

**WYROK**

Warszawa, dnia 31 grudnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodniczący: Andrzej Niwicki  
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2024 r. przez Data Experts sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu przy udziale wykonawcy Computex sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie jako uczestnika po stronie zamawiającego oraz przy udziale wykonawcy Bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako uczestnika po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Data Experts sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Data Experts sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:.....

**Sygn. akt: KIO 4596/24 Uzasadnienie**

Zamawiający: Sąd Apelacyjny we Wrocławiu prowadzi postępowanie pn.: „Dostawa i instalacja serwerów RACK typ I i typ II wraz z licencjami oraz gwarancją i wsparciem producenta”, nr Z.261.45.2024. Ogłoszenie opublikowane w TED 23.09.2024 r. w Dz.U.U.E.: Nr publikacji ogłoszenia: 569603-2024, Numer wydania Dz.U. S: 185/2024.

Odwołujący: DATA EXPERTS Sp. z o.o. Warszawa wniósł 5 grudnia 2024 r. odwołanie dotyczące czynności badania i oceny ofert, w tym bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Computex Sp. z o.o. Sp. k, z siedzibą w Warszawie.

Interes: Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania z uwagi na to, że w wyniku bezpodstawnego odrzucenia jego oferty, został on pozbawiony udzielenia zamówienia, pomimo, że jego oferta jest zgodna z SWZ. W wyniku naruszeń, jakich dopuścił się Zamawiający, Odwołujący może więc ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie przepisów ustawy pzp:

1.art. 226 ust.1 pkt 5) przez bezpodstawne odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia;

2.art. 128 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci karty katalogowej serwera oraz certyfikatów ISO i deklaracji CE pomimo, że Zamawiający w Roz. IIIa pkt 4 SWZ przewidział uzupełnienie ww. dokumentów;

3.art. 223 ust. 1 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1/ unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. k., w Warszawie i odrzucenia oferty Odwołującego;

2/ dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

3/ wezwania Odwołującego, na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, treści oferty oraz do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci karty katalogowej serwera, certyfikatu ISO i deklaracji CE

Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5) Ustawy pzp

Zgodnie z Roz. III SWZ w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi dostawa i instalacja serwerów:

1. Serwer Typ I – serwer RACK 2-procesorowy – sztuk 42 2. Serwer Typ II – serwer RACK 2-procesorowy – sztuk 4 wraz z wymaganymi licencjami oraz gwarancją i pakietami serwisowymi (wsparciem producenta).

Stosownie do Roz. III a SWZ:

Na potwierdzenie zgodności przedmiotu dostawy z wymaganiami SWZ, Wykonawca złoży wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

Dla Serwera Typ I – serwer RACK 2-procesorowy

-certyfikat potwierdzający wyprodukowanie zgodnie z normą ISO-9001 oraz ISO-14001. - deklaracja zgodności CE.

-karta katalogowa (specyfikacja techniczna) serwera potwierdzająca spełnianie wymagań określonych w OPZ

-karta katalogowa (specyfikacja techniczna) kontrolera dysków potwierdzająca spełnianie wymagań określonych w OPZ dla tego komponentu.

-karta katalogowa (specyfikacja techniczna) karty HBA FC potwierdzająca spełnianie wymagań określonych w OPZ dla tego komponentu.

Dla Serwera Typ II – serwer RACK 2-procesorowy

-certyfikat potwierdzający wyprodukowanie zgodnie z normą ISO-9001 oraz ISO-14001.

-deklaracja zgodności CE.

-karta katalogowa (specyfikacja techniczna) serwera potwierdzająca spełnianie wymagań określonych w OPZ

-karta katalogowa (specyfikacja techniczna) kontrolera dysków potwierdzająca spełnianie wymagań określonych w OPZ dla tego komponentu.

-karta katalogowa (specyfikacja techniczna) karty HBA FC potwierdzająca spełnianie wymagań określonych w OPZ dla tego komponentu.

