

Sygn. akt: KIO 2607/23

WYROK

z dnia 19 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez wykonawcę **DEKO-BAU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** siedzibą w Lubinie, ul. Ścinawska 1, 59-300 Lubin w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski** ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Group AV Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88/315, 00-992 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2607/23

Uzasadnienie

Narodowy Bank Polski (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp” lub „ustawa”) o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja otwartej przestrzeni edukacyjno-wystawienniczej w sali obsługi klientów w O/O NBP

w Gdańsku przy ul. Okopowej”, numer referencyjny: SEZ/DKRZ-WPI2-KS-241-0208/OOGdan/23. Ogłoszenie zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 czerwca 2023 r., numer 2023/S 108-338570.

24 sierpnia 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Group AV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Deko-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie (dalej: „Odwołujący”), który wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych w szczególności art. 226 ust. 5 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy, jego zdaniem, nie ziściły się przesłanki do zastosowania tego przepisu, a treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Group AV sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 218 ust. 2 ustawy podał, że w jego ocenie oferta nie jest zgodna z warunkami zamówienia. Z postanowień treści SWZ wynika, iż uszczegółowienie formularza ofertowego – ust. 10 Szczegóły oferty, zestawienie asortymentowo-cenowe, poz. 2.13 tabeli, kolumna „B” – było miejscem, w którym Wykonawcy zobowiązani byli określić oferowaną Aplikację. Zamawiający wymagał podania nazwy Aplikacji, jeśli taką nazwę oferowana Aplikacja posiada oraz producenta Aplikacji. Wykonawca Deko-Bau Sp. z o.o. nie wskazał nazwy Aplikacji ani jej producenta. Zamawiający przyjął, że o ile niewskazanie nazwy było dopuszczalne, to w jego ocenie wskazanie producenta Aplikacji było obligatoryjne, bez względu na fakt, kto nim jest. W ramach złożonych wyjaśnień, do których został Odwołujący wezwany w trybie art. 223 ust. 1 ustawy, Odwołujący wskazał, że Aplikacja nie posiada nazwy, oraz że producentem Aplikacji jest sam Odwołujący.

Odwołujący stwierdził, że ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, bowiem niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty. Zdaniem Odwołującego w postępowaniu wskazanie producenta Aplikacji nie ma najmniejszego znaczenia przy ocenie zgodności merytorycznej zaproponowanego rozwiązania z wymaganiami Zamawiającego, gdyż zgodnie z warunkami zamówienia Aplikacja miała być wykonana dopiero w ramach zamówienia pod wymagania ściśle określone w warunkach zamówienia. Wykonawca zobowiązany będzie do przeniesienia autorskich praw majątkowych do Aplikacji oraz kodów źródłowych. Aplikacja nie może stanowić gotowego produktu dostosowanego do wymagań Zamawiającego, lecz ma zostać wykonana w pełni pod jego wymagania, a prawa do niej w całości przeniesione na Zamawiającego. Nie jest zatem możliwe wykonanie umowy poprzez udzielenie licencji na korzystanie z istniejącego rozwiązania. Zamawiający nie ustalił żadnych wymagań podmiotowych odnośnie producenta Aplikacji. Opis Aplikacji i wymogów Zamawiającego związanych z jej wykonaniem, a następnie z przeniesieniem praw do aplikacji jednoznacznie wskazują, że podanie producenta Aplikacji w żaden sposób nie umożliwia Zamawiającemu sprawdzenia czy Aplikacja zaproponowana przez Odwołującego spełnia jego merytoryczne wymagania. Niezależnie od tego jaki podmiot zostałby wskazany jako producent Aplikacji, jego wskazanie nie dałoby możliwości Zamawiającemu sprawdzenia czy proponowana Aplikacja będzie spełniała wymogi ustalone w OPU.

