień oferty nie mogło skutecznie rozszerzyć zakresu oferty.

W ofercie Comtegra nie wymieniono także nazw zaoferowanych szkoleń lecz zdawkowo wskazano na szkolenia odnoszące się do grup produktowych poszczególnych jednostek asortymentu oprogramowania Microsoft: *„Program szkoleń autorskich zbudowany zostanie w oparciu o autoryzowane przez producenta szkolenia z danych grup produktowych - Windows Server, System Center, SQL Server."*

Tymczasem zgodnie z wymaganiami OPZ (str. 33 pkt 9) wymagał szkoleń produktowych tylko dla systemu operacyjnego oraz bazy danych, a w pozostałym zakresie szkoleń obejmujących konkretne typy procesów realizowanych przez zaoferowane rozwiązanie:

„9. Przeszkolenie kadry technicznej (administratorzy):
9.1.8 osób z Komendy Głównej Policji i Komendy Stołecznej z zakresu:
• nowej wersji systemu operacyjnego
• nowej wersji bazy danych
• rozwiązania HA i DR
• usługi katalogowej
• audytu i bezpieczeństwa danych
• procedur eksploatacyjnych
9.2.10 osób z Komendy Głównej Policji z zakresu:
• podstaw analizy i raportowanie BI, języka R,
• MS SQL, T/SQL"

W konsekwencji treść oferty Comtegra jest sprzeczna z treścią wyżej powołanych wymagań OPZ i tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Comtegra wraz z ofertą złożyła dokument potwierdzający wadium postaci gwarancji ubezpieczeniowej Interisk S.A. wystawioną na beneficjenta gwarancji „Komendę Główną Policji".

Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy o policji centralnym organem administracji rządowej jest Komendant Główny Policji. Natomiast Komenda Główna Policji jest jednostką organizacyjną Policji, która wykonuje zadania wynikające z zakresu działania oraz funkcji Komendanta Głównego Policji, nie posiadającą odrębnej osobowości prawnej, co wynika z Zarządzenia nr

---

2 Głównego Komendanta Policji z dnia 1 kwietnia 2016 roku wydanego na podstawie art. 7 ust. 4 ustawy o Policji. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiającym jest Główny Komendant Policji, który w relacjach cywilno-prawnych z wykonawcami, w tym w zakresie dotyczącym wadium przetargowego reprezentuje Skarb Państwa. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na pytanie 172 z dnia 24 października 2017 roku Zamawiający wymagał ustanowienia wadium na rzecz Skarbu Państwa - Głównego Komendanta Policji:

„Odpowiedź: Zamawiającym jest Komenda Główna Policji, natomiast Beneficjentem w przypadku gwarancji (wadialnej, należytego wykonania umowy) jest Skarb Państwa - Komendant Główny Policji".

W takim stanie rzeczy wadialna gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na zlecenie Comtegra nie wskazuje właściwego beneficjenta gwarancji, co oznacza, iż wadium nie zostało ustanowione a oferta nie została zabezpieczona wadium i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z uzupełnieniami Comtegra, zawartymi w piśmie z dnia 28 listopada 2017

roku, Comtegra zaoferowała oprogramowanie Microsoft o numerach SKU, których analiza prowadzi do wniosku, iż Zamawiającemu zaoferowano oprogramowanie w ramach programu MPSA, tj. na podstawie umowy Microsoft Product and Service Agreement.

Aby możliwe było zaoferowanie Zamawiającemu produktów Microsoft w ramach umowy MPSA konieczne jest spełnienie następujących wymogów:
1) dostawca (tu Comtegra) musi być autoryzowanym partnerem Microsoft o statusie Licencing Solution Provider (LSP) (dawniej LAR) oraz
2) odbiorca (tu Zamawiający) musi potwierdzić zarejestrowanie w Microsoft dostawcy jako partnera odpowiedzialnego za obsługę umowy MPSA zawartej przez odbiorcę z Microsoft.

Zgodnie z oficjalnymi informacjami publikowanymi przez Microsoft, Comtegra nie posiada statusu LSP, zatem nie może dostarczyć Zamawiającemu produktów MPSA. W takim stanie rzeczy oferta Comtegra obejmuje świadczenie niemożliwe, co powoduje nieważność czynności prawnej jaką jest złożenie oferty, stosownie do art. 387 § 1 k.c, a idąc dalej konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W dniu 24 listopada 2017 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z żądaniem złożenia szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, pomimo iż taki opis został załączony do oferty w związku z modyfikacją SIWZ z dnia 24 października 2017 roku:

Odwołujący wykonał wezwanie składając Zamawiającemu w dniu 29 listopada 2017

---

roku szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia, pomimo iż opis załączony do oferty w pełni wyczerpywał dane wymagane zmodyfikowanym Rozdziałem VII ust.2 SIWZ.

W dniu 24 listopada 2017 roku Zamawiający wezwał do złożenia uzupełnień także Comtegra, z tą jednak różnicą, iż wezwanie dotyczyło wyłącznie części oferty tj. oprogramowania, natomiast nie dotyczyło sprzętu i szkoleń. W dniu 28 listopada 2017
Comtegra złożyła uzupełnienia.

Niewątpliwie zakres żądanych uzupełnień adresowany do Comtegra był węższy niż zakres żądania uzupełnień adresowany do Odwołującego, pomimo faktu, iż poziom szczegółowości w zakresie sprzętu i szkoleń był na podobnym poziomie. W efekcie Zamawiający żądał uszczegółowienia informacji o zaoferowanym sprzęcie i szkoleniach wyłącznie od Odwołującego i nie żądał takich informacji od Comtegra. W konsekwencji Zamawiający dokonał dogłębnej analizy oferty Odwołującego w obszarze, w jakim Zamawiający zaniechał analizy oferty Comtegra. Powyższe stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców w zakresie obowiązku informacyjnego o przedmiocie oferty, powodujący przyznanie Comtegra możliwości formułowania przez Comtegra zarzutów pod adresem oferty Odwołującego w przypadku wyboru oferty Odwołującego, przy uniemożliwieniu Odwołującemu formułowaniu analogicznych zarzutów względem oferty Comtegra na wypadek wyboru oferty Comtegra.

Zamawiający w sposób nieuzasadniony obarczył Odwołującego szerszym obowiązkiem informacyjnym niż Comtegra dopuszczając się tym naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania

i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego (którego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu) możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie,** dalej jako „Przystępujący". Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu oraz treść ofert złożonych w postępowaniu, istotną dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Na podstawie złożonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania ustalono także, że w dniu 24/11/2017 Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu potwierdzającego spełnianie wszystkich wymagań, gdzie zdaniem Zamawiającego oferta nie zwierała opisu spełniającego wymagania w zakresie licencji. Z oferty nie wynikała ilość oraz model oferowanych licencji dla Core Infrastructure Suite Standard. Podano jedynie nazwę producenta: Microsoft.

28/11/2017 wykonawca złożył wyjaśnienia, gdzie wskazał, że ofertuje w określonej ilości licencje Microsoft Core Infrastructure Suite Standard w rozbiciu na CIS Standard SLSA SKU GOV, CIS Standard SLSA SKU EDU, CIS Data Center SLSA SKU GOV oznaczone symbolami AAA-29743, AAA30467. Podano także, że zasoby i specjaliści do prowadzenia szkoleń, które realizowane będą przez autoryzowany ośrodek szkoleniowy Microsoft, prowadzone będą przez trenerów posiadających odpowiednie certyfikaty, a program szkoleń autorskich zbudowany zostanie w oparciu o autoryzowane przez producenta szkolenia z danych grup produktowych.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej w treści z treścią SIWZ.

W ramach rozważań natury ogólnej, skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ustawa Pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 Pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 Pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 Pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 Pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 Pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta*

należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający,

o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz,* wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ (tak wyrok Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z SIWZ {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Reasumując, 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. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym

oczekiwania i interesy Zamawiającego. Konieczność odrzucenia takiej oferty zachodzi także w przypadku, kiedy niemożliwe staje się zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie bowiem do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż tak rozumiana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zaistniała w ofercie Przystępującego w zakresie oferowanych Zamawiającemu licencji, co oznacza, że Zamawiający winien był tę ofertę odrzucić.

Niewątpliwie w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia dokumentu, który potwierdzał będzie, że oferowane dostawy spełniają określone w SIWZ wymagania. Dokument ten miał zawierać szczegółowy opisu oferowanego przedmiotu zamówienia i zawierać: producenta, nazwę i model oferowanego asortymentu w przypadku sprzętu i licencji oraz nazwę oferowanych szkoleń.

Nie budzi wątpliwości Izby i Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, że oferta Przystępującego nie zawierała takiego szczegółowego opisu w zakresie licencji, dlatego też zastosowano tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ujęcie w jednej pozycji tabelarycznej szeregu typu licencji, których dostarczenia wymagał Zamawiający nie wypełniało przesłanki szczegółowego opisu. Dopiero w złożonych wyjaśnieniach wykonawca przedstawił w rozbiciu na ilości, typu i modele licencje, które zamierza dostarczyć. W ocenie Izby Zamawiający z zapisu oferty „licencje Core Infrastructure Suite Standard" nie mógł wnioskować, że wykonawca oferuje wszystkie wymagane w SIWZ elementy składające się na przedmiot zamówienia. Jednocześnie przedstawienie dopiero w złożonych wyjaśnieniach jakiego typu licencje są oferowane stanowiło niedozwoloną zmianę treści oferty. Wbrew twierdzeniom Przystępującego użycie w ofercie określenia „standard" nie wskazywało na proponowanie licencji w pakiecie. Jak wykazał Odwołujący przez złożenie cenników ze stron producenta oprogramowania, rozróżnia się oprogramowanie typu standard i typu data center. Obu tych typów wymagał w OPZ Zamawiający. Rację przyznać należy Przystępującemu, że z istoty czynności uszczegółowienia wynika większy zakres informacji, niż został przekazany pierwotnie, ale oferta Przystępującego pierwotnie nie odnosiła się do licencji typu data center. Wykonawca pozostawił pustą rubrykę tabeli, gdzie należało podać nazwę komponentu, a wystarczyło w niej wpisać „pakiet", co uprawdopodobniałoby tezy prezentowane na rozprawie. Ponadto uszczegółowienie treści oferty musi odnosić się do elementów znajdujących się już w ofercie, tymczasem Przystępujący dopiero przez złożenie wyjaśnień wskazał konkretnie jakie licencje proponuje.

Zupełnie niezrozumiałe dla Izby są twierdzenia Zamawiającego, że wymagał on szczegółowego opisu na potwierdzenie spełnienia wymagań i dlatego przy wyjaśnianiu i uzupełnianiu tego dokumentu mogło dojść do zmiany jego treści. Ani Odwołujący, ani Izba nie neguje charakteru tego dokumentu, iż odnosić się on miał do elementów przedmiotowych opisu przedmiotu zamówienia. Ale właśnie z tego powodu miał on zawierać elementy, które pozwolą zidentyfikować przedmiot świadczenia po stronie danego wykonawcy. Ten przedmiot zaś w pierwotnej treści oferty nie został dookreślony, co oznacza, że wykonawca nie złożył oferty na wymagany przedmiot zamówienia. Znajdujący się w ofercie Przystępującego szczegółowy opis oferowanego przedmiotu nie potwierdził spełniania wymagań Zamawiającego.

Odnośnie konieczności kwestionowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to przy przedmiotowym charakterze szczegółowego opisu (jako dokumentu) mogła być ona zastosowana, jednakże jej wynik nie może prowadzić do zmiany zakresu proponowanego świadczenia, a taka sytuacja miała miejsce w przypadku oferty Przystępującego. Możliwe jest wyjaśnianie i uzupełnianie treści dokumentów przedmiotowych, ale w zakresie treści widniejącej w ofercie, nie zaś przedstawianie nowych elementów, które winny od początku składać się na przedmiotową stronę świadczenia. Samo zaś złożenie ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym o zgodności przedmiotu zamówienia z SIWZ, nie jest w ocenie Izby wystarczające do potwierdzenia prawidłowości konstrukcji oferty. W ocenie Izby zestawienie tabelaryczne składające się na szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia miało na celu potwierdzenie nie tylko, że oferowane elementy są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, ale jednocześnie identyfikowało ono zakres świadczenia wykonawcy, do wykonania którego zobowiązany

będzie po zawarciu umowy. Z tego powodu tę część należało uznać za merytoryczną treść oferty, która nie może ulec zmianie w wyniku składania przez jej autora wyjaśnień i uzupełnień.

Nie jest też prawdą, że Przystępujący przedstawił licencje w ramach jednego pakietu, wykorzystując terminologię zaczerpniętą z oferty handlowej dostawcy oprogramowania (APN Promise S.A.) z dnia 8 listopada 2017 r. Przedstawiona oferta handlowa zawiera szczegółowe rozbicie na poszczególne typy licencji. Gdyby Przystępujący w taki sposób skonstruował swoją ofertę, to dopiero wówczas potwierdzałaby ona wymagania Zamawiającego. Jak już wspomniano, samo użycie określenia „standard" nie wskazuje na oferowanie kompletu licencji.

Reasumując, z tych powodów Izba uznała, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

12

Co do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie oferowanych szkoleń, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Oferta Przystępującego, a także złożone wyjaśnienia odnoszące się do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego szczegółowo opisują zakres szkoleń, który pokrywa się z zakresem wymaganym SIWZ. Wykonawca określił kto i gdzie będzie realizował szkolenia, na jakich zasadach, według jakich założeń programowych oraz jakich grup produktowych będą one dotyczyły. Ten ciąg informacji należało uznać za wystarczający. W tym także zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałby braki oferty Przystępującego.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że oferta Przystępującego nie została prawidłowo zabezpieczona wadium i dlatego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Nie każda wada wniesionego zabezpieczenia skutkować będzie koniecznością odrzucenie oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium. Niezbędne jest ustalenie, że Zamawiający nie będzie mógł z wniesionego zabezpieczenia skorzystać, a zatem, że wniesione wadium nie potwierdza faktycznego zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Tego zaś Odwołujący nie wykazał. Słusznie zauważali zarówno Zamawiający, jak też Przystępujący, że Specyfikacja jako Zamawiającego wskazywała Komendę Główną Policji. Izba zgadza się z twierdzeniami Przystępującego, że wskazanie w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium jednostki organizacyjnej zamiast organu (co jest częstym błędem zarówno samych wykonawców, jak też podmioty odpowiedzialne za sporządzanie gwarancji) nie czyni gwarancji nieważną, niezabezpieczającą interesu Zamawiającego. Jednostka organizacyjna (urząd, ministerstwo, komenda) służy tylko i wyłącznie do pomocy przy spełnianiu przez organ, jakim jest w tym przypadku Komendant Główny Policji, jego funkcji. Jednostka ta w żaden sposób nie jest odrębna od organu, któremu służy. Tym samym nie można uznać, że gwarancja, w której jako beneficjent została oznaczona Komenda, nie zabezpiecza interesów organu jakim jest Komendant. Poza powyższym określenie gwarancja zawierała prawidłowy adres (tożsamy dla jednostki i organu), prawidłowo określała kwotę zobowiązania, wskazywała nazwę prowadzonego postępowania i określała przypadki umożliwiające zatrzymanie wadium, właściwy był także termin ustanowienia gwarancji. Wszystkie te dane określone zostały w sposób prawidłowy i nie pozostawiający w rezultacie żadnej wątpliwości co do tego, na czyją rzecz i w jakim postępowaniu gwarancja została udzielona. Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której ubezpieczyciel próbowałby się uchylić od odpowiedzialności z tytułu tak oznaczonego dokumentu.

Izba wskazuje, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ustawy Pzp i art. 65 k.c.

13

Izba nie podziela opinii prezentowanej na rozprawie, jakoby powyższa wykładnia była niedopuszczalna ze względu na fakt, że gwarancja ubezpieczeniowa stanowi jednostronne oświadczenie woli gwaranta. Należy zauważyć, iż zgodnie z przepisem art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2015 r., poz. 1844 ze zm.), czynnościami ubezpieczeniowymi jest zawieranie umów

ubezpieczenia, umów gwarancji ubezpieczeniowych lub zlecanie ich zawierania uprawnionym pośrednikom ubezpieczeniowym w rozumieniu ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. z 2014 r. poz. 1450 oraz z 2015 r. poz. 1844), a także wykonywanie tych umów. Tym samym ustawa o działalności ubezpieczeniowej zalicza gwarancję ubezpieczeniową do kategorii umów. Jest to jedynie uprawnienie pozwalające zakładom ubezpieczeń na udzielanie gwarancji, nie przesądza jednak o jej treści. Należy zatem stwierdzić, że treść gwarancji ubezpieczeniowych kształtowana jest na zasadzie swobody umów, ukonstytuowanej w art. 353 (1) k.c. Oznacza to, że strony mogą same według swojej woli ukształtować treść łączącego je stosunku prawnego. Treść ta nie może być sprzeczna z obowiązującym prawem, właściwością stosunku prawnego i zasadami współżycia społecznego. Co do zasady przyjmuje się, iż gwarancja ubezpieczeniowa jest umową trójstronną , w której zakład ubezpieczeń (gwarant) zaciąga własne zobowiązanie do zapłaty na rzecz podmiotu uprawnionego (beneficjenta) określonej w treści gwarancji kwoty w przypadku, gdyby osoba trzecia (zleceniodawca) nie spełniła swojego świadczenia. Gwarancja jest więc samoistnym zobowiązaniem gwaranta, jednak nie oznacza to, że gwarancja ubezpieczeniowa zmienia swój umowny charakter i staje się jednostronnym oświadczeniem woli. Ponadto charakter prawny gwarancji pozostaje w ocenie Izby bez wpływu na dopuszczalność jej wykładni jako oświadczenia woli. Dopuszczalność wykładni oświadczeń woli jednostronnych nie jest bowiem przez kodeks cywilny wyłączona. Przywołać należy brzmienie art. 65 k.c., zgodnie z którym: *"§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. § 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu".* Tym samym treść gwarancji ubezpieczeniowej może podlegać wykładni, która winna uwzględniać m.in. okoliczności, w których złożone zostało oświadczenie woli gwaranta, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Istotny jest także zgodny zamiar stron i cel umowy, a nie tylko dosłowne jej brzmienie. Powyższe dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli.

