

WYROK

z dnia 14 czerwca 2023 r.

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

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **14 czerwca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **29 maja 2023 r.**

przez wykonawcę: **X3D sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa drukarek 3D i urządzeń do obróbki druku 3D na potrzeby realizacji projektu pn. „Pracownie Aktywnego Korzystania z Technologii – PAKT”* (PAKT.19.2023.D)

prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnika Łódzka z siedzibą w Łodzi** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **3Druktronik M.K., Olsztyn** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2.

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset 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 2022 r. poz. 1710 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

Politechnika Łódzka {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa drukarek 3D i urządzeń do obróbki druku 3D na potrzeby realizacji projektu pn. „Pracownie Aktywnego Korzystania z Technologii – PAKT”* (PAKT.19.2023.D)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 kwietnia 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00198554/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

22 maja 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez 3Druktronik M.K. z Olsztyna {dalej: „3Druktronik” lub „Przystępujący”}.

29 maja 2023 r. X3D sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie {dalej: „X3D” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego i zaniechania przez niego odrzucenia oferty złożonej przez 3Druktronik.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie odrzucenia oferty 3Druktronik, pomimo że jej treść nie odpowiada wymogom specyfikacji warunków zamówienia {dalej również: „SWZ”}.
2. Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 – przez brak wezwania 3Druktronik do wyjaśnienia ceny oferty, pomimo że wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i w świetle zasady przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania za nią przedmiotu tego zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty 3Druktronika.
3. Wezwania 3Druktronika do wyjaśnienia ceny oferty [żądanie ewentualne w stosunku do tego z pkt 2., na wypadek uwzględnienia jedynie zarzutu nr 2]

W ramach uzasadnienia zarzut nr 1, określony jako złożenie przez 3Druktronik oferty niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia, sprecyzowany przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne}

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) Zamawiający wymagał zaoferowania drukarek 3D wyposażonych w filtr HEPA.

Zgodnie z brzmieniem postanowienia zawartego w rozdziale IV pkt 7 SWZ [które zostało tam w całości wytłuszczone]: *Wykonawca zobowiązany jest w załączniku nr 1 do SWZ – tj. Opisie przedmiotu zamówienia oraz w załączniku nr 2 do SWZ – tj. Formularzu ofertowym, do określenia zaoferowanych produktów poprzez jednoznaczne wskazanie producenta, modelu, typu i kod produktu przedmiotu zamówienia oraz parametrów.*

Oznaczenia wpisane przez 3Druktronik w poz. 1. i 2. formularza oferty wskazują na drukarki 3D (odpowiednio Zortrax M200 Plus i Zortrax M300 Dual), które nie dysponują w standardzie filtrem HEPA, gdyż stanowi on oddzielne akcesorium pod odrębnym nr katalogowym.

W szczególności zgodnie z brzmieniem informacji dostępnej na stronie sklepu internetowego 3Druktronik: *Zortrax HEPA Cover to urządzenie filtrujące kompatybilne z drukarkami 3D Zortrax M200 i M200 Plus, które poprawia jakość wydruków i odfiltruje większość cząstek uwalnianych podczas druku 3D* [w odwołaniu podano dokładny adres i datę sprawdzenia zawartości tej strony]. Przy czym analogiczna sytuacja dotyczy również drukarki Zortrax M300 Dual.

W konsekwencji, aby spełnić wymogi Zamawiającego należało zaoferować odpowiednio modele drukarki producenta Zortax w następujący sposób: w poz. 1. – M200 Plus oraz HEPA Cover, a w poz. 2. – M300 Dual oraz HEPA Cover.

3Druktronik M.K. nie wskazał w formularzu ofertowym, że takie dodatkowe akcesoria oferuje, a złożone wraz z ofertą katalogowe dotyczą samych drukarek 3D tzn. nie zostały złożone karty katalogowe dla filtrów HEPA.

W toku postępowania nie zostało zadane żadne zapytanie o dopuszczenie urządzenia niewyposażonego w filtr HEPA.

{okoliczności prawne}

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał w załączniku nr 4 do SIWZ, pkt 8.1, iż oczekuje od wykonawców wskazania oferowanego produktu. Oznaczało to, iż obowiązkiem wykonawcy, w tym Odwołującego, było podanie oznaczenia indywidualizującego konkretne urządzenie, a nie zbiór urządzeń, na co powołuje się Odwołujący. Tylko bowiem precyzyjne określenie oferowanego urządzenia daje Zamawiającemu możliwość zweryfikowania na etapie badania złożonych ofert, czy jest ono zgodne z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast postępowanie Odwołującego zmierza do uchylenia możliwości przeprowadzenia takiej weryfikacji poprzez twierdzenie, że w treści oferty posłużył się symbolem urządzenia w ramach którego producent oferuje kilka modeli o odmiennych parametrach technicznych [z uzasadnienia wyroku Izby z 6 marca 2015 r. sygn. akt KIO 344/15].

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego [patrz uzasadnienie wyroku Izby z 24 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1093/08].

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 kc, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Treść SWZ i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ [por. uzasadnienie wyroku Izby z 12 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 676/11].

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 16 ustawy pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie

wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Z powyższych przepisów wynika, że oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i – z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek – nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty – działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc, co następuje.

Po pierwsze, że ponieważ 3Druktronik nie wskazał w formularzu oferty – pomimo wymogu podania producenta, model, typ i kod produktu oferowanego sprzętu – na oferowanie dla drukarek z poz. 1. i 2. wraz z filtrami HEPA, oferta ta – jako niezgodna wymogami SWZ – powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Po drugie, że w powyżej wskazanych okolicznościach, w tym z uwagi na brak załączenia kart katalogowych dotyczących akcesoriów zapewniających filtr HEPA oferowanym modelom drukarek, nie ma możliwości poprawienia tej niezgodności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 13 czerwca 2023 r. uwzględnił odwołanie w zakresie dotyczącym zarzutu nr 2, jednocześnie następująco uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania co do zarzutu nr 1.

Ponad okoliczności przywołane w odwołaniu Zamawiający zwrócił uwagę na następujące okoliczności dotyczące treści SWZ i treści wybranej oferty.

{okoliczności faktyczne}

Zgodnie z postanowieniem rozdziału V pkt 1 SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia określonych przez Zamawiającego wymagań, zażądał on od wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych tj. opisu przedmiotu zamówienia wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ [dalej również: „formularz OPZ”], wypełnionego o dane techniczne oferowanego asortymentu w taki sposób, aby Zamawiający mógł jednoznacznie zidentyfikować zaoferowany asortyment. Przy czym zgodnie z opisem zawartym we wzorze tego dokumentu w kolumnie 3. tabeli wykonawcy mieli tam wpisać oferowane parametry lub potwierdzić spełnienie wymagań „TAK/NIE”. Innymi słowy Zamawiający nie wymagał obligatoryjnie, aby w treści załącznika podawać parametry techniczne drukarki, wystarczyło potwierdzenie spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia słowem „TAK”.

Jednocześnie Zamawiający nie żądał w treści SWZ dokumentów przedmiotowych w postaci kart katalogowych na potwierdzenie spełniania określonych parametrów

Formularz ofertowy łącznie z formularzem OPZ był miejscem, w którym wykonawcy byli zobowiązani określić zaoferowany produkt, przy czym przy potwierdzeniu spełniania parametrów w dokumencie przedmiotowym wskazanie w formularzu oferty nazwy producenta i modelu było dla Zamawiającego wystarczającą identyfikacją zaoferowanego urządzenia.

3Druktronik złożył wraz z ofertą opis przedmiotu zamówienia zgodnie z powyższym wzorem, w tym wpisał dla drukarek z poz. 1. i 2. formularza ofertowego słowo „TAK”, potwierdzając, że każda z tych dwóch drukarek 3D oferowana jest z filtrem HEPA.

Również pozostali wykonawcy, w tym Odwołujący, potwierdzali spełnienie wymagania w zakresie filtrów HEPA dla drukarek 3D, dzięki zaznaczeniu słowa „TAK” w odpowiednich rubrykach zażądanego dokumentu przedmiotowego.

Na stronie internetowej sklepu 3Druktronik istnieje jeden model drukarki Zortrax M 200 Plus i jeden model Zortrax M300 Dual, przy czym w obu przypadkach może być ona zakupiona w wariantach z akcesoriem HEPA Cover, co nie wpływa na zmianę oznaczeń modeli tych drukarek.

Trzech wykonawców (wszyscy z wyj. Odwołującego) zaoferowało Zamawiającemu powyższe drukarki i każdy z nich w formularzu ofertowym podał nazwę i model w poz. 1. i 2. w taki sam sposób, jednocześnie zaznaczając w ramach wypełnionego formularza OPZ, że drukarki te będą wyposażone w filtr HEPA do zintegrowania z drukarką.

{okoliczności prawne}

Zamawiający zobowiązany jest badać oferty na podstawie dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez wykonawców w treści oferty. Zamawiający może odrzucić ofertę tylko wtedy, gdy ma pewność, że treść oferty nie odpowiada SWZ. Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, w którym w sposób jednoznaczny zostanie stwierdzona niezgodność oferty wykonawcy z warunkami zamówienia [por. uzasadnienie wyroku Izby sygn. akt KIO 438/23].

Dokumenty zamówienia należy czytać jako całość.

Ponieważ żądanie przedmiotowych środków dowodowych jest uprawnieniem zamawiającego, również zakres

oczekiwanych w nich informacji pozostaje w zakresie jego uznania, w szczególności nie jest zobligowany do żądania przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie wszystkich wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Co więcej ustawa pzp wskazuje, że żądanie przedmiotowych środków dowodowych jest dopuszczalne tylko jeśli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a żądanie takie nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powszechną praktyką na rynku jest poleganie na oświadczeniach wykonawców co do akceptacji wymagań określonych SWZ i ich spełnieniu [por. uzasadnienie wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 353/23].

{wnioski}

W tych okolicznościach Zamawiający wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że wszyscy wykonawcy oferujący produkty Zortrax jednoznacznie zrozumieli powyżej zrelacjonowane postanowienia SWZ, a ponieważ do tych drukarek jest możliwość podłączenia tylko jednego rodzaju urządzenia filtrującego, więc podali model drukarki i zaznaczyli, że będzie z filtrem HEPA. Dla Zamawiającego nie rodziło to żadnych wątpliwości co do zaoferowanego asortymentu.

Po drugie, skoro SWZ nie zawierała wymagania przedstawienia kart katalogowych, ocena oferty 3Druktronic wyłącznie przez pryzmat kart katalogowych w sytuacji, gdy pozostali wykonawcy nie złożyli w ogóle kart katalogowych, a 3Druktronic nie był wzywany do ich uzupełnienia, stanowiłyby naruszenie przepisów ustawy pzp, w tym zasady uczciwej konkurencji z art. 16.

Po trzecie, że skoro treści wypełnionego formularza OPZ wprost wynikało, że drukarki z poz. 1. i 2. formularza oferowane są w wersji z filtrem HEPA, Zamawiający prawidłowo ocenił w oparciu o te informacje zawarte w tych dokumentach i oświadczeniach oferty 3Druktronic, że jest zgodna z warunkami tego zamówienia.

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 podtrzymały dotychczasowe stanowisko, a Przystępujący poparł Zamawiającego.

W przekonaniu Przystępującego nie tylko nie ma wątpliwości, że w poz. 1. i 2. zostały zaoferowane przez niego drukarki 3D wraz z filtrem HEPA (patrz wprost treść złożonego wraz z ofertą załącznika nr 1 do SWZ, gdzie to wprost potwierdzono to w stosownych rubrykach), ale również, że Przystępujący prawidłowo i z należytą starannością wypełnił formularz ofertowy zgodnie ze sposobem jego wypełnienia wynikającym z jego treści, tj. dla każdej z sześciu poz. wyspecyfikował producenta, model, typ i kod produktu oferowanego. Zamawiający zatem prawidłowo przyjął, biorąc również pod uwagę, że dla poz. 1. i 2. istnieje tylko jedno akcesorium pełniące funkcję filtra HEPA, że w tych pozycjach zaoferowano mu drukarki wyposażone w filtr HEPA.

Zdaniem Przystępującego nic nie wnoszą istotnego dowody zgłoszone przez Odwołującego, w tym załączone do odwołania wyciągi z oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Przy braku innych dokumentów tamtego zamówienia nie wiadomo, co miałyby wynikać przesądzającego z odmiennego sposobu wypełnienia inaczej sformułowanego formularza oferty w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Z kolei z oświadczenia producenta Zortax wynika jedynie niesporna okoliczność, że jego drukarki można kupić bez filtra HEPA, z filtrem HEPA, jak również można kupić sam zestaw filtrów HEPA.

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 objętym zarzutem odwołania zaniechaniem wybranej przez Zamawiającego oferty Przystępującego może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

{zarzut nr 2 – zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ceny oferty}

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia odwołanie co do zarzutu nr 1, a Przystępujący na posiedzeniu oświadczył do protokołu, że nie wnosi co do tego sprzeciwu.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod

warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Z kolei art. 568 pkt 3 ustawy pzp stanowi, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

Reasumując, z przywołanych przepisów wynika, że w zakresie zarzutów wniesionych odwołań, które następnie zostały uwzględnione przez zamawiającego, przy braku przystępujących po ich stronie lub co najmniej przy braku z ich strony sprzeciwu co do tej czynności, Izba zobowiązana jest do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego.

Stąd Izba w ustalonych powyżej okolicznościach, działając na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

{zarzut nr 1 – zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego

jako niezgodnej z warunkami zamówienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

3Druktronik przy sporządzaniu oferty w pełni zastosował się adekwatnie zacytowanego w odwołaniu postanowienia pkt 7 rozdziale IV SWZ *[Wykonawca zobowiązany jest w załączniku nr 1 do SWZ – tj. Opisie przedmiotu zamówienia oraz w załączniku nr 2 do SWZ – tj. Formularzu ofertowym, do określenia zaoferowanych produktów poprzez jednoznaczne wskazanie producenta, modelu, typu i kod produktu przedmiotu zamówienia oraz parametrów]*, również w odniesieniu do dwóch pierwszych spośród łącznie sześciu pozycji objętych zakresem tego zamówienia na dostawy, tj.:

- 1)w Formularzu oferty sprecyzował jednoznacznie producenta, model i oznaczenie oferowanej drukarki 3D [co było okolicznością bezsporną];
- 2)w stosownej rubryce tabeli Opisu przedmiotu zamówienia potwierdził, zarówno że przedmiotem oferty jest drukarka 3d z filtrem HEPA, jak i że w skład oferowanego zestawu wchodzi m.in. filtr HEPA do zintegrowania z drukarką – przez wpisanie słowa „TAK”, co zostało wprost dopuszczone w opisie kolumny przewidzianej do wypełnienia przez wykonawcę [patrz odpowiednio pierwsze i przedostatnie parametry dla lp. 1 i 2].

Pomimo zakwalifikowania wypełnionego przez wykonawcę załącznika nr 1 do SWZ – Opisu przedmiotu zamówienia w rozdziale V SWZ jako przedmiotowego środka dowodowego, który podlega uzupełnieniu [patrz odpowiednio pkt 1 i 2], co do zasady jego złożenie było wymagane do upływu terminu składania ofert [patrz pkt 3 oraz pkt 3 ppkt 1 rozdziału XIV SWZ], a przede wszystkim z przywołanego na wstępie postanowienia pkt 7 rozdziału IV SWZ wynika, że jego treść wraz z treścią wypełnionego formularza oferty łącznie składają się na wymagany w tym postępowaniu sposób sprecyzowania przedmiotu świadczenia.

Opis przedmiotu zamówienia nie formułuje żadnych dodatkowych wymogów technicznych w odniesieniu do filtra HEPA.

Okolicznością niesporną było również, że do obu tych typów drukarek pasuje jedno konkretne akcesorium z filtrem HEPA, które nie ma nr katalogowego.

Przy czym [jak wynika z dowodów nr 1 i 2 załączonych do odwołania] według cen katalogowych wartościowy udział tego akcesorium (982,77 zł) w całości urządzenia (13.012,17 zł lub 25.078,47 zł) jest niewielki.

Innymi słowy okazało się, że zarzut odwołania oparty jest na pominięciu faktu, że oferta złożona przez 3Druktronik zawierała nie tylko Formularz oferty, ale również Opis przedmiotu zamówienia – oba sporządzone w sposób odpowiadający treści SWZ, a z obu tych dokumentów odczytywanych łącznie jednoznacznie wynika, że zostały zaoferowane drukarki wyposażone w filtr HEPA.

Przy czym na rozprawie paradoksalnie okazało się, że o ile każdy w przypadku urządzeń zaoferowanych przez 3Druktronik może bez trudu sprawdzić na stronach internetowych ich parametry, o tyle oznaczenia podane w ofercie X3D nie umożliwiają tego, gdyż urządzenia te zostały specjalnie skonfigurowane na potrzeby tego postępowania.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

O ile zaprezentowana w odwołaniu interpretacja art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jest prawidłowa, o tyle Odwołujący bezpodstawnie zarzuca Zamawiającemu naruszenie tego przepisu w powyżej ustalonych okolicznościach rozpoznawanej sprawy.

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 wywodu „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) obowiązuje 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 (*accidentalia 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.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp (przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popzp) – przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 ustawy pzp jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

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.

Ponieważ – jak powyżej ustalono – w tej sprawie treść oferty Przystępującego w rzeczywistości była jasna, a przede wszystkim wynika z niej zgodność przedmiotu świadczenia z parametrami opisu przedmiotu zamówienia, co wymagało jedynie uwzględnienia obu dokumentów wyrażających łącznie oświadczenie woli, zarzut odwołania należało uznać za oczywiście niezasadny.

Na marginesie warto zauważyć, że nawet abstrahując od oczywiście niepełnego odzwierciedlenia w odwołaniu treści oferty Przystępującego, umknęło również Odwołującemu, że zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy pzp zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Tymczasem nawet w okolicznościach przedstawionych w odwołaniu odrzucenie oferty Przystępującego stanowiłoby przejaw skrajnego formalizmu, przed którym chroni właśnie proporcjonalność, jako jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy pzp (w tym art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp) zasada udzielania zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2.

sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 3. 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.