Odwołujący podniósł, że w przypadku innych pozycji wskazanie w ofercie modelu czy producenta urządzenia jest konieczne i pozwala Zamawiającemu na weryfikację zgodności zaproponowanego rozwiązania z wymaganiami określonymi w postępowaniu, jednak nie sposób przyjąć, aby wskazanie producenta Aplikacji w jakikolwiek sposób taką weryfikację umożliwiało. Odwołujący w ofercie wskazał, że nie ma zamiaru korzystać z pomocy podwykonawców. Z zestawienia tych dwóch faktów niewątpliwie wynika, że zgodnie z ofertą Odwołujący założył, że Aplikację wykona samodzielnie. W sytuacji, gdyby planował powierzenie wykonania Aplikacji innemu podmiotowi wskazałby, że ten zakres planuje powierzyć podwykonawcy. Nie każde uchybienie przy sporządzaniu oferty może stanowić podstawę jej odrzucenia na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Podstawę odrzucenia oferty mogą stanowić jedynie uchybienia wskazujące merytoryczną niezgodność oferty z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Ponadto oferta stanowi oświadczenie woli podlegające wykładni, a poszczególne elementy tego oświadczenia nie powinny być oceniane w oderwaniu od pełnej treści oferty oraz wymagań zamawiającego.

Odwołujący przyznał, że niewątpliwie doszło do uchybienia przy uzupełnianiu formularza ofertowego, ale uchybienie to nie wpływało w żaden sposób na możliwość oceny przez Zamawiającego merytorycznej zgodności zaproponowanego rozwiązania z wskazanymi przez niego wymaganiami.

Nadto zdaniem Odwołującego nie można się zgodzić z Zamawiającym, że potwierdzenie w ramach wyjaśnień przez Odwołującego, że to on jest producentem Aplikacji stanowiło niedopuszczalne doprecyzowanie oferty.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał w szczególności, że w Uszczegółowieniu Formularza Ofertowego, w zakresie wybranych elementów składających się na przedmiot zamówienia, wymagał podania producentów, typów i modeli oferowanych przez Wykonawców rozwiązań. W odniesieniu do Aplikacji wymagał nazwy, o ile Aplikacja posiada nazwę oraz producenta. Podanie nazwy producenta było obligatoryjne. Ma to znaczenie choćby dla określenia podmiotu, który przeniesie na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do Aplikacji. Odwołujący tego nie uczynił i pozostawił to miejsce niewypełnionym. Oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi zamówienia w zakresie określenia (indywidualizacji) przedmiotu świadczenia, a także warunku zamówienia dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia, w zakresie wskazania w Uszczegółowieniu Formularza Oferty co najmniej producenta Aplikacji. W Rozdziale 22 ust. 3 SWZ, Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż: „3.Przywołane w

SWZ załączniki stanowią jej integralną część i są udostępnione przez Zamawiającego w wersji edytowalnej.”, co sprawia, że każdy Wykonawca składający ofertę w postępowaniu, był zobligowany wskazać w Załączniku nr 4 do SWZ w wierszu 2.13 producenta Aplikacji. Brak wskazania nazwy producenta Aplikacji istotnie narusza przedmiotowe (merytoryczne) warunki zamówienia oraz proceduralne warunki zamówienia, które to naruszenie nie może być konwalidowane po terminie składania ofert.

Zdaniem Zamawiającego brak wpisania producenta Aplikacji prowadzi do uchybienia polegającego na braku konkretyzacji oferty. Przyjęcie na etapie po składaniu ofert informacji o producencie będzie stanowiło nieuprawnioną zmianę treści oferty. De facto byłoby to złamaniem przepisu art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zmianę (uzupełnienie) treści oferty. O istotności warunku zamówienia, zgodnie z którym każdy Wykonawca - w tym Odwołujący - był zobowiązany złożyć oświadczenie woli dotyczące producenta Aplikacji świadczy treść § 1 ust. 1 pkt 1.2. Projektowanych Postanowień Umownych, stanowiących Załącznik Nr 5 do SWZ, Jednocześnie Zamawiający w Projektowanych Postanowieniach Umowy określił, iż Załącznikiem Nr 5 do Umowy będzie Oferta Wykonawcy – kopia.

Z całokształtu postanowień SWZ, w tym załączników stanowiących jej integralną część oraz zasady pisemności wyrażonej w art. 20 Pzp, zgodnie z którą jej realizacja polega na wyrażeniu „informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej” (art. 7 pkt 16 Pzp), wprost wynika, że zamawiający winien badać i oceniać oferty w postępowaniu na podstawie oświadczeń złożonych przez wykonawców, nie zaś poprzez domysły i przypuszczenia.

Na gruncie zasady pisemności wykładni podlegają oświadczenia woli wyrażone przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, nie zaś kompletny brak treści Uszczegółowienia „Formularza Oferty” o szczegóły oferty. Zamawiającemu nie jest znany żaden sposób wykładni, z którego wynikałoby kto jest producentem Aplikacji mającej zostać „wykonaną, zainstalowaną i uruchomioną” w ramach świadczenia oferowanego przez Odwołującego.

Zobowiązanie wykonawców do wskazania producenta Aplikacji w Uszczegółowieniu „Formularza Oferty”, jest merytorycznym wymaganiami Zamawiającego i traktowanie tego elementu zobowiązania jako nieistotnego jest wbrew woli Zamawiającego wyrażonej w SWZ.

Z zachowaniem wymogów ustawy wykonawca Group AV sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania.

W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia Przystępujący wniósł oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Przystępujący stwierdził m.in., że oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada warunkom zamówienia określonym w SWZ, bowiem z jej treści nie wynikają istotne informacje, które mają znaczenie dla oceny oferty pod względem merytorycznym, tj. brak w ofercie podania producenta Aplikacji. Z oferty nie wynika też, że producentem jest Odwołujący.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z 24 sierpnia 2023 r., Zamawiający podał: *Zamawiający, działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy, informuje o Wykonawcy, którego oferta została odrzucona: Deko-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie*

Uzasadnienie prawne:

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 218 ust. 2 ustawy

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia Treść oferty musi być zgodna z warunkami zamówienia

Uzasadnienie faktyczne:

Z postanowień treści SWZ wynika, iż Uszczegółowienie Formularza ofertowego – ust. 10 Szczegóły oferty, zestawienie asortymentowo-cenowe, poz. 2.13 tabeli, kolumna „B” – było miejscem, w którym Wykonawcy zobowiązani byli określić oferowaną Aplikację. Zamawiający wymagał podania nazwy Aplikacji, jeśli taką nazwę oferowana Aplikacja posiada, oraz producenta Aplikacji. Wykonawca Deko-Bau Sp. z o.o. nie wskazał nazwy Aplikacji ani jej producenta. O ile nie wskazanie nazwy było dopuszczalne, o tyle wskazanie producenta Aplikacji było obligatoryjne, bez względu na fakt, kto nim jest. Wykonawca uchybił wymogowi SWZ w zakresie podania producenta Aplikacji. W ramach złożonych wyjaśnień, do których został Wykonawca wezwany w trybie art. 223 ust. 1 ustawy, Wykonawca wskazał, że Aplikacja nie posiada nazwy, oraz że producentem Aplikacji jest sam Wykonawca. Podkreślenia wymaga, że postępowanie wyjaśniające szczegóły zaoferowanego przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę nie może doprowadzić do dopisania treści konkretyzujących przedmiot zamówienia (dookreślenia przedmiotu oferty). W tak rozumianych czynnościach miałyby miejsce prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonanie istotnej zmiany jej treści. Tymczasem przepis art. 223 ust. 1 ustawy nie pozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Skoro zatem Zamawiający w sposób jednoznaczny określił, jakie elementy mają identyfikować oferowaną Aplikację, Wykonawca zobowiązany był do ich wskazania. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „wymóg podania w formularzu asortymentowo - cenowym poza cenami również numeru katalogowego, producenta oraz nazwy nie stanowi wymagania wygórowanego” (wyrok KIO z 6.05.2016, sygn. KIO 620/16). Jednocześnie, zgodnie z orzecznictwem KIO, „nie jest rolą zamawiającego domyślanie się, co wykonawca oferuje. Jeżeli w SWZ zawarte było żądanie podania określonych informacji identyfikujących przedmiot zamówienia, to obowiązkiem wykonawcy było wskazać te informacje w ofercie. Brak ich wskazania nie może skutkować przerzuceniem na zamawiającego odpowiedzialności za ustalenie, co wykonawca oferuje” (wyrok KIO z dnia 3.10.2019, sygn. KIO 1835/19). Nie ulega wątpliwości, na co wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24.02.2023, sygn. KIO 320/23, że „obowiązkiem Wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest skonkretyzowanie przedmiotu oferty, tak aby Zamawiający miał pewność, co jest przedmiotem świadczenia”. Brak podania pełnego katalogu wymaganych przez Zamawiającego informacji kwalifikuje ofertę do odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku art. 218 ust. 2 ustawy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp 1. *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.* Warunki zamówienia wynikają z ogłoszenia i dokumentów zamówienia, w szczególności z SWZ. Dla zastosowania ww. przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki element oferty jest niezgodny z opisanymi przez zamawiającego warunkami zamówienia i na czym ta niezgodność polega.

W przypadku wniesienia odwołania wobec odrzucenia oferty wykonawcy, Izba bada zasadność tej czynności z uwzględnieniem treści jej uzasadnienia przez zamawiającego, przedstawionego w informacji o jej dokonaniu.

W okolicznościach analizowanej sprawy spór dotyczy skutków braku wskazania producenta Aplikacji przez Odwołującego w Załączniku Nr 4 do SWZ – Uszczegółowienia „Formularza Ofertowego”, gdzie w ust. 10 w tabeli w wierszu 2.13 str. 5 Zamawiający żądał wskazania: „2.13. Aplikacja wraz z kodami źródłowymi, oraz przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Aplikacji oraz kodów źródłowych nazwa /jeśli posiada/ producent, który winien być złożony wraz z ofertą i stanowił jej integralną część. Nie ma bowiem sporu co do tego, że Odwołujący nie podał ani nazwy, ani producenta Aplikacji.

Zdaniem Odwołującego brak ten nie powinien skutkować odrzuceniem złożonej przez niego oferty. W postępowaniu wskazanie producenta Aplikacji nie ma bowiem znaczenia przy ocenie zgodności merytorycznej zaproponowanego rozwiązania z wymaganiami Zamawiającego, gdyż zgodnie z warunkami zamówienia Aplikacja miała być wykonana dopiero w ramach zamówienia pod wymagania ściśle określone w warunkach zamówienia, które w żaden sposób nie odnosiły się do podmiotu, który miał wykonać Aplikację. Nadto w sytuacji, gdy nie wskazał, że będzie wykonywał zamówienia przy udziale podwykonawców, to brak wpisania nazwy producenta pozwala na przyjęcie, że to on będzie producentem Aplikacji, która stosownie do postanowień SWZ ma być wykonana zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego natomiast oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie określenia przedmiotu świadczenia, a także warunku dotyczącego postępowania w zakresie wskazania w Uszczegółowieniu Formularza Oferty co najmniej producenta Aplikacji. Z faktu braku wskazania części zamówienia, które

Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom oraz niepodania nazw ewentualnych podwykonawców nie wynika wniosek, że Odwołujący jest producentem Aplikacji i to od Odwołującego Zamawiający nabędzie autorskie prawa majątkowe. Zamawiającemu zależy na zindywidualizowaniu świadczenia nie tylko w zakresie sprzętu, ale także w zakresie Aplikacji. Jest to dla niego istotne z uwagi na zapewnienie skuteczności przeniesienia autorskich praw majątkowych do tej Aplikacji i kodów źródłowych. Przewidziany w dokumentacji zamówienia szeroki zakres pól eksploatacji i oczekiwania Zamawiającego w tym aspekcie pokazują na potrzebę zindywidualizowanego przedstawienia producenta Aplikacji. Zamawiający musi wiedzieć czy będzie mógł skutecznie egzekwować postanowienia umowy w tym zakresie. Są to dla niego kluczowe informacje.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Odwołującego.

Zgodnie z art. 218 ust. 2 Pzp *Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.*

Zamawiający oraz wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są związani postanowieniami SWZ. W analizowanym postępowaniu treść postanowień SWZ odnosząca się do wymagań dotyczących treści oferty w zakresie wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia dotyczącego producenta jest jasna i nie pozwala na różną jej interpretację. Wynika z niej, że każdy wykonawca powinien złożyć oświadczenie co do producenta przedmiotu zamówienia, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1.2. umowy, zgodnie z którym:

„1.Przedmiotem Umowy jest usługa polegająca na zagospodarowaniu otwartej przestrzeni edukacyjno-wystawienniczej w wyodrębnionej części sali obsługi klientów w Obiekcie NBP, na warunkach i zgodnie z zasadami określonymi w Umowie, w tym: (...)

1.2. dostarczenie i montaż systemu multimedialnego, tj. dostawa, zabudowa, montaż fabrycznie nowego sprzętu multimedialnego, zwanego dalej „Sprzętem” oraz wykonanie, instalacja i uruchomienie aplikacji, przeznaczonej do udostępnienia na ekranach w przestrzeni edukacyjno-wystawienniczej, zwanej dalej „Aplikacją” wraz z przekazaniem kodów źródłowych oraz przeniesieniem na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Aplikacji oraz kodów źródłowych, zgodnie z zasadami i na warunkach określonych w § 13 Umowy oraz w pkt III ppkt 3-4 OPU;”

Wymóg ten nie został zaskarżony przez wykonawców. W związku z tym był wiążący dla każdego z nich. Oznacza to, że wykonawcy nie byli uprawnieni do tego, aby według własnego wyboru wskazywać producenta dla danych elementów przedmiotu zamówienia wskazanych w formularzu oferty, a dla innych już nie.

Wymagania Zamawiającego dotyczące zakresu wymaganych w ofercie oświadczeń powinny być rozumiane w sposób ścisły, bowiem stanowi to realizację zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Chodzi bowiem o uniknięcie ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert, jak też nieuprawnionego wypełniania treścią oferty dopiero na etapie realizacji umowy. W związku z tym oferty winny być złożone zgodnie z wymaganiami SWZ i nie mogą być zmieniane czy dostosowywane do wymagań Zamawiającego dopiero po ich otwarciu. Treść oferty musi być jednoznacznie i w pełni sprecyzowana w celu zapewnienia możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia, stosownie do art. 7 pkt 29 Pzp, należy rozumieć *warunki, które dotyczą 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.* Chodzi zatem o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz o merytoryczny aspekt wymagań postawionych przez zamawiającego, istotnych dla wykonania zamówienia, za który w okolicznościach analizowanej sprawy należy uznać wymóg podania w ofercie producenta oferowanego przedmiotu zamówienia, w tym Aplikacji.

Odwołujący natomiast zawęży rozumienie warunków zamówienia, zdefiniowanych w Pzp jak wyżej, do aspektu oceny zgodności Aplikacji z wymaganiami Zamawiającego za sprawą podania w ofercie jej producenta, pomijając pozostałe elementy definicji i marginalizuje brak wskazania w swojej ofercie producenta Aplikacji.

Wbrew stanowisku Odwołującego, w oparciu o treść jego oferty nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie, że producentem Aplikacji jest ten wykonawca. Czynnikiem, jaki zdaniem Odwołującego, miałby o tym decydować jest to, że nie wskazał w ofercie, że wykona zamówienie z udziałem podwykonawców. Tymczasem podanie informacji w tym zakresie ma charakter informacyjny. Nie jest sporne, że Zamawiający nie przewidział, że wykonanie Aplikacji wymaga osobistego świadczenia wykonawcy. W związku z tym z oświadczenia dotyczącego braku podwykonawstwa nie można w sposób jednoznaczny wywieść, że producentem Aplikacji będzie właśnie Odwołujący.

Z przepisu art. 223 ust. 1 Pzp wynika, że w toku badania i oceny ofert nie jest dopuszczalne prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie w niej zmian. Wyjątek od niezmienności oferty przewiduje ust. 2 ww. przepisu, nakazujący zamawiającemu dokonanie poprawy przewidzianych w nim omyłek, tj. oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W związku z tym okoliczność, iż w odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnienia oferty, Odwołujący podał, że to on jest producentem Aplikacji, nie może nie tylko zastąpić brakującego w ofercie oświadczenia, ale też nie może prowadzić do potraktowania takiego wyjaśnienia, za podstawę do dokonania przez Zamawiającego poprawy oferty tego wykonawcy. Wyjaśnienia oferty służą bowiem rozwianiu wątpliwości co do tego, co w ofercie zostało przedstawione, a nie do uzupełnienia oferty o brakujące w niej treści, których wymagał Zamawiający w dokumentach zamówienia.

Nie można także podzielić stanowiska Odwołującego, że w okolicznościach przedmiotowego zamówienia brak podania w ofercie producenta Aplikacji jest nieistotny, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty nastąpiło z błahego powodu.

Jak wyżej wskazano, w Uszczegółowieniu „Formularza ofertowego” Zamawiający żądał wskazania producenta Aplikacji, wskazując, iż chodzi o Aplikację wraz z kodami źródłowymi oraz przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do tej Aplikacji oraz kodów źródłowych.

Powyższy element oferty pozostaje w związku z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami Projektowanych postanowieniach Umowy, stanowiących załącznik nr 5 SWZ, gdzie Zamawiający wskazał m.in.: § 6 ust. 2. *Wykonawca oświadcza, że jest producentem Aplikacji albo że posiada autoryzację producenta Aplikacji i w przypadku gdy nie jest jej producentem – ma prawo do dostarczenia Aplikacji albo odpowiednich jej części składowych Zamawiającemu jak również, że jest w stanie przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe oraz udzielić lub zapewnić udzielenie niezbędnych licencji na zasadach o których mowa w § 13 Umowy, na podstawie zawartych umów, bądź innych ustaleń z producentem Aplikacji.* 3. *Wykonawca oświadcza, że dostarczając Przedmiot Umowy nie narusza jakichkolwiek praw osób trzecich, w tym w szczególności autorskich praw majątkowych lub osobistych takich osób.*

Z kolei z § 8 ust. 1 pkt 1.5. wynika, że za złożenie przez Wykonawcę niezgodnych z prawdą ww. oświadczeń została przewidziana kara umowna w wysokości 50% wartości wynagrodzenia brutto, określonego w § 7 ust. 1 Umowy, tj. wynagrodzenia za realizację Przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 1 Umowy, zgodnie z ofertą Wykonawcy, która stanowi załącznik nr 5 do Umowy.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający przywiązywał dużą wagę do kwestii producenta Aplikacji i dał temu wyraz w dokumentach zamówienia. Brak wskazania w ofercie producenta Aplikacji nie jest zatem brakiem nieistotnym.

Nadto, jak podniósł na rozprawie Zamawiający, zważywszy na opis przedmiotu zamówienia, nie można wykluczyć, że jeśli chodzi o aplikację, to istnieje na rynku gotowy produkt, który może być jedynie dostosowany do potrzeb Zamawiającego określonych w obecnym postępowaniu. Stąd konieczność skonkretyzowania producenta Aplikacji przez wykonawcę w ofercie. Wymóg w tym zakresie został jasno określony w SWZ, co oznacza, że wykonawcy byli zobowiązani określić w ofercie co najmniej producenta Aplikacji. Od wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako profesjonalistów, wymaga się należytej staranności przy sporządzaniu oferty.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy w przypadku zaistnienia przesłanki w nim wymienionej. W ocenie Izby Zamawiający przy ocenie ofert, mając na uwadze konieczność równego traktowania wykonawców, zasadnie nie pominął, iż Odwołujący, inaczej niż Przystępujący, nie złożył oświadczenia w przedmiocie producenta Aplikacji, a zatem nie zastosował się do wymagań Zamawiającego określonych w dokumentach zamówienia w zakresie dotyczącym oferowanego przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: