

WYROK
z dnia 1 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2016 r. przez wykonawcę: **G.Ż. prowadzący działalność gospodarczą Firma Handlowo-Usługowa „REPLAY” G.Ż., ul. Dąbrowszczaków 39 lok. 413, 10-542 Olsztyn**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2, 10-719 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy: **D.W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Ogólnopolska Grupa IT D.W., ul. Hanowskiego 9/53, 10-687 Olsztyn**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: G.Ż. prowadzący działalność gospodarczą Firma Handlowo-Usługowa „REPLAY” G.Ż. ul. Dąbrowszczaków 39 lok. 413, 10-542 Olsztyn, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

G.Ż. prowadzący działalność gospodarczą Firma Handlowo-Usługowa „REPLAY” G.Ż. ul. Dąbrowszczaków 39 lok. 413, 10-542 Olsztyn – tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: G.Ż. prowadzący działalność gospodarczą Firma Handlowo-Usługowa „REPLAY” G.Ż., ul. Dąbrowszczaków 39 lok. 413, 10-542 Olsztyn na rzecz zamawiającego: Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2, 10-719 Olsztyn kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem nowego sprzętu komputerowego i multimedialnego na potrzeby wyposażenia Centrum Naukowo –Dydaktycznego Medycyny Eksperymentalnej Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.03.2016 r., nr 2016/S 052-086740.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona dla dostaw w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca: G.Ż. prowadzący działalność gospodarczą Firma Handlowo-Usługowa „REPLAY” G.Ż. z siedzibą w Olsztynie (odwołujący), wniósł w dniu 8 czerwca 2016 r. odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego, skutkującym pozbawieniem odwołującego możliwości uzyskania zamówienia oraz poniesieniem z tego tytułu szkody finansowej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez bezpodstawne uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
- 2) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uznanie dotychczasowych decyzji zamawiającego z nieprawidłowe i nieważne;
- 2) przywrócenie oferty odwołującego jako ważnej;
- 3) dokonanie ponownej oceny wszystkich ważnych ofert;
- 4) wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnienie odwołania. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stwierdzając, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odwołujący kwestionując czynność zamawiającego, wskazał: w dniu 10.05.2016 r. został wezwany na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie dołączonych do oferty dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają

wymaganiom technicznym i jakościowym określonym szczegółowo w SIWZ, dotyczących przypisania konkretnego asortymentu do konkretnych zadań (wezwanie – załącznik nr 1 do odwołania). Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie we wskazanym terminie, jednak oprócz przyporządkowania konkretnego asortymentu do konkretnych zadań, załączył również nowy, ale jedynie przez uzupełnienia i uszczegółowienia – katalog produktowy. Odwołujący zaznaczył w piśmie, że uzupełnia dokumenty o katalog produktowy z odpowiednim przypisaniem oferowanego sprzętu do właściwych zadań (1-14) określonych w SIWZ. Tym samym, odwołujący dokonał samo uzupełnienia jednego z dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał, że ustawa Pzp nie zabrania wykonawcy uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 (KIO 1169/11). Zamawiający uznał samo uzupełnienie odwołującego o nowy katalog za zgodne z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, zgadzając się z wyrokiem KIO 1169/11, w przeciwnym razie wyciągnąłby inne wnioski i zastosował inne przepisy ustawy Pzp. Jednak zamawiający uznał uzupełnienie o nowy, ale jedynie pod względem uzupełnień, uszczegółowień, bez zmiany oferowanego produktu i jego akcesoriów katalog produktowy – bezpodstawnie za zmianę treści oferty. Odwołujący nie zgadzając się z tym, wskazał:

- nowy katalog produktowy nie zmienił producenta, modelu i typu oferowanych urządzeń w poszczególnych zadaniach w stosunku do katalogu pierwotnego,
- nowy katalog produktowy nie zmienił producenta, modelu i typu oferowanych urządzeń w stosunku do zawartych w formularzu cenowym/opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), stanowiącym meritum oferty,
- nowy katalog produktowy jedynie uzupełnił informacje na temat modeli podzespołów w zadaniach 2, 4 i 7 oraz modeli procesorów w zadaniach 5, 6, 8, 9a. Podanie modeli podzespołów i modeli procesorów nie było wymagane w SIWZ, więc nie mogło podlegać ocenie zamawiającego oraz mieć jakikolwiek wpływ na ocenę oferty odwołującego,
- uzupełnienie o katalog produktowy nie zmieniło treści oferty, która zawarta jest jedynie w formularzu oferty – załącznik nr 2 do SIWZ oraz formularzu cenowym/opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ, których odwołujący nie zmienił w ramach dokonanych uzupełnień, a uzupełnienie poszerzyło jedynie informacje zawarte w katalogu produktowym,
- nawet jeżeli by wystąpiły jakieś nieścisłości w katalogu produktowym w stosunku do parametrów oferowanych i wyszczególnionych w formularzu cenowym/opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) w kolumnie „parametry oferowane”, to w stosunku do katalogu, zamawiający może skorzystać z wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4, zadając taką ilość pytań, jaka pozwoliłaby na uzyskanie satysfakcjonujących informacji – co

w wezwaniu miało miejsce, zamawiający powołał się na ten przepis wiążący się z art. 25 ust. 1 pkt 2, skoro tak, to zamawiający nie może w odrzuceniu oferty wskazywać przepisu art. 89

4

ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1, gdyż na tej podstawie nie wzywał odwołującego, a jedynie na wskazanej w art. 26,

- jeżeli zamawiający chciał uzyskać informacje dotyczące samej treści oferty, to mógł wzywać odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak wskazano wyżej, tego nie uczynił.

Odwołujący podkreślił, że do złożenia wyjaśnień treści oferty (formularza ofertowego i formularza cenowego/opis przedmiotu zamówienia) dedykowany jest art. 87 ust. 1, natomiast do wyjaśnienia informacji zawartych między innymi w katalogu produktowym, art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2, gdyż katalog taki jest żądany na potwierdzenie wymagań określonych przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia (i może być uzupełniany a nie tylko wyjaśniany). Ustawodawca rozróżnia ofertę, oświadczenia o spełnianiu warunków i dokumenty potwierdzające warunki, które można uzupełniać (art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 44 i rozporządzenie w sprawie dokumentów składanych wraz z ofertą). Zmiana lub uzupełnienie katalogu produktowego nie stanowi zmiany treści oferty. Katalogi produktowe są dokumentami przedmiotowymi i nie stanowią treści oferty (KIO 803/14). Treść oferty, to formularz oferty, załącznik nr 2 oraz załącznik nr 1 do SIWZ pt. „Formularz cenowy/Opis przedmiotu zamówienia”, w którym wykonawca wpisuje jakie parametry oferuje, poświadcza je własnoręcznym podpisem – oświadczenie woli.

Odwołujący przedstawił zestawienie tabelaryczne parametrów: Nr zadania – Pierwotna treść oferty – Treść oferty po złożonych wyjaśnieniach w zadaniach 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9a. Wskazał, że przedstawiona tabela dotyczy katalogu produktowego przed uzupełnieniem i po uzupełnieniu, który jest dokumentem przedmiotowym a nie treścią oferty.

Cytując fragment zawiadomienia o wyborze oferty, odwołujący stwierdził, że nie dokonał modyfikacji treści oferty, załącznika nr 1 do SIWZ – formularz opis przedmiotu zamówienia, gdzie są wyszczególnione parametry oferowane przez wykonawcę, a jedynie dokonał uzupełnienia katalogu produktowego złożonego pierwotnie, który jest dokumentem przedmiotowym ściśle niepowiązany z treścią oferty (KIO 1803/14 str. 11) i do którego uzupełnienia uprawnia go art. 26 ust. 3, a do rozwiania wszelkich nieścisłości i błędów uprawnia go art. 26 ust. 4. Załącznik nr 1 do SIWZ (Formularz cenowy/opis przedmiotu zamówienia) w formie złożonej razem z ofertą, załączył do odwołania (załącznik nr 2 do odwołania).

Przywołując fragment zawiadomienia o wyborze oferty, odwołujący wskazał, że SIWZ nie zawiera sformułowania użytego w argumentacji odrzucenia oferty: „parametry oferowane to swego rodzaju specyfikacja urządzenia – lista z dokładnym opisem urządzenia zawierającego szczegółową informację z jakich parametrów zbudowane jest oferowane urządzenie”. W SIWZ można znaleźć tylko rozdział III pkt 2: „Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zawarte jest w dokumencie: „Opis przedmiotu zamówienia”, który

5

jest załącznikiem nr 1 do SIWZ”. Załącznik nr 1 do SIWZ informuje o „parametrach wymaganych” i „parametrach oferowanych”, oferowanej cenie oraz o podaniu nazwy/modelu/typu i producenta oferowanego urządzenia (nie podzespołu), innego sformułowania tam nie ma.

Dalszy cytat pisma zamawiającego, odwołujący skomentował, że w SIWZ nie ma zakazu przekopiowywania opisów zamieszczonych przez zamawiającego w kolumnie „parametry wymagane” do kolumny „parametry oferowane”. Gdyby zamawiający chciał to sankcjonować musiałby to opisać w SIWZ.

Odnosnie następnego opisu zamawiającego, odwołujący nadmienił, że prawy ukośnik (/) w języku polskim oznacza spójnik „lub”, a nie „i”, zatem wymagane przez zamawiającego wskazanie nazwy/modelu/typu, oznacza wskazanie nazwy lub modelu lub typu oraz producenta (wyrok KIO 124/14).

Odwołujący wskazał, że zaoferował sprzęt zgodnie z wymogami SIWZ. Zaoferowanie „bliżej nieokreślonego sprzętu” jak podał zamawiający, było podyktowane wymaganiami zawartymi w SIWZ.

Wszystkie zaoferowane komputery Replay, komputery przenośne: Lenovo, ASUS

oraz komputery All-In-One NTT – spełniają wymogi zamawiającego, co zostało potwierdzone w załączniku nr 1 do SIWZ, Formularz cenowy/opis przedmiotu zamówienia, a weryfikacja ich ze względu na niedoprecyzowane opisy SIWZ może się odbyć podczas odbioru końcowego. Przy odbiorze końcowym sprzętu zamawiający może zweryfikować, czy komputery spełniają jego wymagania, czy nie i podpisać końcowy protokół odbioru lub nie. Zamawiający nie może swoimi błędami (złym przygotowaniem SIWZ) obwiniać wykonawców. Brak w SIWZ konieczności podania modelu podzespołów przy komputerach w zadaniach 2, 4 i 7 oraz modelu procesora w zadaniach 5, 6, 8 i 9, skutkuje weryfikacją oferowanego sprzętu w momencie jego dostawy i odbioru końcowego.

Najbardziej miarodajną weryfikacją wydajności procesorów przy odbiorze końcowym może być wymagany przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ „Formularz cenowy/opis przedmiotu zamówienia”, przy opisie każdego procesora, wynik testu PassMark dostępny na stronie www.cpubenchmark.net, datowany nie wcześniej niż dzień ogłoszenia zamówienia w biuletynie i nie później niż dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Orzecznictwo: KIO 1678/201, KIO 1754/2013, KIO 1667/2013, KIO 1144/2011.

Cytując kolejny fragment zawiadomienia o wyborze oferty, odwołujący uznał, że zamawiający błędnie powołał się na wyrok KIO 739/13.

Komentując kolejny fragment zawiadomienia o odrzuceniu oferty, odwołujący wskazał, że zamawiający utrzymuje, że uzupełnienie katalogu jest zmianą treści oferty. Odwołujący poinformował, że uzupełnienie katalogu nie jest zmianą treści oferty, a tylko taka zmiana uprawnia zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

6

w zw. z art. 87 ust. 1. Podniósł, że brak jest w wyrokach: KIO 758/12 oraz KIO 774/12 ostatnich dwóch zdań użytych przez zamawiającego „*Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać*”. Odwołujący wskazał, że ostatnie 2 zdania są przytoczeniem fragmentu opinii Włodzimierza Dzierżanowskiego, cytując dalszy jej fragment.

Odwołujący podniósł, że wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 nie miało miejsca w postępowaniu. W świetle przytoczonego orzecznictwa wskazał, że opis zamawiającego w tytule rubryki, określony jako parametry oferowane, trudno uznać za opis precyzyjnie określający jakie dane należy bezwzględnie podać w rubryce pod rygorem odrzucenia oferty. Jeżeli rzeczywistym i faktycznym oczekiwaniem zamawiającego było podanie w tej rubryce bardziej szczegółowego opisu niż uczynił to odwołujący, to wówczas zamawiający winien takie oczekiwanie wyraźnie określić i sprecyzować w treści SIWZ. Zamawiający nie uczynił tego i nie może wywodzić negatywnych konsekwencji wobec odwołującego. W tym postępowaniu zamawiający nie określił precyzyjnie w SIWZ jak szczegółowych informacji oczekuje w zakresie opisu oferowanych podzespołów (brak modeli), to tym samym nie może czynić zarzutu, że następnie podanie w drodze wyjaśnienia dodatkowych szczegółów na temat zaoferowanego produktu, stanowi zmianę treści oferty. Jeżeli treść oferty w danym zakresie nie jest wyraźnie wymagana postanowieniami SIWZ (brak wymogu podania modeli podzespołów, w tym modeli procesorów), to doprecyzowanie szczegółów na temat oferowanego produktu, czy nawet uzupełnienie jego specyfikacji technicznych, nie stanowi zmiany treści oferty w rozumieniu ustawy Pzp i obowiązującego orzecznictwa.

Nietrafiony jest również argument zamawiającego na poparcie odrzucenia oferty odwołującego, że nie jest w stanie zweryfikować zgodności urządzeń z wymaganiami SIWZ. Trudno czynić z tego tytułu zarzut wykonawcy, skoro zamawiający nie sprecyzował w SIWZ oczekiwanego stopnia szczegółowości, co do opisu przez wykonawców oferowanych podzespołów wchodzących w skład urządzeń, jak i precyzyjnego opisu samego komputera (nazwa lub model lub typ). Poza tym, nawet gdyby zamawiający wyraźnie sprecyzował w SIWZ jak bardzo szczegółowe winno być podanie w ofercie danych dotyczących oferowanych komputerów, to i tak kluczowym etapem weryfikacji czy oferowane komputery faktycznie spełniają wszystkie wymagania SIWZ, jest etap ich dostawy i odbiór końcowy przez zamawiającego. Tylko na tym etapie zamawiający jest w stanie zweryfikować rzeczywiste parametry i funkcjonalności komputera i ich zgodność z SIWZ i ofertą wykonawcy oraz ma prawo i obowiązek odmówić odbioru komputerów, jeśli okażą się niezgodne z SIWZ i złożoną ofertą. Jeżeli zamawiający już na etapie oceny oferty jest

zainteresowany poznaniem dodatkowych szczegółów na temat zaoferowanych komputerów, może skorzystać z instytucji wyjaśnień.

Wyjaśnienia złożone przez odwołującego w istocie nie stanowiły zmiany jakiejkolwiek treści oferty, a jedynie dobrowolne wyjaśnienie przez uzupełnienie o dodatkową specyfikację techniczną (uzupełniony katalog produktowy) określającą pozostałe parametry zaoferowanego komputera, którego producent i model został precyzyjnie podany w ofercie i którego odwołujący swoim wyjaśnieniem ani nie zmienił, ani nie próbował zmieniać.

Odwołujący zacytował przykładowe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, które jego zdaniem są dowodem na nieprawidłową argumentację zamawiającego: KIO 1551/2009, KIO 1609/2010, KIO 1097/2010, KIO 829/14. Wniósł o uwzględnienie wniosków zawartych w *petitum* odwołania.

Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając merytoryczne stanowisko w sprawie: W toku postępowania zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dokonał odrzucenia oferty złożonej przez G.Ż. z powodu niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Ustosunkowując się do podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazał, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy zamawiający wskazał, że odrzucenie oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia zostało dokonane w sposób prawidłowy, zgodny z ustawą Pzp z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zmawiający wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ z uwzględnieniem zmian wprowadzonych „modyfikacją treści z SIWZ nr 3” z dnia 06.04.2016 r. L.dz. 962/2016 oraz Ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia nr 2016/S 069-119764 zamawiający wymagał, aby:

- „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom technicznym i jakościowym określonym szczegółowo w SIWZ, wykonawca przedstawił katalogi zawierające opis, specyfikację oferowanego asortymentu bądź kartę produktu w zakresie zadań 1-14. Dokumenty należało oznaczać w taki sposób aby jasno wynikało jakiego asortymentu i którego zadania dotyczą” (pkt 6 Rozdział VIC SIWZ);
- „w zakresie zadania nr 2, nr 4, i nr 7 należy wskazać nazwę producenta każdego z podzespołu wchodzącego w skład komputera”.

Ponadto zgodnie z pkt 3 Rozdział X SIWZ każdy wykonawca mógł złożyć tylko jedną ofertę zawierającą jedną jednoznacznie opisaną propozycję.

Badanie i ocena ofert dokonana przez zamawiającego wykazała, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie parametrów oferowanego sprzętu.

W formularzu ofertowym – Opis przedmiotu zamówienia, odwołujący przekopiował jedynie treść kolumny „parametry wymagane” określającej minimalne wymogi nie wskazując o jakich konkretnie parametrach sprzęt oferuje. Treści oferty w tym zakresie nie można również ustalić w oparciu o załączone przez odwołującego do oferty karty produktów, które analogicznie jak formularz ofertowy z parametrami oferowanymi nie zawierały informacji na temat jaki konkretnie sprzęt o jakich parametrach oferuje odwołujący. Ponadto odwołujący nie opisał załączonych kart produktów, tak aby można było je przypisać do konkretnego zadania. W związku z powyższym zamawiający w dniu 10.05.2016 r. pismem L.dz. 1370/2016 wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca w wyznaczonym terminie złożył nowe karty produktów z przyporządkowaniem do konkretnego zadania, które to karty zawierały nowe informacje wcześniej nieujawnione nigdzie w treści oferty, a stanowiące *de facto* uzupełnienie jej treści. Pomimo twierdzeń odwołującego, że składając nowe karty produktów nie dokonał modyfikacji treści swojej oferty, to w istocie poprzez ich złożenie usiłował zmienić treść pierwotnie złożonej oferty. Złożone przez wykonawcę karty produktów ze wskazaniem przypisanego zadania różniły się od kart produktów załączonych do oferty, zawierały dodatkową treść i uszczegółowienie oferowanego asortymentu w zakresie zadań: nr 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 9a.

Składając nowe karty produktów wykonawca dokonał niedozwolonej modyfikacji treści oferty. Zamawiający poinformował, że procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować uzupełnieniem treści oferty, jak również wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w jej treści. Wykonawca dopiero na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień z własnej inicjatywy przedłożył karty produktów, zawierające opis poszczególnych oferowanych urządzeń w sposób jednoznacznie wskazujący na jedną pozycję. W ten sposób wykonawca uzupełnił treść oferty o elementy, które winne być podane w momencie złożenia oferty, a które to elementy indywidualizowałyby oferowany sprzęt.

Zamawiający wskazał, że wzór formularza cenowego / opisu przedmiotu zamówienia został zaprojektowany przez zamawiającego w taki sposób, by wykonawcy mogli w kolumnie zatytułowanej „parametry oferowane” dokonać opisu, jaki sprzęt spełniający stawiane minimalne wymagania, o jakich parametrach, oferują, przy czym zgodnie z pkt 3 Rozdział X SIWZ opis oferowanego produktu winien wskazywać na jedną konkretną pozycję.

Parametry oferowane to swego rodzaju specyfikacja urządzenia – lista z dokładnym opisem urządzenia zawierającego szczegółową informację, z jakich parametrów zbudowane jest oferowane urządzenie. Formularz cenowy / opis przedmiotu zamówienia należało wypełnić przez wpisanie konkretnych, oferowanych parametrów nazwy / modelu / typu, a w zadaniach 2, 4 i 7 producenta każdego z podzespołu wchodzącego w skład komputera, nie zaś na przekopiowaniu zapisów określonych przez zamawiającego w kolumnie

9

„parametry wymagane”. Zamawiający zatem wymagał jednoznacznego określenia parametrów oferowanych oraz precyzyjnego ich wskazania. Wykonawca natomiast zaoferował bliżej nieokreślony sprzęt, niemożliwy do zweryfikowania przez zamawiającego pod względem jego zgodności z wymaganiami określonymi w SIWZ, ani na podstawie formularza cenowego / opisu przedmiotu zamówienia, ani na podstawie dołączonych do oferty kart produktów. Zamawiający zauważył, że zgodnie z treścią § 1 ust. 3 Istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ, oferta wybranego wykonawcy będzie stanowić załącznik do umowy. Ponadto nie bez znaczenia pozostaje, że zgodnie z treścią art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Odnosząc powyższe do przedmiotowego stanu faktycznego stwierdził, że wobec niedoprecyzowania przez odwołującego w ofercie wielu istotnych parametrów oferowanego sprzętu (co szczegółowo opisano w tabeli zawartej w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertach odrzuconych – pismo z dnia 01.06.2016 r.), zamawiający nie był w stanie ustalić jaki sprzęt odwołujący mu zaoferował. Tym samym niemożliwe jest do ustalenia jaki zakres zobowiązania odwołującego wynika z jego oferty. Przykładowo zamawiający w zakresie zadania nr 2 nie jest w stanie ustalić, z jakim konkretnie procesorem czy płytą główną komputer mu zaoferowano, a w konsekwencji ustalić czy oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Fakt podania przez odwołującego wyłącznie nazwy procesora Intel oraz nazwy płyty głównej ASUS nie definiuje treści oferty, nie indywidualizuje jej, gdyż bezspornie na rynku występuje wiele procesorów firmy Intel, które osiągają wymaganą przez zamawiającego minimalną ilość punktów, czy płyt głównych firmy ASUS, które spełniają minimalne wymagania zamawiającego. W konsekwencji wobec braku określenia przez odwołującego w ofercie jaki produkt, o jakich parametrach, oferuje, niemożliwym stałoby się ustalenie czy zakres zobowiązania w umowie będzie tożsamy z zakresem zobowiązania wynikającym z oferty. Za prawidłową treść oferty nie sposób uznać przeniesienie przez odwołującego opisów z kolumny „parametry wymagane” do kolumny „parametry oferowane”. Składając ofertę odwołujący zobowiązany był (jak to uczynili inni wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu) do zindywidualizowania swojej oferty tak aby możliwe było ustalenie jaki sprzęt o jakich parametrach oferuje.

Opisy wykonawcy parametrów oferowanego sprzętu komputerowego stanowią *essentialia negotii* przyszłej umowy (czyli wykonawca wpisując szczegółowo parametry oferowanego sprzętu jest oceniany pod kątem zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymogami zawartymi w SIWZ). Wykonawca nie może dopiero po otwarciu ofert skonkretyzować *essentialia negotii* przyszłej umowy, ponieważ elementy te powinny być znane już w momencie złożenia oferty. Stanowisko zamawiającego potwierdza także wyrok KIO z dnia 12.04.2013 r. sygn. akt KIO 739/13.

10

Mając na względzie powyższe, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, gdyż w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ, co w konsekwencji przesądza również o braku naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca – D.W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Ogólnopolska Grupa IT D.W. z siedzibą w Olsztynie, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wniósł w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – D.W. prowadząca działalność pod IT D.W. gospodarczą firmą Ogólnopolska Grupa z siedzibą w Olsztynie – Izba uznała, że wobec spełnienia wymagań ustawowych skutecznego ten wykonawca stał się przystąpieniem, uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Wobec nie wystąpienia przesłanek odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie (art. 189 ust. 4 ustawy Pzp).

Odwołujący spełnił przesłanki, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego w granicach przedstawionych w odwołaniu zarzutów, z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W wyniku zmiany SIWZ w dniu 06.04.2016 r., na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wskazał w pkt 6 rozdziału VI C żądanie potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w specyfikacji: pkt 1 i 2 pisma, załączając Drugi Zmieniony Załącznik nr 1 do SIWZ w tym postępowaniu.

Odwołujący złożył ofertę – Formularz opis przedmiotu zamówienia, z wypełnionymi trzecią i czwartą w kolejności kolumnami, wpisując w trzeciej Parametry oferowane, w czwartej oferowaną ilość. Załączył – str. 32-56 oferty – wydruki ze stron internetowych przedstawiające opisy urządzeń i zestawów, parametry techniczne, funkcjonalne,

11

specyfikacje – bez przypisania poszczególnych wydruków do poszczególnych zadań oznaczonych nr 1-14, wskazanych w kolumnie Parametry oferowane.

Zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie załączonych do oferty dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom technicznym i jakościowym określonym szczegółowo w SIWZ (pismo z dnia 09.05.2016 r.). W treści pisma zamawiający wskazał, że badanie i ocena ofert wykazała, że wykonawca dołączył do oferty wymagane dokumenty, jednak nie przyporządkował ich do konkretnych zadań. W związku z powyższym zamawiający był pozbawiony możliwości oceny dokumentów, gdyż nie był w stanie sprawdzić, którego sprzętu one dotyczą. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z modyfikacją SIWZ nr 3 z 06.04.2016 r. wymagał, aby dołączone dokumenty oznaczać w taki sposób, by jasno wynikało jakiego asortymentu i którego zadania dotyczą.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący złożył „Katalog produktowy z odpowiednim przypisaniem oferowanego sprzętu do właściwych zadań (1-14) określonych w SIWZ” (pismo z dnia 11.05.2016 r.).

Katalog produktowy, to uporządkowane wydruki ze stron internetowych podzielone na poszczególne zadania, z wpisanym na pierwszej stronie każdego pliku numerem zadania, którego dotyczą.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (zawiadomienie z dnia 01.06.2016 r.), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W piśmie przedstawił obszernie i wyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne dokonanej czynności podkreślając, że odwołujący złożył nowe katalogi produktowe zawierające dodatkową treść i uszczegółowienie oferowanego asortymentu w zadaniach nr 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9a.

Zamawiający zamieścił w piśmie tabelę przedstawiającą porównanie zmian wprowadzonych przez uszczegółowienie i uzupełnienie katalogu produktowego – kolumna

druga: Pierwotna treść oferty, kolumna trzecia: Treść oferty po złożonych wyjaśnieniach.

Podkreślił, że doprecyzowanie stanowi niedozwoloną modyfikację treści oferty.

Wskazał, że odwołujący zaoferował w wyniku zmiany skonkretyzowane urządzenia, które powinny być przedstawione w ofercie (*złożonej przed upływem terminu składania ofert*).

Podniósł, że w formularzu cenowym/opis przedmiotu zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia w kolumnie Parametry oferowane swoich propozycji (treść oferty), zgodnie z wymaganiami zamieszczonymi w SIWZ – konkretnych oferowanych parametrów – nazwy/modelu/typu, a w zadaniach 2, 4, 7 producenta każdego z podzespołu wchodzącego w skład komputera, nie zaś do przekopiowania opisu zamawiającego zamieszczonego w kolumnie Parametry wymagane. Wskazał, że opisy parametrów przedstawione przez wykonawcę stanowią *essentialia negotii* przyszłej umowy. Elementy te nie mogą być konkretyzowane po otwarciu ofert.

12

Zamawiający stwierdził, że nie jest możliwe poprawienie oferty w celu uzyskania jej zgodności z wymaganiami, gdyż zaproponowane oznaczenie spowodowało zmianę oferty. Doszczegółowienie stanowi przekroczenie wyjaśniania treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a, dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści.

Oceniając materiał dowodowy, Izba uznała.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W orzecznictwie przyjęto, że zastosowanie tego przepisu jako podstawy prawnej odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ występuje wówczas, gdy niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny w związku z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu przywołanego przepisu polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania opisanego w SIWZ, którego oczekuje zamawiający.

Zgodność treści oferty z treścią SIWZ oceniana jest według stanu na dzień złożenia oferty. Po złożeniu oferty możliwe jest jedynie wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach przedstawionych w tym przepisie.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis art. 26 ust. 4 stanowi, że zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Punkt 2 tego przepisu dotyczy oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dokumentami tworzącymi treść oferty odwołującego są: Załącznik nr 1 Oferta – z zaoferowaną ceną za przedmiot zamówienia z podziałem na zadania wraz

13

z wymaganymi oświadczeniami akceptującymi zamieszczonymi w tym załączniku; Drugi Zmieniony Załącznik nr 1 do SIWZ – Formularz Opis przedmiotu zamówienia, gdzie w kolumnie Parametry oferowane, odwołujący przedstawił merytoryczny zakres dostawy i ilości poszczególnych urządzeń; załączone dokumenty (str. 32-56 oferty) złożone w związku z wymaganiami opisanymi w pkt 6 rozdziału VI C SIWZ – dla potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom technicznym i jakościowym określonym

szczegółowo w SIWZ, stanowiące – ze względu na zakres i treść – uszczegółowienie zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

W wyniku złożenia Katalogu produktowego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przedstawiające wyłącznie żądanie uporządkowania wydruków, odwołujący uzupełnił i uszczegółowił, jak określił w odwołaniu, złożone wraz z ofertą wydruki ze stron internetowych, dokonując samo uzupełnienia, w istocie, merytorycznej treści oferty. Uzupełnienie Katalogu produktowego spowodowało zmianę treści przedstawionej w Drugim Zmienionym Załączniku nr 1 do SIWZ – Formularz Opis przedmiotu zamówienia w kolumnie Parametry oferowane.

Na rozprawie strony jednoznacznie potwierdziły, że Parametry oferowane przedmiotu zamówienia łącznie z wydrukami zamieszczonymi na str. 32-56 oferty, nie potwierdzały zgodności oferowanej dostawy z wymaganiami SIWZ, natomiast po uzupełnieniu i uszczegółowieniu w ramach samo uzupełnienia Katalogu produktowego, zgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego była możliwa do potwierdzenia.

Fakty te, co do zasady, nie są sporne – odwołujący przyporządkował dokumenty do poszczególnych zadań, a dodatkowo je uzupełnił, co spowodowało zmianę pierwotnego opisu parametrów oferowanych w sposób umożliwiający wywiedzenie zgodności parametrów oferowanych z wymaganymi, w przeciwieństwie do stanu sprzed zmiany (potwierdzenie stanowi też „Tabela z Katalogiem produktowym przed i po samo uzupełnieniu przez Wykonawcę”, złożona na rozprawie przez odwołującego).

Spór dotyczy następujących kwestii: w ocenie odwołującego dobrowolne wyjaśnienie przez uzupełnienie o dodatkową specyfikację techniczną (uzupełniony katalog produktowy), określającą pozostałe parametry zaoferowanego komputera, z własnej inicjatywy wykonawcy, stanowi dozwolone samo uzupełnienie dokumentów przedmiotowych, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mimo złożenia wymaganych dokumentów wraz z ofertą niepotwierdzających wymagań zamawiającego; zaś w ocenie zamawiającego uzupełnienie tych dokumentów, jako precyzujących treść oferowanego przedmiotu dostawy jest niedopuszczalne, gdyż skutkuje zmianą treści oferty.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego. Wyjaśnianie i uzupełnianie oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 i ust. 3 ustawy Pzp odbywa się na wezwanie

14

zamawiającego i w okolicznościach wskazanych w tych przepisach, w przeciwnym przypadku wystąpiłaby możliwość dokonywania dowolnego uzupełniania, zmiany oraz wszelkich modyfikacji oświadczeń i dokumentów, a w konsekwencji treści oferty, po upływie terminu składania ofert, co całkowicie burzyłoby porządek prawny w tym zakresie.

Oświadczenia i dokumenty, które stanowią doprecyzowanie oferowanego przedmiotu zamówienia stanowiąc treść oferty, nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp dotyczą niejasności oświadczeń lub dokumentów, nie służą zaś doprowadzeniu do zmiany treści oferty polegającej na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca nie zaoferował wymaganego przedmiotu w ofercie.

Wydruki przedstawiające parametry techniczne oferowanych elementów przedmiotu zamówienia, oznaczone przez odwołującego jako Katalog produktowy, stanowiące kategorię dokumentów, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, wymagań określonych przez zamawiającego, określające treść oferty (opisy urządzeń i zestawów, parametry techniczne, funkcjonalne, specyfikacje), stanowią równocześnie element oferty nie podlegający uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W dokumentach tych został jednoznacznie, wyraźnie, bez żadnych wątpliwości określony przedmiot zamówienia. W takim przypadku wymiana dokumentów oznacza zmianę treści oferty (podobnie w wyroku Izby z dnia 18 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2543/14).

Tym samym oferta złożona przez odwołującego w terminie składania ofert, nie była zgodna z wymaganiami zamawiającego (potwierdzenie faktów na rozprawie).

Zmiana oferty została dokonana po upływie terminu składania ofert, w wyniku nieznanącej potwierdzenia w ustawie Pzp czynności samo uzupełnienia jej treści.

Zatem, ocena zamawiającego, skutkująca uznaniem niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, powodująca w konsekwencji odrzucenie oferty, nie narusza przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

15

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 7 500 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

16