Izba podziela i przyjmuje za własne stanowisko wynikające z orzeczeń przywołanych przez Przystępującego w złożonym na rozprawie piśmie procesowym. W ocenie składu

---

orzekającego złożona gwarancja zabezpiecza interesy Zamawiającego i skutecznie zabezpiecza ofertę Przystępującego jako wadium. W tym zakresie nie miało więc znaczenia oświadczenie z dnia 8 stycznia 2018 roku wystawione przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, ponieważ jest to dokument wtórny do treści samej gwarancji wadialnej i wystawiony po dacie składania ofert.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który Odwołujący wiązał z okolicznością, że Comtegra nie posiada statusu LSP, zatem nie może dostarczyć Zamawiającemu produktów w ramach programu MPSA, na co wskazują numery seryjne oprogramowania podane w wyjaśnieniach przez Przystępującego.

Dostrzeżenia wymaga, iż aby móc mówić o pierwotnej niemożliwości świadczenia (a do tego odnosi się przywołany przez Odwołującego art. 387 § 1 kc), to świadczenie takie musi być niemożliwe do wykonania w sposób obiektywny, a nie indywidualny dla określonego wykonawcy. Aby umowę zawartą na podstawie tak oferowanego świadczenia można było uznać za nieważną, Odwołujący musiałby udowodnić, że żaden podmiot nie może spełnić tak opisanego świadczenia. Takich zaś dowodów nie przedstawiono. Przystępujący nie kwestionował faktu, że nie posiada statusu partnera LSP w firmie Microsoft. Nie można jednak pominąć okoliczności, że w ofercie Przystępującego znajduje się zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, pochodzące od firmy APN Promise S.A. Jak wynika z listy firm posiadających status LSP aktywnych na polskim rynku, złożonej przez Odwołującego na rozprawie, APN Promise S.A. z siedzibą w Warszawie jest partnerem o takim statusie. Choć samo zobowiązanie do udostępnienia w ofercie wspomina o zasobach ludzkich, to w swej treści wskazuje także na podwykonawstwo, a Przystępujący złożył w przedmiotowej kwestii dodatkowe wyjaśnienia zaznaczając, że iż osoby udostępnione, wykonywały będą usługi związane z warstwą infrastrukturalną, a także

dokumentacją i procedurami od strony technologii Microsoft. Takie oświadczenie, przy braku dodatkowych założeń w SIWZ, jest w ocenie Izby wystarczające, aby uznać, że dostawa licencji przy współpracy z podmiotem udostępniającym określone zasoby jest możliwa.

Izba nie dopatrzyła się także naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie określonym zarzutami odwołania. Odwołujący kwestionował zakres żądanych uzupełnień wymagany od Comtegra i Odwołującego. W ocenie składu Zamawiający przeprowadził prawidłową analizę warstwy merytorycznej obu ofert i w sposób prawidłowy zakreślił poziom treści wymagający wyjaśnień od wykonawców. Każda z ofert skonstruowana była w sposób charakterystyczny dla danego wykonawcy i wymagała innego zakresu wezwania do

wyjaśnień, bądź też uzupełnienia. Treść skierowanych do wykonawców wezwań realizowała przypisany im cel i dążyła do ujednolicenia zakresu informacji niezbędnych do oceny ofert.

Konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia –

wobec

czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1. sentencji uwzględniając w części odwołanie. Izba nakazała powtórzenie procesu badania i oceny ofert i odrzucenie na przywołanej podstawie oferty Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: