

WYROK

z dnia 22 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **21 listopada 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **6 listopada 2023 r.**

przez wykonawcę **IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup, dostawa i wdrożenie rozwiązań sprzętowo-programowych typu next generation firewall, a także udzielenie gwarancji jakości i wsparcia technicznego na oferowane rozwiązanie* (BDG-5.2510.22.2023.KP)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Ministerstwo Infrastruktury z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **TRECOM S.A. sp.k z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Ministerstwo Infrastruktury z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup, dostawa i wdrożenie rozwiązań sprzętowo-programowych typu next generation firewall, a także udzielenie gwarancji jakości i wsparcia technicznego na oferowane rozwiązanie* (BDG-5.2510.22.2023.KP).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 4 października 2023 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_191 pod poz. 596659.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

27 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o unieważnieniu powyższego postępowania z uwagi na odrzucenie obu złożonych w nim ofert.

6 listopada 2023 r. IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „ITSF” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 7 pkt 29 – przez bezpodstawne stwierdzenie, że zaofertowane urządzenie FortiGate-601F nie jest wyposażone w co najmniej: 2 porty dla celów połączenia urządzeń w HA: w tym co najmniej 1 port 1G/10G SFP/SFP+ lub szybszy {tiret 4}, ponad 8 portów Ethernet SFP+ (akceptujących moduły 10GE SFP+ oraz 1GE SFP) {tiret 3}, pomimo że: 1) załącznik nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, rozdział II – Wymagania sprzętowe, Tabela 2 – Urządzenie typu next generation firewall typ 2 – 2 szt., ppkt 3 – Wyposażenie, Opis minimalnych wymagań technicznych w tiret 4 {dalej również: „OPZ”} wymagał klastra HA i dopuszczał użycie 1G SFP lub 10G SFP+ lub szybszego; 2) OPZ nie wymagał, by do działania klastra HA używać 1G SFP i 10G SFP lub szybszego; 3) zaofertowane urządzenie spełnia wymóg z tiret 4, a do spełnienia tego wymogu nie używa portów wykorzystanych w celu spełnienia wymogów tiret 3, czyli spełnia wymogi z tiret 3 i 4 przy pomocy różnych, a nie tych samych portów; 4) (zatem) porty przeznaczone dla spełniania wymogów z tiret 3 nie wyczerpały puli posiadanych w urządzeniu portów 1G SFP, które są będą wykorzystane dla spełniania wymogów z tiret 4; 5) (w rezultacie) dodatkowe porty 1G SFP w urządzeniu Fortinet są wykorzystywane dla spełniania wymogów z tiret 4 (klastry HA); 6) dla poprawnego działania klastra HA nie są konieczne porty 10G SFP+, w sytuacji gdy oferowane urządzenie

wyposażone jest w porty 1G SFP.

2.Art. 223 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania ITSF do wyjaśnień treści oferty, tj. oferowanego urządzenia FortiGate-601F: 1) czy i jak realizuje ono wymogi załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, rozdział II – Wymagania sprzętowe, Tabela 2 – Urządzenie typu next generation firewall typ 2 – 2 szt., ppkt 3 – Wyposażenie, Opis minimalnych wymagań technicznych, tiret 3 i 4 – w brzmieniu wprowadzonym wyjaśnieniami Zamawiającego z 16.10.2023 r.: *Urządzenie musi być wyposażone w co najmniej: - 8 portów Ethernet SFP+ (akceptujących moduły 10GE SFP+ oraz 1GE SFP)* [tiret 3] - 2 porty dla celów połączenia urządzeń w HA: w tym co najmniej 1 port 1G/10G SFP/SFP+ lub szybszy. Porty te muszą być traktowane jako dodatkowe względem wymaganych powyżej. Nie dopuszcza się liczenia jako HA, portów wymaganych wcześniej [tiret 4]; 2) jak są wykonywane połączenia HA z wykorzystaniem portów SFP/SFP+ lub szybszych [zarzut ewentualny w stosunku do poprzedniego].

3.Art. 255 pkt 2 – przez bezpodstawne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy oferta ITSF nie powinna zostać odrzucona.

4.Art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 – przez zaniechanie wezwania ITSF do złożenia podmiotowych środków dowodowych i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co oznacza przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty oraz nieproporcjonalny.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia zaskarżonych czynności z 27 października 2023 r.

2.Ponownej oceny ofert.

3.Wezwania ITSF do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

4.Wyboru oferty ITSF.

5.Wezwania ITSF do wyjaśnień, o których mowa w zarzucie nr 2 [żądanie ewentualne w stosunku do pkt 3.-4.].

W ramach uzasadnienia zarzut nr 1 został dodatkowo sprecyzowany przez powołanie się na następujące okoliczności.

Inaczej będą używane porty (interfejsy) urządzenia, o których mowa w tiret 3 (wymiana danych produkcyjnych) i tiret 4 (połączenie HA).

Skrót „HA” (od ang. „high availability”) oznacza „wysoką dostępność”. Przez porty skonfigurowane jako HA urządzenia firewall komunikują się tylko między sobą celem utworzenia klastra (połączenia), porty te nie są używane w celu przesyłania danych produkcyjnych.

Każdy producent wykorzystując swoje rozwiązania i algorytmy do połączenia urządzeń w klastrze, decyduje, jaka prędkość interfejsu (1G SFP czy 10G SFP+) jest wystarczająca do poprawnego działania klastra w pełnym zakresie funkcjonalnym. Działanie interfejsów wykorzystywanych do HA z prędkością 1Gbit SFP nie jest gorsze w stosunku do interfejsów działających z prędkością 10Gbit, gdyż prędkość działania narzuca algorytm stosowany przez producenta danego urządzenia.

Z porównania z poprzednim brzmieniem tiretu 4 [1 port dla celów połączenia urządzeń w HA: minimum 1x 10GE SFP+ (lub szybszy) oraz minimum 2x 1GE (SFP lub RJ45) (lub szybszy).], z którego wynikał wymóg wyposażenia w port HA o przepustowości 10 Gbit w standardzie SFP+, że Zamawiający po to dodał opcję „1G SFP”, aby dopuścić urządzenia dysponujące możliwością połączenia HA również w ten sposób.

Ukośnik „/” oznacza „lub” [zgodnie z: _zapis_sktotow_za_pomoca_ukosnika_np_aa_ad_acta_o_oddzial_k_kolo_ww_wyzej_wymieniony_ds_].

W przeciwieństwie do tiret 4, w tiret 3 Zamawiający użył „oraz”, co potwierdza, że nie można znaku „/” rozumieć jako „i”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 20 listopada 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości, w szczególności następująco ustosunkowując się do zarzutu nr 1.

Wymaganie z tiret 4 oznacza, że dla celów połączenia urządzeń w HA wymagane jest zapewnienie portu umożliwiającego obsługę przepustowości zarówno 1G (SFP), jak i 10G (SFP+) lub większej.

Oferta ITSF została odrzucona jako niezgodna z powyższym wymaganiem, gdyż zaoferowane urządzenie zapewnia na potrzeby HA jedynie przepustowość 1G (SFP).

Zastosowanie ukośnika „/” jako równoważnika dla spójnika „lub” jest tylko jednym z możliwych przykładów wykorzystywania tego znaku specjalnego w języku polskim (m.in.: oznaczanie następujących po sobie okresów, np. rok szkolny 2022/23, malarstwo XIX/XX w; zastępowanie wyrazu „na” w wartościach liczbowych, np. 10 g/l, 90 km/h; zapisywanie ułamków zwykłych, np. ¼ etatu, ¾ szklanki; oznaczanie adresów, np. Aleje Jerozolimskie 38/45/48 – rozdzielenie potrójnej numeracji budynku), ul. Szaserów 40/4 – oddzielenie numeru budynku i mieszkania); opisywania sygnatur akt i dokumentów, np. sygn. akt III RC 17/16, sygn. akt I Ns 106/17).

Nawet w treści wskazanej w odwołaniu przez wklejenie linku wypowiedzi wskazano jedynie, że „/” coraz częściej

występuje jako znak alternatywy, np. w dychotomicznych parach wyrazów: tak/nie, kobieta/mężczyzna, włączyć/wyłączyć, zastępując spójnik „lub”. Nie można jednak z tego zdania wysnuć tezy, że „/” oznacza wyłącznie i jednoznacznie „lub”.

Także w dziedzinie informatyki użycie ukośnika „/” ma określone znaczenie jak w tym przypadku, aby określić, że dany port zapewnia przepustowość zarówno 1G (SFP), jak i 10G (SFP+) – tak jak w dokumentacji technicznej oferowanego przez ITSF rozwiązania [dostępna pod adresem: oraz wklejone jej fragmenty do odwołania].

Ma znaczenia, że w tirecie 3 użyto spójnika „oraz”, a w tirecie 4 użyto ukośnika „/”, gdyż spójnik „oraz” i ukośnik „/” traktuje się w tym przypadku tożsamo, są one stosowane wymiennie.

Gdyby Zamawiający chciał dopuścić w tirecie 4 rozwiązanie obsługujące tylko 1G (SFP), nie pisałby w ogóle o 10G/SFP+, względnie pomiędzy portem 1G a 10G użyłby spójnika „lub”.

Głównym celem niniejszego postępowania jest wymiana obecnie posiadanych urządzeń, użytkowanych od około 10 lat, na nowe, które przewiduje się stosować przez podobny okres. Jest wiedzą powszechnie znaną, że postępujący rozwój technologiczny powoduje lawinowy przyrost danych, których przetworzenie będzie wymagało coraz większych zasobów, mocy obliczeniowych i przepustowości.

Nie jest rolą Odwołującego nieuprawnione kwestionowanie postawionych wymagań, co do których celowości nie ma wiedzy.

Fortinet posiada w swoim portfolio urządzenia wyższej klasy spełniające wymagania z tiretu 4, które są siłą rzeczy droższe, np. zaoferowane w niniejszym postępowaniu urządzenie Typ 1 – FortiGate-1001F.

Przystępujący w piśmie z 21 listopada 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania, argumentując w sposób zbieżny z Zamawiającym.

W szczególności zwrócił uwagę, że należy odnieść się do całości wymogu z tiretu , gdzie w pierwszym jest mowa o liczbie wymaganych portów dla celów połączenia urządzeń w HA, a następnie wskazuje się, że przynajmniej jeden z tych dwóch portów musi spełniać wymóg 1G/10G SFP/SFP+ (lub być szybszy). Skoro Zamawiający definiuje funkcjonalność tego portu w ten sposób, oznacza to, że ma on zapewniać co najmniej obie wprost wskazane przepustowości.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętymi zarzutami odwołania odrzuceniem jego oferty i unieważnieniem postępowania może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne są następujące fakty.

Po pierwsze, brzmienie załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, rozdział II. Wymagania sprzętowe, [tabela nr 2] Urządzenie typu next generation firewall typu 2 – 2 szt., Opis minimalnych wymagań technicznych dla pkt 3 Wyposażenie:

Urządzenie musi być wyposażone w co najmniej:

- 12 portów Ethernet RJ45 wspierających 100Mbps/1GE
- 2 porty Ethernet SFP (akceptujących moduły 1GE SFP)
- 8 portów Ethernet SFP+ (akceptujących moduły 10GE SFP+ oraz 1GE SFP)
- 2 porty dla celów połączenia urządzeń w HA: w tym co najmniej 1 port 1G/10G SFP/SFP+ lub szybszy. Porty te muszą być traktowane jako dodatkowe względem wymaganych powyżej. Nie dopuszcza się liczenia jako HA, portów wymaganych wcześniej
- zasób dyskowy (inny niż obrotowy HDD) minimum 200 GB na potrzeby systemu operacyjnego i logów. W przypadku procedury wymiany serwisowej urządzenia (tzw. RMA) Zamawiający wymaga, aby zasób dyskowy został wymontowany z urządzenia i pozostał w jego siedzibie w celu bezpiecznej utylizacji.

Po drugie, opis portów FortiGate-601F zaoferowanego przez ITSF jako next generation firewall typu 2, wynikający z uzasadnienia odwołania [pkt 22.-23. na str. 7.-8] w jęz. angielskim (z tłumaczeniem na jęz. polski), z przyporządkowaniem ich do poszczególnych powyżej zacytowanych tiret opisu przedmiotu zamówienia:

- 16 x GE RJ45 Slots 4 (16 x GE RJ45) – tiret 1
- 8 x GE SFP Slots 5 (8 x GE SFP) 8 – tiret 2 (2 porty), tiret 4 (2 porty)
- 4 x 10GE/GE SFP+/SFP Slots (4 x 10GE/GE SFP+/SFP) – tiret 3
- 4 x 25GE/10GE SFP28/SFP+ Ultra Low Latency Slots (4 x 25GE/10GE SFP28/SFP+ o ultra niskim opóźnieniu) – tiret 3.

Po trzecie, Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący zgodnie potwierdzili na rozprawie, że biorąc pisemne stanowiska wyrażone w sprawie, istotą sporu jest interpretacja powyżej przytoczonego wymogu z tiret 4 pkt 3 tabeli nr 2 z rozdziału II załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, tj. czy 2 porty dla celów połączenia urządzeń HA: w tym co najmniej 1 port 1G/10G SFP/SFP+ lub szybszy oznacza, że ten ostatni port ma mieć przepustowość co najmniej 1G, a tym samym być interfejsem w standardzie SFP, czy też ten port ma również obsługiwać przepustowość 10G w standardzie interfejsu SFP+ (przy czym ewentualnie może mieć też jeszcze większą przepustowość, co nie było sporne).