2. Poza dokumentami wskazanymi w ust. 1 należy złożyć przedmiotowe środki dowodowe takie jak np. specyfikacje techniczne, karty katalogowe, potwierdzające spełnienie wymagań technicznych, zgodnie z wyszczególnieniem wskazanym w Formularzu produktowym – Załącznik nr 1.1 do SWZ

4. Jeżeli Wykonawca nie złoży w/w przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Stosownie do postanowień pkt 14 Rozdziału VIII SWZ Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą między innymi: formularza produktowego wg Załącznika nr 1.1 do SWZ – stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu oraz formularza cenowego wg Załącznika nr 1.2 do SWZ – stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu, a także przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdz. III a SWZ

Do upływu terminu składania ofert złożonych zostało 6 ofert przez Wykonawców:

1.BEZPIECZNE.IT Sp. z o.o., Warszawa, cena 5 210 280,00 PLN;

2.Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., Warszawa, cena 6 221 868,22 PLN;

3.MAXTO ITS Sp. z o.o., Modlniczka, cena 5 806 830,00 PLN;

4.Lider: DECSOFT S.A., Warszawa i smartCOM Przemysław Purgał Kraków,

cena 5 420 610,00 PLN;

5.Computex Sp. z o.o. Sp. k., Warszawa, cena 5 400 930,00 PLN;

6.DATA EXPERTS Sp. z o.o., Warszawa, cena 5 372 886,00 PLN.

25.11.2024r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp złożonej przez niego oferty, jako uzasadnienie faktyczne podając:

„Nieprawidłowo wypełniście Państwo Formularz produktowy – Załącznik nr 1.1 do SWZ.

W Państwa ofercie: dla Serwera Typ I – serwer RACK 2-procesorowy dla Serwera Typ II – serwer RACK 2-procesorowy

1.Brak możliwości zweryfikowania specyfikacji serwera w oparciu o załączona „kartę katalogową” - Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentów, gdyż oferta podlega odrzuceniu.

2.Brak załączonej dokumentacji dot. certyfikatów ISO, CE - Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentów, gdyż

oferta podlega odrzuceniu.

3. Dla Serwera Typ I – serwer RACK 2-procesorowy – nie został wypełniony pkt 19 dot. Serwis producenta, a dla Serwera Typ II – serwer RACK 2-procesorowy nie został wypełniony pkt 20 dot. Serwis producenta.

Zamawiający w Formularzu produktowym – Załącznik nr 1.1 do SWZ wprowadził zapis, cyt. „1. Wypełnić wszystkie pola w nawiasach ostrokątnych np. „Serwer posiada obudowę typu

RACK o wysokości 1U...”

2. Skreślić niepotrzebne w miejscach oznaczonych gwiazdką „\*” np. „Serwer posiada obudowę typu RACK o wysokości 1U i będzie/nie będzie\*...”

3. W przypadku nie uzupełnionej lub nie skreślonej chociaż jednej pozycji oferta będzie podlegała odrzuceniu”

W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu”.

Zamawiający dopuścił się bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na poniższą argumentację.

Zgodnie z treścią instrukcji zamieszczonej w Formularzu Produktowym, który stanowi załącznik nr 1.1. do SWZ, Zamawiający jasno skonkretyzował swoje oczekiwania, co do sposobu wypełnienia przedmiotowego załącznika, wymagając między innymi:

1. Wypełnić wszystkie pola w nawiasach ostrokątnych np. „Serwer posiada obudowę typu RACK o wysokości 1U...”

Ostatnia kolumna tabeli zawartej formularzu stanowiącym załącznik 1.1 do SWZ była zatytułowana:

Potwierdzenie spełnienia parametrów technicznych oferowanego urządzenia.

Kolumna ta nie wskazywała na konieczność wypełnienia któregośkolwiek wiersza tabeli lecz zawierała informację w jaki sposób Zamawiający dokona oceny spełniania postawionych w tabeli wymagań. Dla poszczególnych pozycji kolumna ta zawierała konkretne dokumenty, które Zamawiający uznawał jako potwierdzenie spełnienia wymogów.

W każdej pozycji formularza przestrzeń do wypełnienia nie została umiejscowiona w kolumnie 4 lecz w kolumnie 3 zwanej: parametry techniczne serwera. A dodatkowo miejsca, które należało wypełnić były wyróżnione ostrokątnymi nawiasami.

Dla przykładu Odwołujący zamieszcza fragment Formularza Produktowego, który obrazuje w jaki sposób Zamawiający wyróżnił fragmenty, w których wymagał zastosowania się do swojej instrukcji:

1.	Obudowa	Serwer posiada obudowę typu RACK o wysokości <ilość> U i będzie/nie będzie* dostarczony wraz z kompletem szyn umożliwiających montaż w standardowej szafie RACK, z funkcjonalnością wysuwania serwera do celów serwisowych oraz ramieniem do zarządzania przewodami.	Karta katalogowa, specyfikacja techniczna, instrukcje lub inne dokumenty techniczne producenta oferowanego urządzenia.
----	---------	--	--

W odniesieniu do pkt 19 dotyczącego Serwera Typ I oraz pkt 20 dotyczącego Serwera Typ II, Zamawiający nie zastosował pól w nawiasach ostrokątnych, co oznaczało, iż nie wymagał wpisania w tych pozycjach jakichkolwiek informacji, mianowicie:

w zakresie Serwera Typ I – serwer RACK 2-procesorowy

19.	Serwis producenta	Dokładny adres strony producenta oferowanego serwera z informacją o numerze infolinii do obsługi zgłoszeń awarii oraz wsparcia technicznego. Dokładny adres strony producenta oferowanego serwera do sprawdzenia statusu gwarancji i wsparcia oraz statusu zgłoszeń serwisowych i napraw.	
-----	-------------------	--	--

w zakresie Serwera Typ II – serwer RACK 2-procesorowy

20.	Serwis producenta	Dokładny adres strony producenta oferowanego serwera z informacją o numerze infolinii do obsługi zgłoszeń awarii oraz wsparcia technicznego. Dokładny adres strony producenta oferowanego serwera do sprawdzenia statusu gwarancji i wsparcia oraz statusu zgłoszeń serwisowych i napraw.	
-----	-------------------	--	--

Gdyby Zamawiający opisał te fragmenty Formularza Produktowego w następujący sposób:

19.	Serwis producenta	Dokładny adres strony producenta oferowanego serwera z informacją o numerze infolinii do obsługi zgłoszeń awarii oraz wsparcia technicznego <b>&lt;wskazać adres strony&gt;</b> Dokładny adres strony producenta oferowanego serwera do sprawdzenia statusu gwarancji i wsparcia oraz statusu zgłoszeń serwisowych i napraw <b>&lt;wskazać adres strony&gt;</b>	
-----	-------------------	---	--

w zakresie **Serwera Typ II – serwer RACK 2-procesorowy**

20.	Serwis producenta	Dokładny adres strony producenta oferowanego serwera z informacją o numerze infolinii do obsługi zgłoszeń awarii oraz wsparcia technicznego <b>&lt;wskazać adres strony&gt;</b> Dokładny adres strony producenta oferowanego serwera do sprawdzenia statusu gwarancji i wsparcia oraz statusu zgłoszeń serwisowych i napraw <b>&lt;wskazać adres strony&gt;</b>	
-----	-------------------	---	--

nie byłoby żadnych wątpliwości, co do konieczności wskazania powyższych informacji.

Brak zastosowania nawiasów ostrokątnych przy powyższych informacjach, implikuje brak konieczności wskazania adresu strony.

Wprawdzie Zamawiający pozostawił puste miejsce w kolumnie 4 dla pozycji 19 i 20 jednak nie można było na etapie składania ofert wydedukować, że miało to oznaczać konieczność podania strony internetowej. W ocenie Odwołującego i zgodnie z wytycznymi cytowanymi wyżej zawartymi w SWZ należało wyłącznie przyjąć, że Zamawiający nie wypełnił kolumny 4 z uwagi na to, że nie oczekiwał żadnego dokumentu na potwierdzenie tych wymagań, w odróżnieniu od innych pozycji. Innymi słowy w ocenie Odwołującego kolumna 4 była miejscem na informacje Zamawiającego, nie zaś miejscem na informacje od wykonawcy.

Jasno bowiem wynikało z instrukcji, że wypełnić należy wyłącznie miejsca w nawiasach typu < >

Zamawiający więc niezasadnie odrzucił ofertę kierując się nadmiernym formalizmem pomimo, że formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie. Jako przejaw formalizmu należy przyjąć żądanie wypełnienia pozycji formularza, dla których instrukcja w SWZ nie przewidywała wypełnienia jedynie na tej podstawie, że Zamawiający pozostawił puste miejsce.

Odrzucenie oferty z powodu braku wskazania adresu strony, pomimo jednoznacznego braku zaistnienia takiego obowiązku, stanowi więc z całą pewnością przejaw nadmiernego rygoryzmu Zamawiającego.

Powyższe znajduje swoje uzasadnienie w orzecznictwie, w szczególności w KIO 1799/19 z, który mówi „Brak wskazania roku w treści formularza ofertowego, w tej konkretnej sytuacji, pozostawał bez jakiegokolwiek znaczenia dla możliwości oceny oferty Przystępującego w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert i jej zgodności z treścią SIWZ. Przeciwnie podejście prowadziłoby do niczym nieuzasadnionego formalizmu i eliminacji z postępowania ofert

spełniających wymagania zamawiającego i odpowiadających SIWZ.”

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań Zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

Nawet jednak gdyby uznać, że sposób wypełnienia załącznika 1.1. mógł budzić wątpliwości to Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla Wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na swoje zaniechania. Jeżeli Zamawiający nie dochował należytej staranności przy sporządzaniu SWZ, nie może obarczać jakkolwiek winą Wykonawcy, który w wyniku własnej interpretacji zapisów, sporządził ofertę niezgodną z niewyrażonymi intencjami Zamawiającego. Ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez Zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację Wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Podkreśliła to Izba w wyroku KIO 2493/14: „wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SIWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a więc przede wszystkim nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty, czy wykluczenia wykonawcy z postępowania.”

Na gruncie ustawy Pzp funkcjonuje utrwalona i powszechnie aprobowana reguła interpretacji na korzyść Wykonawcy, co jest potwierdzone w orzecznictwie KIO, jak i SN.

KIO w uchwale KIO/KD 38/17 z 3 sierpnia 2017 r., wskazała, że: „wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ Zamawiający musi rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Zostało to w celnie wskazane w wyroku KIO 660/15 (str. 33) »Należy wskazać, że obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, [...]«. Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego”.

Takie uzasadnienie potwierdza również SN, który w wyroku z 4 lipca 2019 r., IV CSK 363/18, wskazał: „to na zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację (osobiście lub za pomocą osób trzecich). Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego – jako autora tej dokumentacji”.

W przedmiotowym postępowaniu Formularz Produktowy obciążony jest „mankamentami”, w postaci niejednoznacznych postanowień, co do zakresu niezbędnych do podania przez Wykonawcę informacji, które powinny zostać usunięte w procesie interpretacji.

## Zarzut 2

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych wyjaśniając, że nie był do tego zobowiązany z uwagi na inną podstawę odrzucenia oferty, którą zastosował. W ocenie Odwołującego Zamawiający stosując przepis sankcyjny, dotyczący niezgodności treści oferty z treścią SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) musi najpierw dokonać weryfikacji pełnej treści oferty, do której w tym wypadku referowały również przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający zobowiązany był więc zastosować art. 128 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i powinien był tą czynność wykonać przed ewentualnym odrzuceniem, aby mieć pewność, że oferta jest niezgodna z treścią SWZ.

Zamawiający dokonując rozstrzygnięcia opartego na kwalifikacji niezgodności treści oferty z treścią SWZ nie dokonał pełnego badania treści tej oferty. Zamawiający przedwcześnie uznał, iż owa niezgodność istnieje. Zamawiający nie był zwolniony z obowiązku, jaki przewiduje art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten ma charakter obligatoryjny (zamawiający wzywa a nie może wezwać).

Stosownie do art. 107 ust. 3 Pzp przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy

potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Z ww. przepisu wynika, że odstępienie od wezwania jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta i tak podlegała by odrzuceniu. Należy więc uznać, że mowa o sytuacji, w której istnieją inne podstawy odrzucenia, aniżeli te związane z treścią oferty, np. cena oferty jest rażąco niska lub oferta jest niezgodna z ustawą. Wówczas Zamawiający nie byłby zobowiązany na mocy art. 107 ust. 3 ustawy Pzp do wezwania wykonawcy.

Zamawiający zaś, jak się wydaje, zastosował ww. przepis nie mając do tego podstaw.

Jeśli odrzucenie dotyczy treści oferty to należy uznać, że Zamawiający musi dokonać pełnej i kompletnej weryfikacji oferty, a więc również wszelkich oświadczeń i przedmiotowych środków dowodowych określających tą treść. Zamawiający jest bowiem zobowiązany wyczerpać wszelkie ustawowe narzędzia, jakie ustawodawca przewidział w celu badania oferty a dopiero po ich zastosowaniu powinien dokonać kompleksowej oceny oferty i zdecydować czy istnieją podstawy jej odrzucenia.

Zarzut 3 – dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając podniesiony zarzut Odwołujący wskazuje, że w przypadku, gdy jakkolwiek zapis w Formularzu Produktowym budził wątpliwości Zamawiającego, powinien on wezwać Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Takie wyjaśnienia mogą prowadzić do doprecyzowania okoliczności wynikających z treści oferty.

Powyższe potwierdza KIO 2231/24. W przedmiotowej sprawie pierwotnie wykonawca podał wymagane przez Zamawiającego informacje mające wpływ na ocenę kryterium tj. nazwę zadania oraz to, że ilość kondygnacji budynku oraz kubatura przekracza wymogi Zamawiającego. Wskazał zgodnie z wymogiem zamawiającego odpowiednio "powyżej 2 naziemnych" i "nie mniejsza niż 5000 m<sup>3</sup>". Izba wskazała, że nawet gdyby przyjąć, że zamawiający oczekiwał podania dokładnych wartości w kolumnach dotyczących ilości kondygnacji oraz kubatury budynków, to błąd taki byłby wyłącznie błędem formalnym. Uzyskanie od wykonawcy informacji o charakterze doprecyzowującym, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie spowodowało: zamiany wskazanych przez wykonawcę inwestycji, zmiany personaliów osoby posiadającej doświadczenie, uzyskania informacji sprzecznych z wcześniej wskazanymi deklaracjami.

Innymi słowy uszczegółowienie informacji w podanych wcześniej wraz z ofertą nie zmieniło zakresu posiadanego doświadczenia ani nie uzupełniono informacji, do podania których wykonawca był zobowiązany w określony w treści SWZ sposób. Nawet jeżeli pierwotnie zamawiający nie wskazał też adresu podmiotu, na rzecz którego zostały wykonane roboty budowlane, to nie miało to znaczenia dla oceny kryterium. Uszczegółowienia nie prowadziły zatem w żaden sposób do zmiany oferty w sensie merytorycznym, czy też negocjacji treści oferty. Informacje niepowodujące merytorycznej zmiany treści oferty, a być może nieuszczegółowione przez wykonawcę zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego, automatycznie nie spowodowały braku możliwości przyznanie wykonawcy dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert. W ocenie Izby, brak było przeciwwskazań, aby zamawiający wezwał do wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wyjaśnił nieścisłość oraz podjął stosowne czynności związane z prawidłową oceną punktową oferty w ramach ww. kryterium".

Nie było więc przeszkód, aby Zamawiający wystosował zapytanie do Wykonawcy o wskazanie adresu strony producenta oferowanych serwerów, tj. New H3C Technologies Co., Ltd. (New H3C Group) Model: H3C UniServer R4700 G6 Symbc (part number): 0235A4FY z informacją o numerze infolinii do obsługi zgłoszeń awarii oraz wsparcia technicznego oraz adresu strony producenta oferowanych serwerów tj. New H3C Technologies Co., Ltd. (New H3C Group) Model: H3C UniServer R4700 G6 Symbol (part number): 0235A4FY do sprawdzenia statusu gwarancji i wsparcia oraz statusu zgłoszeń serwisowych i napraw.

Skoro orzecznictwo dopuszcza możliwość wezwania do złożenia wyjaśnień doprecyzowujących złożone pierwotnie oświadczenia, z zastrzeżeniem iż niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty jak również dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, to należy uznać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy Pzp była nie uzasadniona, a co najmniej przedwczesna, mając na względzie rodzaj informacji, których brakowało w Formularzu Produktowym oraz definicję treści oferty, która została poruszona przy argumentacji do zarzutu 1. Jedynym ograniczeniem zakresu wyjaśnień jest skutek w postaci zmiany treści oferty, co w przedmiotowej sprawie nie miałyby miejsca.

Podanie informacji o stronach serwisowych nie prowadziłyby do zmiany przedmiotu zaoferowanego w postępowaniu

możliwość wezwania jak najbardziej istniała, lecz Zamawiający z niej nie skorzystał obciążając konsekwencjami swojego działania (jako autora SWZ) wykonawcę.

Zamawiający nie składał odpowiedzi na odwołanie, na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawca Computex Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Warszawie wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że kwestionowane odwołaniem czynności Zamawiającego w w odniesieniu do oferty Odwołującego zostały dokonane bez naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów odwołania w kolejności zawartej w uzasadnieniu:

Zarzut 1. Naruszenie art. 226 ust.1 pkt 5) Ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenia oferty

Odwołującego, pomimo że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia

Załącznik nr 1 .1 do SWZ – Formularz produktowy jako treść oferty

Zgodnie z SWZ – Rozdział VIII – Opis sposobu przygotowania oferty

treść oferty wykonawcy w szczególności stanowi wypełniony załącznik nr 1.1 do SWZ:

Dokument zawiera identyfikację oferowanego asortymentu jak również dane treści oferty, oferowanego asortymentu oraz jego cech i właściwości. Charakter dokumentu jako treści oferty sensu stricte wynika zarówno bezpośrednio z samej SWZ jak i zawartości formularza.

Powyższy charakter Załącznika nr 1.1. jako treści oferty implikuje konsekwencje takie jak wynikający z art. 223 ust 1 Pzp zakaz zmiany treści oferty, jak również brak trybu uzupełniania treści oferty w jakimkolwiek z trybów przewidzianych przez Pzp – w szczególności brak jest możliwości uzupełniania treści oferty w trybie art. 128 ust 1 Pzp jak i 107 ust 2 Pzp. Z kolei wyjaśnienia treści oferty o których mowa w art. 223 ust 1 Pzp mogą dotyczyć wyłącznie istniejącej treści nie zaś tego czego w ofercie brakuje.

2. Wymaganie SWZ dotyczące identyfikacji w treści oferty strony internetowej producenta sprzętu.

Zgodnie z OPZ – Rozdział III Warunki gwarancji i pakietów serwisowych (wsparcie producenta) dla serwerów Zamawiający w szczególności wymagał (pkt 4 lit h):

h) możliwość sprawdzenia statusu gwarancji i wsparcia oraz statusu zgłoszeń serwisowych i napraw poprzez portal internetowy producenta sprzętu,

W konsekwencji zgodnie z Załącznikiem 1.1. do SWZ Zamawiający wymagał podania w treści oferty danych opisanych w pkt 19 oraz 20 stosownie do typu serwera.

Odwołujący pozostawił w złożonym przez siebie Formularzu produktowym w przypadku obydwu serwerów niewypełnioną rubrykę i nie wskazał wymaganych przez Zamawiającego danych.

Odwołujący usiłuje wykazać, że brak było konieczności identyfikacji dokładnego adresu strony internetowej producenta oferowanych serwerów w celu sprawdzenia statusu gwarancji i wsparcia oraz statusu zgłoszeń serwisowych i napraw.

W ocenie Przystępującego treść wymagania jest klarowna – Zamawiający wymaga podania w treści oferty dokładnego adresu strony internetowej o której mowa powyżej.

Jednoznacznie zrozumiały charakter wymogu potwierdza fakt, że jedynie Odwołujący pozostawił rubryki puste nie identyfikując w ofercie wymaganej strony internetowej.

Jak wynika z analizy złożonych w postępowaniu ofert w odniesieniu do niewypełnionej przez Odwołującego pozycji Formularza produktowego dla Serwera Typ I i Serwera Typ II

treść wymogu SWZ była zrozumiała i klarowna a Odwołujący wyłącznie w związku z pominięciem w ofercie i niepodaniem wymaganych danych usiłuje wykazać na aktualnym etapie postępowania, że rzekomo wymaganie nie było zrozumiałe czy też jednoznaczne.

Podkreślenia wymaga również, że mamy do czynienia z wykonawcą jako podmiotem profesjonalnym wobec którego obowiązują podwyższone mierniki oceny staranności.

Jeśli Odwołujący miał wątpliwości odnośnie sposobu spełnienia wymogu SWZ i wypełnienia tabeli winien był na właściwym etapie postępowania – przed złożeniem ofert zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia w tym zakresie, czego jednak nie uczynił.

Argumentacja Odwołującego powstała wyłącznie na użytek procesowy w celu wykazania rzekomych wątpliwości co do sposobu wypełnienia Formularza produktowego, tymczasem wymóg jest tak jednoznaczny że wątpliwości co do zarówno danych jak i miejsca w Formularzu w którym należało zidentyfikować stronę producenta, faktycznie być nie mogło.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej wymogów dotyczących opisu sposobu wypełnienia Formularza należy podkreślić, że wymóg na który wskazuje Odwołujący odnosi się wyłącznie do tych miejsc w treści Formularza które zostały oznaczone jako nawiasy bądź gwiazdki.

Zgodnie z legendą:

1.Wypełnić wszystkie pola w nawiasach ostrokątnych np. „Serwer posiada obudowę typu RACK o wysokości 1U...”

2.Skreślić niepotrzebne w miejscach oznaczonych gwiazdką „\*” np. „Serwer posiada obudowę typu RACK o wysokości 1U i będzie/nie będzie\*...”

Zatem opis sposobu wypełnienia formularza dotyczy wyłącznie tych dwóch sytuacji (miejsc oznaczonych nawiasami ostrokątnymi oraz gwiazdką

Odwołujący celowo pomija trzeci punkt instrukcji wypełnienia Formularza produktowego który dotyczy w szczególności innych miejsc (nieoznaczonych nawiasami i gwiazdkami) :

3.W przypadku nie uzupełnionej lub nie skreślonej chociaż jednej pozycji oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku Odwołującego pomimo wymogu zawartego w formularzu Załącznika 1.1. Odwołujący wypełniając Formularz nie określił wymaganego dokładnego adresu strony producenta zawierającej wymagane dane.

Odwołujący twierdzi w uzasadnieniu odwołania, że:

Kierując się argumentacją Odwołującego nie musiałby w Formularzu identyfikować oferowanych urządzeń bowiem Załącznik w tym zakresie także nie zawiera ani nawiasów kwadratowych ani gwiazdek:

Sam Formularz i jego treść i wymagane dane są proste i oczywiste, nie było konieczności stosowania w tym zakresie zabiegów interpretacyjnych, a gdyby jednak takie faktycznie miały się pojawić u Odwołującego, to winien je zgłosić Zamawiającemu na właściwym etapie postępowania - a nie po otwarciu ofert.

Nawet gdyby teoretycznie były wątpliwości co do sposobu wypełnienia tabeli to z pewnością wykonawca mający wątpliwość gdzie adres podać, podałby adres w którejkolwiek kolumnie a tymczasem mając wątpliwość gdzie podać wykonawca nie podał ich w ogóle.

Należy także dodatkowo wskazać, że zgodnie z SWZ Zamawiający wymagał podawania konkretnych danych oferowanych świadczeń w ostatniej kolumnie tabeli Załącznika 1:

W przypadku poz. 19 i 20 kolumna ta była kolumną pustą bowiem obowiązkiem wykonawców była identyfikacja w tym właśnie miejscu strony internetowej producenta o której mowa w kolumnie Parametry techniczne serwera.

W pozostałych pozycjach Formularza kolumna „Potwierdzenie spełnienia parametrów” zawierała odniesienia do przedmiotowych środków dowodowych jakie miały być złożone wraz z ofertą (w przypadku pozostałych pozycji należało w kolumnie „Parametry techniczne” podać wymagane dane w nawiasach i poprzez skreślenia pól z gwiazdkami) .

Wyłącznie w przypadku poz. 19 i 20 obowiązkiem wykonawców było podanie dokładnego adresu wymaganej strony internetowej producenta.

Odwołujący faktycznie stawia na aktualnym etapie postępowania zastrzeżenia co do treści Formularza SWZ:

Powyższe uznać należy za całkowicie spóźnione i bezskuteczne.

W konsekwencji zasadną jest czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp – zgodnie z uzasadnieniem faktycznym czynności odrzucenia oferty przez Zamawiającego:

3. Dla Serwera Typ I – serwer RACK 2-procesorowy – nie został wypełniony pkt 19 dot. Serwis producenta, a dla

Serwera Typ II – serwer RACK 2-procesorowy nie został wypełniony pkt 20 dot. Serwis producenta.

Zarzut 2.

Naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci karty katalogowej serwera oraz certyfikatów ISO i deklaracji CE pomimo, że Zamawiający w Roz. IIIa pkt 4 SWZ przewidział uzupełnienie ww. dokumentów;

W konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia zgodnie z brzmieniem Art. 107 Pzp:

1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania

Oferta Odwołującego została odrzucona w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp a w konsekwencji Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia PSD co jest wprost zgodne z powołanym przepisem. Powołany przez Odwołującego tryb art. 128 ust 1 Pzp nie odnosi się do przedmiotowych środków dowodowych – te ostatnie mają własny tryb uzupełniania przewidziany w art. 107 Pzp i brak jest podstaw dla stosowania w przypadku gdy mamy do czynienia z dedykowaną procedurą Pzp innego trybu do uzupełniania dokumentów których ta właśnie procedura dotyczy.

Zarzut 3. Dot. art. 223 ust. 1 Ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty

Odwołujący domaga się zastosowania trybu art. 223 ust 1 Pzp służącego do udzielania wyjaśnień treści oferty do obejścia bezwzględnego zakazu wynikającego z tego samego przepisu ustawy Pzp uzupełniania treści oferty.

**Krajowa Izba Odwoławcza** ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień złożona przez zamawiającego, stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut 1. Naruszenie art. 226 ust.1 pkt 5) Ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenia oferty

Odwołującego, pomimo że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia

W świetle postanowień SWZ cytowanych także przez wszystkich uczestników postępowania odwoławczego należy potwierdzić, że zgodnie z załącznikiem nr 1.1 do SWZ – Formularz produktowy stanowi stricte treść oferty. W rozdziale VIII SWZ wskazano wprost, że treść oferty wykonawcy w szczególności stanowi wypełniony załącznik nr 1.1 do SWZ:

Powyższy charakter treści wypełnionego formularza oznacza, że nie podlega on zmianom, uzupełnieniom ani negocjacjom stosownie do wymogu art. 223 ust. 1 ustawy pzp.

Wymóg wskazania w treści oferty strony internetowej producenta sprzętu wskazano dla obu typów serwera odpowiednio w poz. 20 oraz. 19.

W ofercie odwołującego, w treści formularza produktowego pozostawiono niewypełnioną rubrykę dotyczącą identyfikacji dokładnego adresu strony internetowej producenta oferowanych serwerów w celu sprawdzenia statusu gwarancji i wparcia oraz statusu zgłoszeń serwisowych i napraw.

Można zauważyć, że wśród złożonych ofert jedynie Odwołujący pozostawił rubryki puste nie identyfikując w ofercie wymaganej strony internetowej.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego jakoby wypełnieniu podlegały jedynie pola formularza, w których pozostawiono miejsca oznaczone nawiasami ostrokątnymi lub gwiazdkami.

Zgodnie z legendą otwierającą formularz:

1. Wypełnić wszystkie pola w nawiasach ostrokątnych np. „Serwer posiada obudowę typu RACK o wysokości 1U...”

2. Skreślić niepotrzebne w miejscach oznaczonych gwiazdką „\*” np. „Serwer posiada obudowę typu RACK o wysokości 1U i będzie/nie będzie\*...”

3. W przypadku nie uzupełnionej lub nie skreślonej chociaż jednej pozycji oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Z wyvodu odwołania wynika, że zastosowanie przy wypełnianiu formularza mają postanowienia wyżej wskazane w pkt 1 oraz 2.

Jednakże nie było podstaw do pominięcia postanowienia z punktu 3, tj. wymogu wypełnienia (nie uzupełnienia lub nie skreślenia). Wobec braku wypełnienia zgodnie z wymogiem punktu 3, oferta została odrzucona stosownie do zastrzeżenia tego skutku w odniesieniu do obowiązku w zakresie wymaganej treści oferty.

W konsekwencji zasadną jest czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp – zgodnie z uzasadnieniem faktycznym czynności odrzucenia oferty przez Zamawiającego.

W konsekwencji odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia należy zauważyć, że zgodnie z brzmieniem Art. 107 Pzp:

„1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”

Oferta Odwołującego została odrzucona w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp a w konsekwencji Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia środków dowodowych, co jest zgodne z przepisem. Powołany przez Odwołującego tryb art. 128 ust 1 Pzp nie odnosi się do przedmiotowych środków dowodowych – te ostatnie mają własny tryb uzupełniania przewidziany w art. 107 Pzp i brak jest podstaw dla stosowania w przypadku gdy mamy do czynienia z dedykowaną procedurą Pzp innego trybu do uzupełniania dokumentów których ta właśnie procedura dotyczy.

Odwołujący zażądał zastosowania trybu art. 223 ust 1 Pzp służącego do udzielania wyjaśnień treści oferty. Należy stwierdzić, że tryb wyjaśnień nie zastępuje uzupełnienia w przypadku gdy jest ono niedozwolone i nie może stanowić obejścia zakazu uzupełnienia treści oferty jak w przedmiotowej sprawie. Oferta co do jej istotnych elementów musi być skonkretyzowana w dacie jej składania i nie można później dowolnie modyfikować jej treści.

W związku z powyższym skład orzekający stoi na stanowisku, że dokonana przez zamawiającego czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz zaniechanie żądania wyjaśnień od wykonawcy oraz składania środków dowodowych nie naruszyły wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: .....