

Sygn. akt: KIO 2365/14
Sygn. akt: KIO 2366/14

WYROK
z dnia 28 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2014 r. przez:

a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VIATELECOME

Sp. z o.o. we Wrocławiu i Sotronic Sp. z o.o. w Balicach (sygn. akt KIO 2365/14)

b) ATEM-Polska Sp. z o.o. w Gdyni (sygn. akt KIO 2366/14),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Rawicz w Rawiczu,

przy udziale:

a) RCI Sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2365/14 po stronie zamawiającego,

b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VIATELECOME

Sp. z o.o. we Wrocławiu i Sotronic Sp. z o.o. w Balicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2366/14 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VIATELECOME Sp. z o.o. we Wrocławiu i Sotronic Sp. z o.o. w Balicach oraz ATEM-Polska Sp. z o.o. w Gdyni i:

1

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VIATELECOME Sp. z o.o. we Wrocławiu i Sotronic Sp. z o.o. w Balicach oraz kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ATEM-Polska Sp. z o.o. w Gdyni – tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VIATELECOME Sp. z o.o. we Wrocławiu i Sotronic Sp. z o.o. w Balicach na rzecz Gminy Rawicz w Rawiczu kwotę 3 500 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Sygn. akt: KIO 2365/14
Sygn. akt: KIO 2366/14

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Rawicz w Rawiczu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i budowę sieci telekomunikacyjnej w ramach projektu: e-Rawicz szansa rozwoju Gminy, realizowana w ramach działania 8.3

Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu - elnclusion.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w dniu 8 sierpnia 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. nr 265228

2

W dniu 07.11.2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

Sygn. akt: KIO 2365/14

W dniu 12.11.2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: VIATELECOME Sp. z o.o. we Wrocławiu i Sotronic Sp. z o.o. w Balicach (zwani dalej „Konsorcjum Viatelecome”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem:

1. Odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, pomimo iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP,
2. Zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek pisarskich i innych omyłek, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1) i pkt 3) PZP,
3. Zaniechanie wystąpienia do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienia treści oferty,
4. Zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia uzupełnień oferty w trybie art. 26 ust. 3 PZP,
5. Ujawnienia treści oferty Odwołującego w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Według Odwołującego powyższe stanowiło:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP,
2. naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1) i pkt 3) PZP poprzez zaniechanie poprawienia omyłek pisarskich i innych omyłek w ofercie Odwołującego,
3. naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wystąpienia do Odwołującego
4. złożenia wyjaśnień,
5. naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia uzupełnień oferty,
6. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji,

3

7. naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 PZP poprzez ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
4. Wezwania Odwołującego do złożenia uzupełnień oferty,
5. Wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
6. Poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek pisarskich i innych omyłek,
7. Nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a zastrzeżonych przez Odwołującego w trybie art. 8 ust. 3 PZP,
8. Dokonania ponownej oceny ofert,
9. Wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]

W związku z objęciem przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa punktu 13 oferty - Tabela zgodności spełniania warunków funkcjonalno - technicznych, na co wskazuje sam Zamawiający na stronie 10 pisma o odrzuceniu oferty i które to zastrzeżenie zostało przez Zamawiającego uznane za skuteczne, Zamawiający nie uchylił przedmiotowego zastrzeżenia - szczegółowe uzasadnienie w zakresie podstaw odrzucenia oferty znajduje się w Załączniku nr 1 do Odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w treści pisma o odrzuceniu oferty Odwołującego (pkt 2 części 5 pisma) bezprawnie ujawnił część informacji skutecznie przez Zamawiającego zastrzeżonych - a mianowicie informacje stanowiące informację przedsiębiorstwa w zakresie pozycji U w Tabeli zgodności. Zamawiający wystąpił do Odwołującego o złożenie części oferty jako tajemnicy wyjaśnień zastrzeżenia przedsiębiorstwa, wyjaśnienia takie zostały złożone, zaś Zamawiający uznał je za skuteczne - wynika to wprost z faktu, że Zamawiający nigdy nie poinformował Odwołującego o uchyleniu tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i z w/w wskazanej treści pisma o odrzuceniu. Odwołujący niniejszym w pełni podtrzymuje całą argumentację wskazaną w wyjaśnieniach podstaw uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa części oferty i wnosi o nakazanie

4

Zamawiającemu dalsze nieujawnianie treści oferty w tym zakresie oraz o uznanie za niedokonane ujawnienia, które miało miejsce.

[...]"

Pozostałą część uzasadnienia odwołania – odnoszącą się do podstaw odrzucenia oferty odwołującego – objęto tajemnicą przedsiębiorstwa.

Sygn. akt: KIO 2366/14

W dniu 12.11.2014 r. ATEM-Polska Sp. z o.o. w Gdyni (zwana dalej „ATEM”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem odrzucenia jej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1 oraz pkt. 2 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą oraz treścią SIWZ, z tym uzasadnieniem, że Odwołujący złożył ofertę niepełną i bez podpisu osoby upoważnionej, która nie zawiera wszystkich zawartych we wzorze ofert oświadczeń, przez co Zamawiający naruszył również przepis art. 9 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 Ustawy w związku z treścią §1 i § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231) [zwanego dalej Rozporządzeniem].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu oceny ofert i odrzuceniu oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]

I. Stan faktyczny.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym z dnia 8 sierpnia 2014 roku na Zaprojektowanie i budowę sieci telekomunikacyjnej w ramach projektu: e-Rawicz szansą rozwoju Gminy, realizowanej w ramach działania 8.3 Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu - elnclusion. Oferta została złożona przez Odwołującego na wzorze stanowiącym załącznik do SIWZ, każda strona oferty została podpisana przez P. W. umocowanego zgodnie z załączonym do oferty

5

pełnomocnictwem do działania w imieniu Odwołującego, w tym do podpisania i złożenia w jego imieniu przedmiotowej oferty.

Oferta została złożona przez odwołującego na trzech stronach, była kompletna i zawierała najistotniejsze elementy oraz oświadczenia niezbędne do weryfikacji, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, których Zamawiający mógł żądać zgodnie z

przepisami Ustawy oraz Rozporządzenia.

Pomimo powyższego, pismem z dnia 7 listopada 2011 roku Zamawiający, powołując się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył niekompletny formularz ofertowy, albowiem Zamawiający stwierdził brak ostatniej strony wraz z podpisem osoby upoważnionej do reprezentacji, zawierającej w swoje treści również oświadczenia zawarte w pkt. 16-20 oraz części pkt. 15 wzoru oferty stanowiącej załącznik do SIWZ, co zdaniem Zamawiającego powoduje, że oferta Odwołującego jest niezgodna z Ustawą oraz nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym podlegała odrzuceniu.

Jednocześnie jednakże Zamawiający potwierdził, że Odwołujący co do zasady złożył oświadczenie woli zawarcia umowy z Zamawiającym w celu realizacji przedmiotu zamówienia na określonych warunkach, zaś złożona przez niego oferta zawiera zapisy dotyczące zobowiązania w zakresie ceny, realizacji zamówienia w terminie wymaganym przez Zamawiającego oraz wyrażenia zgody na otrzymanie wynagrodzenia zgodnie z warunkami określonymi w umowie. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że wbrew powyższym stwierdzeniom, faktycznie Zamawiający uznał, że Odwołujący złożył pisemną ofertę, podpisaną przez osobę upoważnioną do reprezentacji Odwołującego, a jedynie z uwagi na brak wiernego odwzorowania treści SIWZ oraz braku wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń, oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona. Z takim rozstrzygnięciem w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący zgodzić się nie może, dlatego niniejszym wskazuje i wywodzi, co następuje.

II. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 1 i pkt. 2 Ustawy.

Zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 1 oraz pkt. 2 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (1) jest niezgodna z ustawą; (2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Niezgodność oferty z ustawą.

Jak wynika z doktryny i orzecnictwa za niezgodne z ustawą, rozumianą, jako prawo zamówień publicznych, co do zasady należy uznać oferty naruszające zasady udzielania

zamówień publicznych określone w art. 7-9 Ustawy, a odnoszące się do kwestii przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie konkurencyjności oraz równego traktowania (art. 7 Ustawy), przeprowadzenia tego postępowania sposób jawny (art. 8 Ustawy), w języku polskim oraz przy zachowaniu zasady pisemności (art. 9 Ustawy).

W przedmiotowej sprawie, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał z jednej strony, że podstawą odrzucenia jest między innymi brak podpisu na ofercie, z drugiej zaś strony Zamawiający wskazał, że skoro Odwołujący co do zasady złożył oświadczenie woli zawarcia umowy z Zamawiającym w celu realizacji przedmiotu zamówienia na określonych warunkach, zaś złożona przez niego oferta zawiera zapisy dotyczące zobowiązania w zakresie ceny, realizacji zamówienia w terminie wymaganym przez Zamawiającego oraz wyrażenia zgody na otrzymanie wynagrodzenia zgodnie z warunkami określonymi w umowie. Trudno nie dostrzec wewnętrznej sprzeczności w tym uzasadnieniu faktycznym dla odrzucenia oferty Odwołującego, jeśli bowiem Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego była nie podpisana, a przez to była niezgodna z ustawą winien był dokonując jej odrzucenia, w sposób należyty okoliczność tę wyczerpująco wykazać, czego jednakże nie uczynił. Jeśli jednak Zamawiający uznał, że oferta została podpisana przez osobę do tego upoważnioną ze strony Odwołującego, a jedynie oferta nie spełniała wszystkich wymogów określonych SIWZ (czemu Odwołujący zaprzecza i do czego odniesienie się poniżej), to wówczas brak było podstaw do tego, aby ofertę Odwołującego odrzucić na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 1 Ustawy.

Już zatem tylko powyższa wewnętrzna sprzeczność i niejasność stanowiska Zamawiającego przesądza o wadliwości dokonanego przez Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego. Taka bowiem niejasność stanowiska Zamawiającego winna być interpretowana na korzyść Odwołującego.

Jednakowoż niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazuje, że złożona przez niego

oferta była zgodna z przepisami Ustawy, zawierała wszystkie niezbędne elementy, a przede wszystkim była zaopatrzona w podpis osoby upoważnionej do jej podpisania i złożenia w imieniu Zamawiającego, na podstawie załączonego do oferty pełnomocnictwa (vide: karta numer 6 złożonej przez Odwołującego oferty zawierająca pełnomocnictwo dla P. W.), stanowiła tym samym, ważną, podpisaną ofertę, która spełniała warunek pisemności. o którym mowa w art. 9 Ustawy. Wskazać tutaj należy, co następuje.

Minimalne wymagania dla zachowania formy pisemnej określa art. 78 § 1 kodeksu cywilnego. W przypadku oświadczenia woli jest to złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym jego treść, przy czym bez znaczenia jest miejsce, w którym taki

7

znak graficzny, który uznać należałoby za podpis, się znajduje. Bez względu na to, czy jest to miejsce wyznaczone przez zamawiającego na formularzu do złożenia podpisu, czy też jest to inne miejsce w obrębie tego formularza, złożenie znaku graficznego składającego się z nazwiska spełnia wymóg złożenia pisemnego oświadczenia woli. Ewentualne uchybienie co do miejsca złożenia podpisu stanowi uchybienie o charakterze formalnym, a nie merytorycznym, i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty (vide: J.E. Nowicki, Komentarz do art. 89 — Prawo zamówień publicznych, 2014 rok).

Co więcej, co do zasady, przepisy Ustawy nie stawiają wymogów podpisania oferty na każdej stronie, wystarczy złożenie podpisu pod dokumentem w taki sposób aby wynikało, kto podpisał dokument oraz że wola osoby podpisującej było objęcie całości złożonego w nim oświadczenia, bowiem dla zastrzeżonej formy pisemnej oferty niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie (dokumentach) obejmujących treść oświadczenia woli (vide: wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2009 roku, KIO/UZP 352/09).

W odniesieniu do powyższego wskazać należy, że oferta Odwołującego została złożona na trzech kartach (vide: karty numer 9-11 złożonej przez Odwołującego oferty zawierające formularz ofertowy), u dołu każdej z tych kart widnieje pieczęć imienna oraz podpis P. W., a więc osoby upoważnionej do podpisania i złożenia oferty w imieniu Odwołującego zgodnie z udzielonym pełnomocnictwem- Oznacza to, że każda z tych kart zawiera oświadczenie woli Odwołującego w zakresie tam określonym i bez znaczenia pozostaje to, że podpisy złożone zostały w innym miejscu niż miejsce do tego wyznaczone na formularzu ofertowym, w żaden sposób nie pływa to bowiem na ważność, ani skuteczność złożenia przez Odwołującego oświadczenia woli w zakresie objętym ofertą, a dokładnie w zakresie oświadczeń woli złożonych na formularzu ofertowym. Samo złożenie bowiem podpisów przez osobę do tego uprawnioną było wystarczającym dla zachowania formy pisemnej oferty.

Powoduje to ponad wszelką wątpliwość, że w przedmiotowej sprawie oferta złożona przez Odwołującego została bezspornie podpisana. Świadczą o tym bowiem własnoręczne podpisy P. W. na każdym dokumencie składającym się na ofertę wraz z pieczęcią imienną, zawierającą również firmę Odwołującego, jasno wskazując i identyfikując osobę podpisującą dokumenty.

Powoduje to, że odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy uznać należy za całkowicie bezpodstawne, tym bardziej, że brak pozostałych oświadczeń, na co również powołuje się Zamawiający może być jedynie rozpatrywany w kategorii niezgodności oferty z SIWZ, o czym poniżej.

Niezgodność oferty z SIWZ

8

Odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, a zatem z powołaniem się na jej niezgodność z SIWZ, Zamawiający uzasadnił to dwoma okolicznościami, brakiem podpisu, do czego Odwołujący odniósł się już powyżej oraz tym, że Zamawiający złożył niepełną ofertę nie zawierającą wszystkich wymaganych oświadczeń. Chodziło dokładnie o część pkt. 15 oraz pkt. 16-20 formularza ofertowego. Wskazać tutaj należy, co następuje.

Co do zasady oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez zamawiającego w SIWZ. rozbieżność w tym zakresie musi zatem dotyczyć niezgodności zobowiązania określonego w SIWZ oraz zobowiązania proponowanego w ofercie. Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy dotyczy

bowiem wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności jej formy z postanowieniami specyfikacji (vide: J.E. Nowicki, Komentarz do art. 89 - Prawo zamówień publicznych, 2014 rok). Nie każda zatem niezgodność oferty z SIWZ skutkuje koniecznością jej odrzucenia, obowiązek taki powstaje tylko w przypadku merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Niezgodności takiej nie stanowi więc naruszenie wymogów SIWZ dotyczących sposobu sporządzenia oferty, w szczególności dotyczących jej formy (vide: wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 roku, KIO 2903/12),

Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny oraz jednolitym w tej sprawie orzecznictwem, uznaje się, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ jedynie wówczas, gdy na podstawie złożonej oferty nie można wykonać zamówienia. Użyte bowiem w treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy pojęcia treść oferty i treść SIWZ jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejsza w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie przesadza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Tym samym o niezgodności ofert z treścią SIWZ można mówić jedynie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości.

Powyższe potwierdzają również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe w przedmiocie niezgodności treści oferty z SIWZ. Wskazać tutaj należy między innymi na następujące rozstrzygnięcia:

- Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. Tak więc dotyczy ona wyłącznie treści merytorycznej oferty, a nie jej formy (vide: wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 roku, KIO 2903/12).
- Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (vide: wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2011 roku, KIO 1125/11).
- Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w szczególności w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty jest zobowiązaniem wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego na warunkach określonych w SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 kodeksu cywilnego, czyli jako niezgodność treści oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2011 roku, KIO 788/11).
- Dyspozycja przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy dotyczy sytuacji, w których treść, a nie forma oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Chodzi tu o merytoryczną zawartość oferty, a nie o jej zgodność pod względem graficznym czy formalnym. Nieprawidłowości dotyczące formy oferty mogą być zatem rozpatrywane wyłącznie w kategoriach uchybień porządkowych, pozostających bez wpływu na osiągnięcie właściwego celu postępowania. Przez treść oferty należy rozumieć treść oświadczenia woli wykonawcy, w którym zobowiązuje się on do wykonania określonego przedmiotu zamówienia za określoną przez siebie cenę. Nie można więc odrzucić oferty, w której wymagane

informacje nie zostały podane na określonym przez zamawiającego formularzu, ale w innym miejscu oferty lub w inny sposób (vide: wyrok KIO z dnia 21 października 2010 roku, KIO/UZP 2191/10).

10

- Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy ukształtowana w orzecznictwie oraz znajdująca odzwierciedlenie w stanowisku doktryny, nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zatem de lege lata o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w SIWZ (vide: wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 roku, KIO/UZP 62/09).

- Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie musi polegać na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów specyfikacji w złożonych ofertach. Istotne jest aby sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty odpowiadał zamierzeniom zamawiającego (vide: wyrok KIO z dnia 17 października 2008 roku, KIO/UZP 1062/08).

Mając na względzie powyższe, podnieść należy, że w przedmiotowej sprawie, brak złożenia przez Odwołującego w ofercie wszystkich oświadczeń zawartych we wzorze formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SIWZ oraz brak dokładnego powielenia wzoru ofert stanowiącego załącznik do

SIWZ w przedmiotowej sprawie nie stanowi o takiej merytorycznej niezgodności oferty z SIWZ, w jakikolwiek sposób nie wpływa bowiem na możliwość zrealizowania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z SIWZ oraz stanowiącymi jego integralną część załącznikami, jak też na warunkach określonych we wzorze umowy. Co więcej ich brak w jakikolwiek sposób nie uniemożliwiał weryfikacji oferty Odwołującego również w zakresie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Sporne oświadczenia i informacje których brak był w ocenie Zamawiającego podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego dotyczyły następujących kwestii (część pkt. 15 oraz pkt. 16-20 wzoru formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SIWZ):

- a) deklaracji co do formy wpłaty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdzie sama deklaracja dotycząca wniesienia należytego zabezpieczenia umowy w wysokości 10% ceny brutto została w ofercie zawarta (część pkt. 15 wzoru formularza ofertowego);
- b) oświadczenia zawierającego zobowiązanie do informowania Zamawiającego o powierzeniu podwykonawcom części zamówienia i przedstawiania wymaganych w umowie dokumentów oraz udokumentowanej informację o uregulowaniu wszystkich zobowiązań w stosunku do podwykonawców, zgodnie z zapisami zawartymi w umowie (pkt. 16 wzoru formularza ofertowego);

11

c) oświadczenia, że serwis dostarczonych urządzeń, sprzętu, oprogramowania, zestawów komputerowych będzie świadczony zgodnie z wymogami zawartymi w PFU (pkt. 17 wzoru formularza ofertowego);

d) wskazania pełnomocnika dla oferty wspólnej (pkt. 18 wzoru formularza ofertowego);

e) oświadczenia, pod rygorem wykluczenia z postępowania, że dane zawarte w ofercie, przedstawionych oświadczeniach i innych dokumentach są prawdziwe i aktualne na dzień złożenia oferty (pkt. 18 wzoru formularza ofertowego);

f) innych informacji (pkt. 20 wzoru formularza ofertowego),

g) braku wymienienia załączników.

Jak zatem wynika z powyższego, brak przedmiotowych oświadczeń oraz informacji w żaden sposób nie skutkuje merytoryczną niezgodnością przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego w SIWZ oraz przedmiotu zamówienia objętego oferta Odwołującego. Taka sytuacja miałaby bowiem miejsce jedynie wówczas, gdyby treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ w taki sposób, że na jej podstawie nie można byłoby wykonać zamówienia. Tym czasem w przedmiotowej sprawie złożona oferta w pełni odpowiada treści

SIWZ, zaś brak oświadczeń w zakresie wskazanym powyżej w żaden sposób nie wpływa na przedmiot zamówienia i nie uniemożliwia jego wykonania zgodnie z opisem zawartym w SIWZ oraz załącznikach do SIWZ, albowiem w jakimkolwiek zakresie brakujące oświadczenia nie dotyczą ani samego zamówienia, ani sposobu, czy zakresu jego wykonania, jak też jakichkolwiek istotnych postanowień oferty, czy też informacji przesadzających o spełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Powoduje to, że mamy w tym przypadku do czynienia jedynie z nieprawidłowym wypełnieniem formularza oferty, do tego w zakresie nie obejmującym istotnych postanowień oferty takich jak cena, termin wykonania zamówienia, czy jego warunki określone umowie, której postanowienia Odwołujący zaakceptował w całości, co oznacza, że oferta spełniała niezbędne warunki określone w SIWZ. Jest to zatem jedynie niezgodność oferty odwołującego z SIWZ, co do formy, a nie co do jej treści, co nie może skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. W okolicznościach sprawy brak jest bowiem podstaw do przyjęcia, że oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ, można tutaj mówić jedynie o pewnych różnicach konstrukcyjnych oferty złożonej przez Odwołującego w stosunku do wzoru oferty stanowiącego załącznik do SIWZ, co jednakże w jakimkolwiek sposób nie wpłynęło na okoliczność, że oferta ta spełniała niezbędne warunki i pod względem merytorycznym była w pełni zgodna z SIWZ.

Tym bardziej, że mamy tutaj do czynienia co najwyżej z błędami (brakami) formalnymi o charakterze niemerytorycznym, do tego błędami nieistotnymi, albowiem określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, podczas gdy do błędów (braków), które mogłyby skutkować

12

odrzuceniem oferty można by jedynie zaliczyć te będące wynikiem niezgodności oferty z ustawą (vide: opinia zawarta w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych numer 5 z 2009 roku). Z takim jednakże przypadkiem nie mamy w przedmiotowej sprawie do czynienia, o czym była już mowa powyżej.

W odniesieniu do powyższego wskazać również należy, że zgodnie z treścią przepisu art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Przepis wymienia w tym zakresie dwie kategorie: (1) oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu; (2) oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Istotnym jest tutaj, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać jedynie tych oświadczeń lub dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Będą to przede wszystkim takie oświadczenia lub dokumenty, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowym przepis ma bowiem na celu ograniczenie żądań zamawiającego do zakresu niezbędnego do prawidłowego przeprowadzenia postępowania, stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych w tym zakresie przez ustawodawcę (vide: M. Stachowiak, Komentarz do art. 25 ustawy - Prawo zamówień publicznych, 2012 rok).

Powyższy przepis jasno określa uprawnienia zamawiającego oraz zakres jego uprawnień w tym zakresie. Oznacza to, że zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę, a w konsekwencji może żądać tylko tych dokumentów, które są niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Oznacza to, że chodzi tutaj tylko o takie oświadczenia lub dokumenty, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić jednocześnie należy, że w każdej sytuacji żądanie powinno być precyzyjnie określone, aby nie budziło jakiegokolwiek wątpliwości. Przy czym zamawiający swoje żądania, co do złożenia oświadczeń i dokumentów powinien sprecyzować już w SIWZ, przy czym następnie nie może nadawać postanowieniom SIWZ odmiennego znaczenia niż wynikające z ich dosłownej treści (vide: wyrok KIO z dnia 25 lipca 2012 roku, KIO 1484/12).

Uszczegółowienie ograniczenia, o jakim mowa w przepisie art. 25 ust. 1 Ustawy znalazło swój wyraz w treści Rozporządzenia. I tak, w §1 Rozporządzenia wymieniono szczegółowo dokumenty, jakich może żądać zamawiający w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy tj. dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków dotyczących: (1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; (2) posiadania wiedzy i doświadczenia; (3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; (4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Natomiast w §3 Rozporządzenia wskazano szczegółowo dokumenty, jakich może żądać zamawiający w celu wykazania przez wykonawcę braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Ustawy, zaś w §6 wskazane zostały inne dokumenty (próbki, opisy, zaświadczenia), jakich może domagać się zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Wszystkie przywołane powyżej przepisy Rozporządzenia zawierają katalog zamknięty dokumentów, jakich może domagać się zamawiający od wykonawcy celem prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności w zakresie spełnienia przez wykonawcę warunków określonych przepisami Ustawy oraz SIWZ. Porównanie powyższego określonego Rozporządzeniem katalogu z zakresem, oświadczeń, których brak był podstawą odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego jasno pokazuje, że żadne z tych oświadczeń nie mogło być dokumentem żądanym przez Zamawiającego zgodnie z treścią Rozporządzenia, jak również nie było niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności dla oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, o jakich mowa w przepisie art. 22 ust. 1 Ustawy oraz braku podstaw do jego wykluczenia w trybie przepisu art. 24 ust. 1 Ustawy. Tym samym brak tych oświadczeń nie mógł być podstawą stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ oraz nie mógł być podstawą odrzucenia jego oferty. Jak już bowiem wskazano powyżej, również ta okoliczność potwierdza, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia co najwyżej z uchybieniami o charakterze formalno-porządkowym, które jednakże nie czynią oferty Odwołującego merytorycznie niezgodną z SIWZ w zakresie skutkującym obiektywną niemożliwością wykonania zamówienia.

Niezależnie od powyższego, w odniesieniu do pkt. g) wskazać należy, że tego rodzaju brak ma charakter wyłącznie porządkowy nie mający jakiegokolwiek wpływu na treść oferty Odwołującego, zaś w odniesieniu do pkt. d) i f) są to okoliczności bez znaczenia dla oceny

oferty Odwołującego, skoro jak wynika z pozostałej treści oferty oraz załączonych do niej dokumentów, w pierwszym przypadku oferta została złożona wyłącznie przez Odwołującego bez udziału innych podmiotów, zaś w drugim brak wskazania innych informacji świadczył jedynie o tym, że Odwołujący jakichkolwiek innych informacji do oferty przedkładać nie zamierzał.

Co się tyczy oświadczeń, o jakich mowa w pkt. a), b) oraz c) to podnieść należy, że są to oświadczenia w istocie dotyczące sposobu realizacji umowy, jaka zawarta zostanie w ramach zamówienia publicznego, gdzie kwestie te zostały właśnie uregulowane w treści projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ. Jeśli zatem zważyć, że: (i) w treści złożonej przez Odwołującego oferty, a dokładnie w pkt. 3 oferty Odwołujący złożył między innymi oświadczenie, że zapoznał się z SIWZ wraz z załącznikami, a w szczególności z warunkami opisu przedmiotu zamówienia i akceptuje bez zastrzeżeń warunki zamówienia określone w SIWZ oraz w projekcie umowy (ii) w pkt. 11 oferty Odwołujący złożył między innymi oświadczenie, że zawarty w SIWZ projekt umowy został przez Odwołującego zaakceptowany, (iii) zgodnie zaś z treścią §22 ust. 2 projektu umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, której treść Odwołujący zaakceptował oraz zobowiązał się zawrzeć w kształcie określonym tym projektem, jej integralna część stanowią w szczególności Program Funkcjonalno-Użytkowy oraz SIWZ i oferta wykonawcy wraz z załącznikami (iv) §11 projektu

umowy reguluje kwestie związane z informowaniem Zamawiającego o powierzeniu podwykonawcom części zamówienia i przedstawianiem wymaganych dokumentów oraz dokumentowaniem uregulowania zobowiązań w stosunku do podwykonawców oraz (v) w § 9 przewidziano kwestie związane z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy, a w § 14 rozstrzygnięto kwestie serwisu i wsparcia technicznego, jakie wykonawca świadczył będzie w ramach umowy na rzecz Zamawiającego - to bez wątplenia akceptując treść SIWZ wraz załącznikami, w tym w szczególności akceptując treść projektu umowy, w których to dokumentach te zobowiązania były przewidziane. Odwołujący zgodził się jednocześnie na określone w pkt. pkt. a), b) oraz c) warunki realizacji przedmiotu zamówienia oraz zobowiązał się do wykonania, bez konieczności składania w tym zakresie odrębnego oświadczenia. Tym samym brak złożenia przez Odwołującego tej treści oświadczeń, jak w pkt. a), b) oraz c) powyżej, w jakikolwiek sposób nie wpłynęła na ważność oferty, która zawiera wszystkie niezbędne oraz wymagana przepisami Ustawy oraz SIWZ elementy. Jest to twierdzenie tym bardziej zasadne, że jak się powszechnie przyjmuje w doktrynie już sam fakt złożenia ważnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi akceptację warunków tego zamówienia, bez konieczności składania w tym zakresie jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń.

15

W kwestii natomiast oświadczenia, o jakim mowa w pkt. e), to co do zasady wskazać należy, że przy składaniu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zachodzi domniemanie, że wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa informacje prawdziwe tj. zgodne ze stanem faktycznym. Żaden przepis Ustawy, ani Rozporządzenia nie przewiduje konieczności składania dodatkowych oświadczeń, że dane i oświadczenia zawarte w ofercie są prawdziwe i aktualne na dzień składania oferty., co jest o tyle uzasadnione, że na ich potwierdzenie składa się wraz z ofertą stosowne dokumenty w oryginale lub potwierdzonych za zgodność kopiach. To Zamawiający badając ofertę informacje te weryfikuje i jeśli ustali ponad wszelką wątpliwość, że dane te lub informacje nie są prawdziwe, zgodnie z treścią przepisu art. 24 ust. 2 Ustawy może dokonać wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie mógł wymagać od Odwołującego, do tego pod rygorem wykluczenia złożenia oświadczenia, oświadczenia, pod rygorem wykluczenia z postępowania, że dane zawarte w ofercie, przedstawionych oświadczeniach i innych dokumentach są prawdziwe i aktualne na dzień złożenia ofert.

Jednocześnie wskazać należy, że skoro złożone przez Odwołującego oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ (vide: karty numer 88-89 złożonej przez Odwołującego oferty zawierająca oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia), odwołuje się również do treści przepisu art. 24 ust. 2 Ustawy, to tym samym dotyczy ono również braku zawartych tam podstaw wykluczenia, a więc w ten sposób Odwołujący potwierdził prawdziwość danych zawartych w ofercie, przedstawionych oświadczeniach i innych dokumentach. Tym samym również w tym przypadku brak złożenia przez Odwołującego oświadczenia, jak w pkt. e) powyżej, w jakikolwiek sposób nie wpłynęła na ważność oferty, która zawiera wszystkie niezbędne oraz wymagana przepisami Ustawy oraz SIWZ elementy.

Reasumując powyższe, wskazać nadto należy, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy. Z mocy przepisu art. 14 Ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Ustawy nie stanowią inaczej. Dla oceny postępowania zamawiającego i wykonawców znajduje zatem zastosowanie także norma art. 5 kodeksu cywilnego. Odrzucenie w przedmiotowej sprawie oferty Odwołującego jedynie z tej przyczyny, że oferta Odwołującego, co do zasady zgodna z treścią SIWZ nie stanowi dokładnego powielenia wzoru oferty stanowiącego załącznik do SIWZ, na dodatek w zakresie, jaki nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny oferty Odwołującego, przy

16

uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiło w tym przypadku faktyczne nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 kodeksu cywilnego uznać należy za niedopuszczalne (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 roku, X Ga 23/07) oraz co skutkować winno unieważnieniem czynności Zamawiającego w tym zakresie.
[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucali Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Według art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

17

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3

Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

18

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych w świetle ustanawiających tego typu wymagania postanowień SIWZ lub przepisów prawa, spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

KIO 2366/14

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Zarzuty odwołania dotyczące niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą albo z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) – odpowiednio na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy – Izba uznała za zasadne. Oferta Odwołującego, rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy zmierzające do zaciągnięcia zobowiązania opisanego przez Zamawiającego i wykonania przedmiotu zamówienia w sposób wymagany warunkami przetargu jest w świetle przepisów prawa ważna – została podpisana przez osobę umocowaną do reprezentacji wykonawcy (na każdej złożonej stronie). Ponadto jej treść pozostaje zgodna z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp rekonstruowanym powyżej.

Brak w złożonym przez Odwołującego formularzu ofertowym punktów 16-10 i części pkt 15 – w stosunku do wzoru formularza stanowiącego Zał. nr 1 do SIWZ – jest ewidentny i pomiędzy stronami bezsporny. Jednakże pominięcie treści wszystkich wskazanych, końcowych punktów formularza, nie stanowi braków w przedstawieniu i opisanie zobowiązania ofertowego, w szczególności opisie oferowanego świadczenia i świadczenia wzajemnego. Otrzymując przedmiotową ofertę Zamawiający otrzymał wszelkie niezbędne informacje potrzebne mu dla przyjęcia oferty i oceny jej zgodności z treścią SIWZ zawarte w punktach wcześniejszych Zał. nr 1 do SIWZ. *A contrario* oświadczenia i informacje w ofercie Odwołującego pominięte były Zamawiającemu zupełnie w tym kontekście zbędne.

19

Wskazana w pkt 15 planowana forma zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie miała zobowiązaniowego charakteru, ale informacyjny, a według zastrzeżenia poczynionego przez Zamawiającego, jej podanie było nieobowiązkowe.

Oświadczenie o informowaniu Zamawiającego o podwykonawcach i płatnościach (pkt 16) było kompensowane przez postanowienia umowy, do której zawarcia wykonawca się zobowiązuje składając swoją ofertę.

Oświadczenie o prowadzeniu serwisu zgodnie z PFU (pkt 17) jest w istocie powtórzeniem oświadczenia, że oferowane jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, tylko z wyszczególnieniem jednego z elementów opisu przedmiotu zamówienia.

Wskazanie pełnomocnika wykonawców składających ofertę wspólną (pkt 18) jest w tym przypadku bezprzedmiotowe – Odwołujący składał ofertę samodzielnie.

Oświadczenie „pod rygorem wykluczenia z postępowania”, że dane zawarte w ofercie i jej załącznikach są prawdziwe i aktualne, kompensowane jest przez adekwatne postanowienia przepisów ustawy i do ich zastosowania jest zupełnie zbędne.

Zawarte w pkt 20 miejsce na „inne informacje” ma ewidentnie formalny charakter, tak samo jak wymaganie wypisania w treści formularza ofertowego załączników do oferty.

W związku z powyższym tego typu braki w ofercie Odwołującego nie mogły stanowić o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy, a ich kwalifikacja dokonana przez Zamawiającego oraz zastosowanie w tym przypadku ww. przepisów, stanowi przejaw nadmiernego formalizmu w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na marginesie Izba wskazuje, iż w zastanej sytuacji, w związku z brakiem niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zbędne było jakiegokolwiek poprawianie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Natomiast o planowane przez wykonawcę formy zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia, Zamawiający mógł jak najbardziej, bez mnożenia w tym zakresie formalnych podstaw, przeszkód i czynności – po prostu informacyjnie dopytać.

Jednakże potwierdzenie powyższych zarzutów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp, według której Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast w rozpatrywanym przypadku, potwierdzenie nieprawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie jej przywrócenia do postępowania nie miałyby wpływu na wynik postępowania – oferta odwołującego jest ofertą mniej korzystną od oferty wybranej, której ważność w przedmiotowym odwołaniu nie jest kwestionowana. Przy czym zaznaczyć należy, iż wynik postępowania rozumiany jest na tle ww. przepisu jako wybór oferty najkorzystniejszej, co potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. (sygn. akt: V Ca 3270/12).

KIO 2365/14

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Viatelecome Zamawiający wskazał następujące uzasadnienie faktyczne dla wskazanej podstawy prawnej odrzucenia oferty opartej o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp:

Wykonawca ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia zobowiązany był do złożenia, wypełnionej zgodnie z instrukcją wypełnienia, tabeli zgodności stanowiącej zał. 11 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego dla poszczególnych urządzeń przedkładając karty katalogowe (lub specyfikacje techniczne w przypadku braku kart katalogowych), wydruki itp.

Po sprawdzeniu i analizie załączonych do oferty dokumentów, jak również złożonych przez Wykonawcę na wezwanie uzupełnień i wyjaśnień, stwierdzono, że:

1.

dla zaoferowanych urządzeń w tabeli zgodności A, B, C, D, E i G zaproponowano jako producenta podmiot, który w rzeczywistości nie istnieje, albowiem de facto jako producenta wskazano markę (typ).

W związku z brakiem załączenia do oferty kart katalogowych (lub specyfikacji technicznych w przypadku braku kart katalogowych) dla ww. urządzeń Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów zgodnie z oświadczeniami woli zawartymi w tabeli zgodności w zakresie zaoferowanych urządzeń.

Wykonawca na wezwanie przedłożył karty katalogowe urządzeń innego producenta niż wynikało to z treści złożonej przez Niego oferty.

Na podstawie uzupełnionych dokumentów można stwierdzić, że Wykonawca na etapie przygotowywania oferty, wiedział jakiego producenta urządzeniami będzie dysponował o czym świadczy przedłożone wraz z uzupełnionymi kartami pismo producenta datowane na dzień 25 sierpnia 2014 roku tj. na dzień przed upływem terminu składania ofert. Powyższe ponadto potwierdza pismo z dnia 08.09.2014 roku wyjaśniające zagadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone na wezwanie Zamawiającego przed uzupełnieniem kart katalogowych.

Zamawiający pragnie nadmienić, że Wykonawca w piśmie z dnia 06.10.2014 roku w części 1 pisma ad. pkt. 9) uzupełniając kartę katalogową dla urządzenia serwerowego szczegółowo ustosunkowuje się w zakresie modelu tego urządzenia, podczas gdy w tym samym piśmie Wykonawca w żaden sposób nie wspomina, że w załączonej do oferty tabeli zgodności

urządzeń, składając tym samym po raz kolejny oświadczenie, z którego wynika, że producentem jest marka (typ) urządzenia (ad. pkt. 1, 2, 3, 4, 5 i 7).

Zatem w przypadku dokonania przez Zamawiającego poprawienia wskazanego w ofercie producenta i typu doszłoby do istotnej zmiany treści uprzednio złożonej oferty, co na tym etapie postępowania taka zmiana jest niedopuszczalna zgodnie z utworzoną linią orzecznictwa KIO

[...]

W związku z objęciem przez Wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa producenta i typu dla ww. zaoferowanych urządzeń Zamawiający w niniejszym odrzuceniu, w celu zachowania informacji zastrzeżonej jako „tajemnica przedsiębiorstwa” nie podaje nazw własnych zaproponowanych urządzeń.

2.

zaoferowane urządzenie producenta: LENOVO, typ: THINK CENTRE, model: AIO M93z w tabeli U zgodności nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.

W związku z brakiem załączenia do oferty dokumentu poświadczającego wynik testu dla zaoferowanego komputera dla Jednostek Podlegających Beneficjentowi, potwierdzającego osiągnięcie w teście BAPCo Sysmark2012 wyników nie mniejszych niż: „Rating” - 129 pkt, „Office Productivity” - 128 pkt, „Media Creation” - 125 pkt. oraz brakiem potwierdzenia w załączonej specyfikacji technicznej potwierdzenia spełnienia wymagania w zakresie infolinii producenta o zredukowanej odpłatności Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia brakującego dokumentu.

Uzupełniony na wezwanie dokument - test BAPCo został złożony do innej konfiguracji sprzętowej, aniżeli dokumenty złożone z ofertą przetargową. W wyżej uzupełnionym teście wskazana została konfiguracja komputera o innych parametrach tj. procesor Intel Core i3-4330 3.5GHz oraz grafika Intel HD Graphics 4600, podczas gdy do oferty został złożony test PassMark - CPU Benchmarks dla procesora i3-4310 3.4GHz oraz PassMark - G3D Mark dla grafiki Intel HD 4400.

Dla nowych komponentów Wykonawca przedłożył, potwierdzone za zgodność z oryginałem, testy PassMark dla grafiki oraz procesora.

Zatem Wykonawca dokonuje zmiany zaoferowanego procesora i grafiki, co na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne.

Ponadto uzupełniony test BAPCo Sysmark 2012 potwierdza spełnienie, przez oferowane urządzenie, wymagań Zamawiającego po upływie terminu składania ofert, który minął w dniu 28.08.2014 roku. Test ten został wykonany w dniu 08.10.2014 roku co potwierdza również złożone tłumaczenie tego dokumentu.

22

Niezależnie od powyższego Zamawiający informuje, że udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia wymagania w zakresie infolinii, która powinna zostać udzielona przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta. To Producent będzie dla Zamawiającego stroną, będzie świadczył przez okres 5 lat usługi gwarancyjne (sam lub za pomocą Autoryzowanego Partnera).

Wobec tego Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty w powyższym zakresie.

Ponadto, zapisami siwz Zamawiający wymagał, aby wykonawca dla danych komputerów miał zapewnioną infolinię serwisową o zredukowanej odpłatności. Wykonawca w żaden sposób tego nie wykazał. Z wiedzy Zamawiającego wynika, że nawet przedstawiciel Krajowy producenta Lenovo nie ma uprawnień to utworzenia takiej infolinii.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zostało przez Zamawiającego podane do wiadomości publicznej, a tym samym jakiekolwiek w nim zawarte informacje stanowiące ewentualnie tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, zostały w tej formie „odtajnione”.

Dla oceny objętych zarzutami odwołania podstaw faktycznych odrzucenia oferty

Odwołującego opisanych powyższej, istotne jest ustalenie znaczenia zastanych wymagań specyfikacji, co do treści oferty, konkretnie zawartego w niej opisu oferowanego przedmiotu

zamówienia (określenia i wskazania oferowanych w jego ramach urządzeń, ich komponentów i konfiguracji). Powyższe napotyka znaczące trudności w związku z pomieszczeniem przez Zamawiającego na gruncie jego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, instytucji treści oferty z dokumentami potwierdzającymi zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego.

I tak w rozdz. IX SIWZ, dotyczącym dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w pkt 4, Zamawiający żądał przedłożenia wraz z ofertą, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:

- 1) Wypełnioną i podpisaną przez Wykonawcę tabelę zgodności spełnienia warunków funkcjonalno-technicznych (załącznik nr 11 do SIWZ).
- 2) Pozostałe dokumenty szczegółowo wymienione i opisane w Programie Funkcjonalno - Użytkowym oraz w załączniku nr 11 dla oferowanych urządzeń, w szczególności:
 - a) karty katalogowe (lub specyfikacje techniczne w przypadku braku kart katalogowych) dla wszystkich oferowanych urządzeń, anten, rozwiązań zgodnie z wykazem ich złożenia wskazanym szczegółowo w Programie Funkcjonalno - Użytkowym,

23

-
- b) dokument poświadczający, że oferowany procesor osiąga w teście CPU Benchmarks na stronie www.passmark.com wynik co najmniej 13610 pkt., dopuszcza się wydruk ze strony: <http://www.cpubenchmark.net> potwierdzający spełnienie wymogów SIWZ w zakresie urządzenia serwerowego,
 - c) dokument poświadczający wynik testu oferowanego komputera dla Beneficjentów Ostatecznych, potwierdzający osiągnięcie w teście wydajności Mobile Mark 2012 Overall Performance Rating wynik min. 92 pkt.
 - d) dokument poświadczający, że oferowany procesor osiąga w teście wydajności PassMark - CPU Benchmarks wynik min. 2500 pkt, dopuszcza się wydruk ze strony: <http://www.cpubenchmark.net> potwierdzający spełnienie wymogów SIWZ w zakresie komputerów dla Beneficjentów Ostatecznych.
 - e) dokument poświadczający, że oferowana karta graficzna osiąga w teście wydajności PassMark - G3D Mark wynik min. 530 pkt, dopuszcza się wydruk ze strony: <http://www.cpubenchmark.net> potwierdzający spełnienie wymogów SIWZ w zakresie komputerów dla Beneficjentów Ostatecznych.
 - f) dokument poświadczający wynik testu oferowanego komputera dla Jednostek Podlegających Beneficjentowi, potwierdzający osiągnięcie w teście BAPCo Sysmark2012_wyniki nie mniejsze niż: „Rating”- 129 pkt, „Office Productivity” - 128 pkt, „Media Creation”-125 pkt.
 - g) dokument poświadczający, że oferowany procesor osiąga w teście wydajności PassMark - CPU Benchmarks wynik min. 4200 pkt, dopuszcza się wydruk ze strony: <http://www.cpubenchmark.net> potwierdzający spełnienie wymogów SIWZ w zakresie komputerów dla Jednostek Podległych Beneficjentowi,
 - h) dokument poświadczający, że oferowana karta graficzna osiąga w teście wydajności PassMark - G3D Mark wynik min. 530 pkt, dopuszcza się wydruk ze strony: <http://www.cpubenchmark.net> potwierdzający spełnienie wymogów SIWZ w zakresie komputerów dla Jednostek Podległych Beneficjentowi,
 - i) Specyfikacje zaproponowanego oprogramowania dla systemu kontroli i nadzoru stacji roboczych.

W instrukcji wypełnienia zawartej na str. 1 ww. tabeli zgodności (zał. nr 11), w pkt. 2, odnośnie poszczególnych, oferowanych urządzeń i elementów systemu, wymagano podania: *producenta danego urządzenia, typ, oferowany model i przyporządkowany do modelu pełny numer P/N producenta. W przypadku, gdy urządzenie nie posiada identyfikującego P/N dla całości należy wymienić nazwy oraz P/N poszczególnych modułów.*

24

Według pkt 4 do każdej tabeli sprzętowej opisującej sprzęt oferowany, wymagano dołączenia: *wymienione karty katalogowe, specyfikacje itp., które powinny zawierać*

parametry techniczne/funkcjonalne wymagane. Dołączone dokumenty powinny być ułożone i opisane w odpowiedniej kolejności, zgodnie z numeracją tabel.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż ustalenia w przedmiocie kwalifikacji charakteru czy statusu prawnego danego dokumentu, jako części oferty w rozumieniu art. 87 i 89 Pzp lub jako tzw. dokumentu przedmiotowego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – należy przeprowadzać z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danej sprawy, w szczególności analizy całości wymagań SIWZ doń się odnoszących, przede wszystkim samej treści dokumentu. W żadnym razie nie można poprzestać na formalnym zakwalifikowaniu i nazwaniu danego dokumentu w specyfikacji przez zamawiającego. W systemie polskiego prawa cywilnego zasada nominalizmu nie obowiązuje – o kwalifikacji danej czynności przesądza raczej jej treść i rzeczywiste znaczenie, a nie nazwa tej czynności nadana jej przez strony.

Przy czym zaznaczyć należy, iż rozróżnienie takie jest istotne ze względu na następczą ocenę możliwości zastosowania instytucji opisanych w art. 87 (w tym uwzględnienia zakazu zmian treści oferty wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2) lub w art. 26 ust 3 ustawy, według którego dopuszczalne jest pełne uzupełnienie, a nawet wymiana dokumentów przedmiotowych, które nie zostały złożone lub zawierają błędy.

Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia (w rozumieniu art. 87 i 89 ustawy). W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Z jednej strony jest to wskazane wyżej zdefiniowanie i dookreślenie realizowanego zobowiązania, natomiast tzw. dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane rozwiązania czy nawet szerzej – prowadzona działalność, organizacja pracy... *etc.*, spełniają wymagania zamawiającego określone w siwz i nie odnoszą się przy tym bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia.

25

Izby dostrzega trudności mogące zaistnieć przy jednoznacznej kwalifikacji niektórych dokumentów żądanych i składanych w praktyce udzielania zamówień publicznych jako potwierdzających okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, czy też jako odnoszących się bezpośrednio do treści oferty i przesądzających o zastosowaniu dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2. Tym bardziej, iż biorąc pod uwagę dosłowną treść powoływanych przepisów, podnosić można, iż jakkolwiek dokument wyrażający (dookreślający) treść oświadczenia woli wykonawcy (oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – potwierdza bowiem (np. przez oświadczenie wykonawcy), że np. zaoferowana w postępowaniu usługa jest zgodna (odpowiada) z treścią siwz (wymaganiom zamawiającego). Tym samym utożsamiona zostaje postulowana i wymagania w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność treści oferty z siwz czyli zgodność świadczenia oferowanego oraz zamawianego, z kwestią potwierdzenia okoliczności odpowiadania oferowanej usługi, dostawy czy roboty budowlanej wymaganiom opisanym przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2). Konsekwentnie, należałoby uznać za dopuszczalne sanowanie i uzupełnianie oferty składanej w ramach postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. W skrajnym przypadku, doprowadzając *ad absurdum*, wnioski wypływające z przyjęcia takiego stanowiska, należałoby uznać, iż również „dokument” zawierający podstawową treść zobowiązania, którym zazwyczaj jest formularz ofertowy, podlega uzupełnieniu na podstawie ww. przepisu.

Powyższe konsekwencje tego typu stanowiska są nie do przyjęcia i nie do pogodzenia z dyspozycją art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp, w której ustawodawca zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności wskazanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu. Tym samym, w zgodzie z leżącym u podstaw procesu wykładni i stosowania prawa założeniem i nakazem utrzymania niesprzeczności regulacji ustawowej, należało

zastosować takie reguły interpretacji przepisów oraz reguły kolizyjne, które pozwolą uzyskać racjonalny kształt i zakres normowania adekwatnych norm prawnych. W szczególności, przyjęć należało, iż art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczą zagadnień odrębnych, tzn. zakres regulacji ww. przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest możliwe, np. w oparciu o zastosowanie wskazanych wyżej kryteriów.

W świetle powyższego, należało uznać, iż tabela zgodności (zał. nr 11 do SIWZ) w zakresie danych wymaganych do podania przez wykonawcę (określenia oferowanych urządzeń) nie jest dokumentem przedmiotowym, ale stanowi ofertowy opis oferowanego świadczenia i jego parametrów. Kwalifikacja poszczególnych kart katalogowych, specyfikacji, wyników testów (wymienionych w rozdz. IX pkt 4 SIWZ) jest w tym przypadku bardziej

26

skomplikowana. Przy czym rozstrzygnięcie w jakim zakresie informacje zawarte w tego typu dokumentach przedmiotowych stanowiły treść oferty, a w jakim potwierdzały tylko, że oferowane urządzenia (w jakiegokolwiek konfiguracji, która nie były wymagane do podania w ofercie) spełniają/mogą spełnić wymagania SIWZ, konieczne było jedynie dla rozstrzygnięcia tylko jednego zarzutu odwołania (dot. zmiany treści oferty przez uzupełnienie wyników testów BAPCo).

Uwzględniając powyższe, należało stwierdzić ewidentną niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ polegającą na braku podania w tabelach A, B, C, D, E i G w zał. nr 11 do oferty producenta sprzętu, a samo określenie nazwy i typów oferowanych urządzeń (w niewłaściwych wierszach), przy jednoczesnym braku przedstawienia wraz z ofertą wymaganych kart katalogowych, nie pozwalało zidentyfikować jakie konkretnie urządzenia radiowe i jakiego producenta są w rzeczywistości oferowane w tym postępowaniu (do czego zmierzały wymagania Zamawiającego dotyczące zawartości treści oferty zawarte w instrukcji wypełniania załącznika nr 11).

Powyższe nie było możliwe również ze względu na fakt, iż podana przez Wykonawcę w rubryce „producent” marka sprzętu nie przesądzała wcale, iż intencją Wykonawcy było zaoferowanie sprzętu producenta wskazywanego w odwołaniu i na rozprawie. Zamawiający na rozprawie przedstawił adres internetowy innego producenta sprzętu radiowego występującego pod taką nazwą.

Tego typu braki w ofercie stanowią zbyt zasadniczą i rozległą niezgodność oferty z SIWZ, niemożliwą do sanowania na podstawie dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, która odnosi się do omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Uwzględniając powyższe potwierdzono zasadność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z SIWZ w związku z okolicznościami opisanymi w pkt 1 informacji o odrzuceniu oferty.

Natomiast względem zarzutów odwołania dotyczących podstaw odrzucenia oferty wskazanych w pkt 2 informacji o odrzuceniu, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w istocie nie wskazał dlaczego zaoferowane w tabeli U urządzenie „nie spełnia wymagań określonych w SIWZ”.

Natomiast zarzucanie dokonania zmiany oferty przez zmianę dokumentów przedmiotowych Izba uznała za niezasadne. Wykonawca był zobowiązany do określenia w ofercie jakie laptopy oferuje, nie był natomiast zobowiązany do wskazywania w jakiej dokładnie konfiguracji. Przy takiej konstrukcji SIWZ przedmiotem zobowiązania ofertowego oraz przyszłego świadczenia wykonawcy, jest więc laptop o każdej konfiguracji spełniającej

27

brzegowe wymagania Zamawiającego, a „oferowane” konfiguracje wykonawca może dowolnie zmieniać.

Reasumując, wskazać należy, iż w ofercie wykonawcy nie mogło zostać zmienione to, co nie znajdowało się w jej treści. Natomiast zarzutu, iż dla urządzenia, które wskazano w ofercie, nie przedstawiono odpowiednich (rzeczowo) dokumentów przedmiotowych i tym samym nie wykazano, że spełnia wymagania SIWZ, Zamawiający nie sformułował i nie z tego powodu odrzucił ofertę Odwołującego.

Ściślej, w tym zakresie, w informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający sformułował jedynie

zarzut odnoszący się do braku wykazania stosownych parametrów sprzętu ze względu na datę przeprowadzenia testu – przypadającą na dzień po składaniu ofert.

Izba potwierdza zasadność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w oparciu o tego typu podstawę faktyczną – wykonawca w ramach uzupełnienia dokumentów przedmiotowych i przez przedłożenie tych dokumentów, wbrew wymaganiom art. 26 ust. 3 Pzp, nie wykazał spełniania przez sprzęt oferowany wymagań Zamawiającego nie później niż na dzień składania ofert.

Przewidzianym w SIWZ potwierdzeniem możliwości uzyskiwania wymaganych parametrów przez oferowane urządzenie było przedłożenie wyników wskazanego testu BAPCo.

Według § 7 ust. 4 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Przy czym strony nie wskazywały na żadne postanowienia specyfikacji, które umożliwiłyby odstępianie od tego wymagania.

W świetle powyższego, w ramach uzupełnienia dokumentów, do którego został wezwany, wykonawca winien wykazać zamawiającemu, zarówno przy pomocy prawidłowych dokumentów oryginalnych, jak i ich prawidłowych tłumaczeń, że oferowane urządzenia w dacie składania ofert charakteryzowały się określonymi parametrami. Reasumując, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu czy przedmiotowych cech oferowanego przedmiotu zamówienia składają się w takim przypadku, zarówno same dokumenty w języku obcym, jak i ich sporządzone i przedłożone przez wykonawcę tłumaczenia.

Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu prawidłowych dokumentów tego typu, które potwierdziłyby wskazane okoliczności. W ramach uzupełnienia przedstawił bowiem albo dokument zawierający zbyt późną datę jego wystawienia, albo błędne tłumaczenie daty zapisanej w tzw. formacie amerykańskim. Obie powyższe sytuacje należy zakwalifikować jako brak prawidłowego, tj. dokonanego w sposób wymagany w SIWZ, wykazania cech przedmiotowych dostawy. Podkreślić przy tym należy, iż w przypadku dokumentów obcych,

28

Zamawiający dokonuje oceny spełniania wymagań SIWZ przede wszystkim na podstawie tłumaczenia dokonywanego przez samego wykonawcę, który powinien dołożyć należytej staranności przy jego sporządzaniu.

Na podstawie dowodu przedłożonego na rozprawie przez Odwołującego (oświadczenia z dnia 11 listopada 2014 r. złożonego przez firmę wykonującą test) – uwzględniając jako okoliczność uwiarygodniającą odpowiedzialność karną grożącą w tym przypadku na podstawie art. 297 Kodeksu karnego – należało uznać, iż test przeprowadzono przed datą składania ofert, tj. w dniu 10 sierpnia 2014 r. Jednakże powyższe nie usuwa zastrzeżeń co do prawidłowości dokumentów, którymi posłużył się Zamawiający (i ich tłumaczeń) i tym samym wykazania okoliczności, które obowiązywał wykazać.

W dokumencie oryginalnym, w podsumowaniu testu wskazano datę zapisaną w sposób następujących: 2014-10-08. Ponadto na tej stronie w odniesieniu do BIOS-u wskazano datę: 05/14/2014 (co jest zapisem w tzw. formacie amerykańskim). Powyższe w tłumaczeniu odzwierciedlono odpowiednio jako: 08.10.2014 i 14.05.2014 r. Wykonawca dokonując tłumaczenia z całą niezbędną świadomością dokonał więc interpretacji i tłumaczenia dat (przez zmianę ich formatu podawania) i podał Zamawiającemu, że test przeprowadzono w dniu 8 października 2014 r., a więc po dacie składania ofert. Tym samym dokonując tłumaczenia w określony sposób, Odwołujący widział i wiedział, jaka data przeprowadzenia testu została podana w dokumentacji testu i z całą świadomością takim dokumentem się posługiwał.

Powyższe ustalono na podstawie treści str. 62-64 uzupełnienia dokumentów przekazanych Zamawiającemu przez Konsorcjum Viatelecome w dniu 9 października 2014 r.

Na marginesie Izba wskazuje, iż tzw. amerykański zwyczajowy format podawania daty przyjmuje kolejność MM-DD-YYYY. Jakkolwiek Izba nie posiada żadnych wiadomości specjalnych w tej dziedzinie i nie będzie wypowiadać się wiążąco w tej materii, to jednak nie jest jej znany żaden format zapisu daty przyjmujących postać YYYY-DD-MM, który jak wynika z wywodów Odwołującego, miał być zastosowany w dokumencie potwierdzającym wynik testu. Brak również przykładów takiego formatowania daty w dowodach przedkładanych przez Odwołującego – np. w wydrukach z instrukcji konfiguratora ustawień

regionalnych testu BAPCo, data w formacie amerykańskim zapisywana jest jako MM-DD-YYYY. Znany jest jej natomiast popularny format z normy ISO 8601 powszechnie stosowany w aplikacjach komputerowych i przyjmujący postać YYYY-MM-DD.

Ponadto również na marginesie należy dodać, iż test przeprowadzony i udokumentowany po dacie składania ofert, jak najbardziej mógłby potwierdzać, iż dane urządzenie spełniało parametrowe wymagania zamawiającego już w dniu składania ofert. Należałoby jedynie wskazać i wykazać, iż badania przeprowadzone później, materialnie potwierdzają także

29

uprzednie istnienie danych okoliczności, np. przez wykazanie, iż badaniom poddano dokładnie takie samo urządzenie jak oferowane (taki sam model, bez zmian i modyfikacji wpływających na jego wydajność... etc.), które niezależnie od upływu czasu zawsze charakteryzuje się stwierdzonymi parametrami lub właściwościami (vide wyrok Izby z dnia 18 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2307/14). Jednakże w związku z kontrydiktoryjnością postępowania odwoławczego wynikającą z dyspozycji art. 190 ust. 1 Pzp, to przede wszystkim strony obowiązane są do podnoszenia i wykazywania okoliczności faktycznych istotnych z punktu widzenia ochrony ich interesów, a Izba nie musi prowadzić postępowania dowodowego z urzędu. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący ww. okoliczności nie podnosił.

Izba potwierdza zarzuty odwołania dotyczące kwestii zapewnienia infolinii serwisowej względem takich podstaw odrzucenia oferty, jakie zostały podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności zawartym w piśmie z dnia 7 listopada br. (i tylko w takim zakresie mogły być rozpoznane przez Izbę).

Z treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty nie sposób w tym przypadku wywnioskować, jaką postać niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający stwierdził, w szczególności z jakich względów Zamawiający uznaje, iż oferta złożona przez Wykonawcę nie wykazuje spełnienia wymagań dotyczących infolinii. Przeciwnie, Odwołujący wykazał powyższe w sposób idealnie zgodny z treścią SIWZ, tj. przez złożenie stosowanego oświadczenia w tabeli U zał. nr 11. Zamawiający niesłusznie zarzucał więc braki w wykazaniu danych okoliczności, jeżeli żadnego szczególnego wykazania powyższego, w SIWZ nie wymagał. Wykonawca nie musiał tego czynić również w ramach jakichkolwiek wyjaśnień składanych Zamawiającemu.

Natomiast jeżeli Zamawiający stwierdził, iż przedmiot oferty jest w rzeczywistości inny niż Wykonawca w sposób wymagany w SIWZ deklaruje (oferowane świadczenie jest materialnie niezgodne z SIWZ), to winien powyższe wskazać w informacji o odrzuceniu oferty, podając w tym zakresie stosowne uzasadnienie faktyczne. Ponadto jeżeli Zamawiający uznawał, iż Wykonawca celowo podał w tym zakresie nieprawdziwe informacje (złożył oświadczenie rozmiągające się z rzeczywistością), to winien wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Żadnych nadających się do rozpoznania przez Izbę zarzutów w rozumieniu art. 192 ust. 7 Pzp, a dotyczących naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, w odwołaniu nie sformułowano.

30

Na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp, w związku z zastaną wartością szacunkową zamówienia, zarzuty dotyczące bezprawnego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa pozostawiono bez rozpoznania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

.....

31

32