Po czwarte, zaoferowany przez ITSF firewall FortiGate-601F producenta Fortinet realizuje połączenie HA za pomocą portów o przepustowości 1G (SFP), które nie obsługują przepustowości 10G (SFP+).

Po piąte, poza wszelkim sporem jest fakt, że znak „/” (ukośnik) nie jest w jęz. polskim ani spójnikiem, ani znakiem interpunkcyjnym i może pełnić rozmaite funkcje (jak to wskazano w odpowiedzi na odwołanie i w piśmie procesowym Odwołującego z 21 listopada 2023 r.). W konsekwencji użycie tego znaku w danym tekście wymaga interpretacji dla ustalenia jego znaczenia.

Po szóste, niesporne jest również, że niniejsze zamówienie dotyczy sprzętu informatycznego (hardware).

Zestawienie zacytowanego powyżej opisu przedmiotu zamówienia z tiret 3 z opisem parametrów producenta dla urządzenia firewall FortiGate-601F prowadzi do wniosku, że w obu opisach znak „/” został użyty w tej samej funkcji – jako rozdzielanie różnych wielkości parametrów obsługiwanych przez dany port.

Podobne jak w zdaniu: *Elektryczna maszynka do golenia może działać na prąd o napięciu 110/220 woltów* [cytat z załącznika do pisma procesowego Odwołującego z 21 listopada 2023 r. pn. "Ekspertyza językowa" z 20 listopada 2023 r.], gdzie również chodzi o to, że to urządzenie elektryczne można podłączyć do sieci elektrycznej o napięciu zarówno 110 V (czyli np. w USA czy Japonii), jak i 220 V (czyli np. w Europie, w tym w Polsce).

Złożone przez przystępującego na rozprawie wyciągi z dokumentacji trzech producentów urządzeń firewall next generation (Palo Alto, SonicWall i Fortinet) jednoznacznie potwierdzają, że w tej branży powszechnie używa się znaku „/” dla wskazania wszystkich obsługiwanych wielkości danego parametru.

Iżba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Odwołujący bezpodstawnie zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w powyżej ustalonych okolicznościach rozpoznawanej sprawy.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że nawet jeżeli dane postanowienie SWZ (w tym przypadku opisu przedmiotu zamówienia) mogłoby zostać sformułowane bardziej dobitnie, w jeszcze lepszy sposób oddając intencje zamawiającego (co nie miało miejsca w tej sprawie), nie zwalnia to wykonawcy z podjęcia starań, aby – kierując się choćby regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z Kodeksu cywilnego – odczytać wolę zamawiającego na podstawie wszechstronnego rozważenia okoliczności, przede wszystkim treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A w razie niemożności usunięcia powyższych wątpliwości, wykonawca nie tylko może, ale i powinien skorzystać na etapie przed upływem terminu składania wniosków lub ofert z możliwości zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści sformułowanych przez niego postanowień. Wykonawca, który nie próbował rozwiązać swoich wątpliwości nie może być preferowany kosztem innych wykonawców, którzy ich nie mieli lub zadali sobie trud, aby prawidłowo odczytać intencje zamawiającego. Wykonawca, który po stwierdzeniu, że jakieś postanowienie może być różnie interpretowane – co nigdy nie jest pożądane, ani dla warunków udziału w postępowaniu, ani dla opisu przedmiotu zamówienia, ani dla warunków umowy – i nie korzysta z możliwości usunięcia takiej niejednoznaczności, nie może być uznany za działającego w dobrej wierze, a jego interes w uzyskaniu zamówienia kosztem innych wykonawców nie zasługuje na ochronę.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ppzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle

stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wyводу „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenie specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, 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 specyfikacji 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 szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalialia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 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 warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie

art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Reasumując, przepisy ustawy pzp przewidują wprost instytucje lub odsyłają do instytucji Kodeksu cywilnego, które służą konwalidacji skutków niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu treści oferty. Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest wprost zakazane przepisem art. 223 ust. 1 zd. 2 pzp (art. 87 ust. 1 zd. 2 popzp). Omówione powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy co do złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, właściwemu odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Jak powyżej ustalono, w tej sprawie treść oferty Odwołującego była jasna, a przede wszystkim wynika z niej niezgodność przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie stwierdzonym przez Zamawiającego.

Skoro Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, nie potwierdziły się również pozostałe zarzuty naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego wskazane w odwołaniu.

\

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. Sentencji stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się, na zasadzie § 5 ust. 1 rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis.