

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 czerwca 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący -
Sędziowie

Protokolant

SSO Maja Smoderek

SO Joanna Wiśniewska-Sadowska (spr.)
SR del. Magdalena Śliwińska - Stępień
sekr. sądowy Grażyna Dwórznik

po rozpoznaniu w dniu 3 czerwca 2013 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy

ze skargi Comp S.A. w Warszawie

przeciwko zamawiającemu Skarbowi Państwa - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia

z udziałem S&T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Unizeto Technologies S.A. w Warszawie, Qumak - Sekom S.A. w Warszawie, CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. w Lublinie, ATM Systemów Informatycznych S.A. w Warszawie, Comarch Polska S.A. w Krakowie, Enigma Systemów Ochrony Informacji Sp. z o.o. w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 22 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2295/12

1. oddala skargę;
2. zasądza od Comp S.A. w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia kwotę 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w instancji odwoławczej.

Na oryginale właściwe podpisy

Za zgodność - ■

Sygn. akt V Ca 533/13

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zaprojektowanie, realizacja i nadzór gwarancyjny systemów „Szyba Usług” oraz „Systemu Administracji”.

Pismem z dnia 12 października 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołujących o wynikach oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą spośród złożonych ofert Zamawiający uznał ofertę Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie.

Od takiego stanowiska Zamawiającego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożyło 8 wykonawców- wszyscy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, wśród nich COMP S.A. w Warszawie (sygn.. akt KIO 2310/12). Wszystkie wniesione odwołania zostały skierowane do łącznego rozpoznania.

Odwołujący COMP S.A. w Warszawie w wniesionym w dniu 22 października 2012 r. odwołaniu, zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp w związku z art. 2 pkt. 5 Pzp poprzez błędne i niezgodne z treścią SIWZ dokonanie oceny ofert i ustalenie, iż najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu jest oferta złożona przez Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie, a nie oferta złożona przez odwołującego;
2. art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez błędne i niezgodne z postanowieniami SIWZ dokonanie oceny ofert i nieprawidłowe przyznanie punktów w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia” oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Wnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności oceny ofert,
3. dokonania powtórnej czynności oceny ofert i przyznanie odwołującemu 19,66 pkt w kryterium „Sposób realizacji przedmiotu zamówienia;
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 oraz art. 91 ust. 4 Pzp.

W uzasadnieniu COMP S.A. podniósł zarzut niewłaściwej, niezgodnej z postanowieniem SIWZ oceny jego oferty, w wyniku której jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, a powinna zostać uznana za ofertę

najkorzystniejszą w postępowaniu.

Ustosunkowując się do powyższych zarzutów zamawiający - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia podnosił, że w SIWZ jednoznacznie podkreślono, że punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, co wyraźnie wskazuje, że każda cyfra po drugiej cyfrze po przecinku nie będzie brana pod uwagę.

W toku postępowania przed KIO przedłożono opinie prywatne: prof. Agnieszki Plucińskiej, Andrzeja Chmielowca, prof. dr hab. inż. Jana Purczyńskiego.

Wyrokiem z dnia 22 stycznia 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza po

rozpoznaniu na rozprawie m.in. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2012 r. przez wykonawcę COMP S.A. (sygn. akt KIO 2310/12) w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia oddaliła odwołanie COMP S.A., obciążyła kosztami postępowania wykonawcę COMP S.A., zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 90.000 zł uiszczonej przez COMP S.A. tytułem wpisu od odwołania, zasądziła od COMP S.A. na rzecz Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia kwotę 1.200 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu wyroku KIO stwierdziła, że aby ustalać wynik do określonej ilości miejsc po przecinku, dokonując zaokrąglania ostatniej cyfry, niezbędne jest użycie sformułowania: „wynik zaokrągla się”. W innym przypadku brak jest przeszkód, aby ustalić wynik do dwóch miejsc po przecinku poprzez odcięcie trzeciej i kolejnej cyfry. Tym samym biorąc pod uwagę treść postanowień SIWZ za niezasadny należy uznać zdaniem Izby zarzut odwołującego, że obliczony przez zamawiającego wynik dzielenia winien podlegać zaokrągleniu.

Skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2310/12) złożył COMP S.A. w Warszawie, zaskarżając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w części, tj. w zakresie, w jakim Izba oddaliła odwołanie COMP S.A. w sprawie o sygn. KIO 2310/12 (pkt 1 wyroku) i obciążyła skarżącego kosztami postępowania odwoławczego (pkt. 2 wyroku).

Zdaniem skarżącej spółki KIO wydała orzeczenie z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, w szczególności:

1. przepisów postępowania tj.:
 - a. przepisu art. 190 ust. 7 Pzp i art. 192 ust. 1 Pzp poprzez dowolną i wybiórczą, a nie swobodną i wszechstronną ocenę dowodów prowadzącą do przyjęcia, iż przyznanie przez zamawiającego punktów skarżącemu w ramach kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ było prawidłowe, podczas gdy wszechstronne rozważenie materiału dowodowego powinno prowadzić do wniosku, iż zamawiający dokonał wadliwego określenia liczby punktów przyznanych skarżącemu;
 - b. przepisu art. 192 ust. 2 Pzp poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez skarżącego, mimo iż doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania;
 - c. przepisu art. 191 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność dokonanych przez Izbę istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego;

2. prawa materialnego tj. przepisu art. 91 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp w związku z art. 2 pkt. 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, co doprowadziło do sytuacji, w której pozostała utrzymana błędna i niezgodna z treścią SIWZ dokonana przez zamawiającego ocena ofert i ustalenie, iż najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu jest oferta złożona przez Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie, a nie oferta złożona przez skarżącego.

W konkluzji skarżąca spółka, na podstawie art. 198 fust. 2 Pzp wniosła o uwzględnienie podniesionych zarzutów i uznanie skargi za zasadną oraz zmianę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dotyczącym sprawy z odwołania wniesionego przez COMP (sygn. KIO 2310/12) poprzez uwzględnienie odwołania skarżącego i nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b. unieważnienia czynności oceny ofert;
- c. dokonanie powtórnej czynności oceny ofert i przyznanie Skarżącemu 19,66 pkt w kryterium „Sposób realizacji zamówienia”;
- d. dokonania wyboru oferty skarżącego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 oraz art. 91 ust. 4 Pzp;

Nadto skarżąca wniosła o obciążenie przeciwnika skargi kosztami postępowania przed KIO i sądem okręgowym oraz zasądzenie kosztów na rzecz

skarżącego, w szczególności kwoty 15.000 zł uiszczonej przez skarżącą tytułem wpisu od odwołania; kwoty 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed KIO; kosztów postępowania przed sądem okręgowym, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Przeciwnik skargi - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia wniósł o oddalenie skargi.

Rozpoznając sprawę w granicach zaskarżenia, sąd okręgowy zważył, co

następuje:

Skarga jest niezasadna, a większość podniesionych w niej zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż spór w niniejszej sprawie koncentrował się wokół wykładni użytego w SIWZ sformułowania będącego podstawą ustalenia punktacji oferentów. „Punktacja będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”. Wykładnia tego zapisu nie budziła wątpliwości na etapie składania ofert, żaden z uczestników przetargu nie podnosił, że zapis ten jest mało precyzyjny, ani nie kwestionował jego treści. Dopiero po ocenie i ustaleniu punktacji wątpliwości zgłosił skarżący, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu, uzyskując 19,65 pkt.

Według zamawiającego powyższy zapis w SIWZ oznaczał, że każda cyfra po drugiej cyfrze po przecinku nie będzie brana pod uwagę. Taka wykładnia jest zgodna z literalnym brzmieniem, prawidłowo zatem KIO przyjęła, iż, aby ustalić wynik do określonej ilości miejsc po przecinku, dokonując zaokrąglenia ostatniej cyfry, niezbędne jest użycie sformułowania: „wynik zaokrągła się”.

Bezsporne jest, iż istnieją różne sposoby podawania wartości liczb - możliwe jest zaokrąglenie ich wartości (zgodnie z matematycznymi zasadami), bądź też

podanie ich wartości bez zaokrąglania (poprzez pominięcie cyfr znajdujących się na dalszych miejscach). Żadna z tych metod nie jest obowiązująca, ani dominująca. Nie ma także ustawowego obowiązku dokonywania obliczeń według jednego, ustalonego wzorca. Czasami ustawodawca reguluje zasady ustalania wartości liczb, przykładowo w procedurze cywilnej liczby zaokrągla się w górę do pełnego złotego, ale taki sposób liczenia wynika wprost ze sformułowania ustawowego. W postępowaniu dotyczącym zamówień publicznych nie ma żadnych postanowień odnośnie sposobu liczenia punktacji, pozostawiając tę kwestię arbitralnej decyzji zamawiającego.

W niniejszej sprawie zamawiający przyjął zasadę, iż punktacja będzie ustalana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (bez zaokrąglania wartości) i według tej samej zasady ustalił punktacje wszystkich wykonawców. Nieistotne jest przy tym, w jaki sposób liczono punkty w innych zamówieniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego, istotne jest jedynie, jaki sposób wyliczania punktacji przyjął zamawiający w tym konkretnym zamówieniu w stosunku do wszystkich oferentów. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność podnoszona przez skarżącego, iż „zaokrąglanie” jest dokładniejszą metodą, a uzyskana w ten sposób liczba podana jest z największym przybliżeniem. Zamawiający nie zdecydował się na zaokrąglanie, nie zawarł także w SIWZ zapisu, że ustalona liczba punktów powinna być podana jak najdokładniej, by zminimalizować błąd. Zamawiający w tym konkretnym zamówieniu przyjął najprostszy i nie budzący wątpliwości (przynajmniej teoretycznie sposób liczenia), który wymagał jedynie dokonania prostej czynności technicznej polegającej na pominięciu dalszych cyfr.

Podkreślić przy tym należy, że decyzja co do sposobu ustalania punktacji pozostawiona jest zamawiającemu, który powinien stosować się do podanych w SIWZ zasad. Zdaniem sądu okręgowego przyjęta przez zamawiającego wykładnia zawartego w SIWZ sposobu naliczania punktacji jest prawidłowa i zgodna z jego literalnym brzmieniem, a skarżący w żaden sposób nie wykazał, że zamawiający ustalił punktację oferentów nieprawidłowo, w sposób pozostający w sprzeczności z warunkami sformułowanymi w SIWZ. Nie można zatem podzielić podnoszonych w skardze zarzutów naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp w związku z art. 2 pkt. 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, co doprowadziło do sytuacji, w której pozostała utrzymana błędna i niezgodna z treścią SIWZ dokonana przez zamawiającego ocena ofert.

Z powyższych względów bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostawały przedłożone do akt opinie matematyków dotyczące zasad zaokrąglania liczb. Decydujące znaczenie miała analiza sformułowań zawartych w SIWZ, tym samym nie można podzielić zarzutu skarżącego naruszenia przez KIO przepisu art. 190 ust. 7 Pzp i art. 192 ust. 1 Pzp poprzez dowolną i wybiórczą ocenę dowodów prowadzącą do przyjęcia, iż przyznanie przez zamawiającego punktów skarżącemu w ramach kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ było prawidłowe.

Nadmienić nadto należy, iż w postępowaniu przed sądem odwoławczym można podnosić tylko te zarzuty, które były podnoszone w postępowaniu przed KIO, niedopuszczalne natomiast na tym etapie postępowania jest występowanie z nowymi zarzutami. W odwołaniu skarżący podnosił zarzuty dotyczące sposobu ustalenia punktacji spółki COMP i tylko te zarzuty podlegają kontroli sądu w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem sądu okręgowego orzeczenie wydane przez KIO jest prawidłowe.

Z tych wszystkich względów sąd okręgowy na podstawie art. 198 fust. 2 PZP oddalił wniesioną w tej sprawie skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 i art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 1 k.p.c. oraz 198 a ust. 2 Pzp.

Zważywszy, że skarga została w całości oddalona, skarżący zobowiązany został do zwrotu przeciwnikowi skargi poniesionych przez niego kosztów zastępstwa procesowego przed sądem okręgowym. Zgodnie bowiem z art. 98 § 1 k.p.c. strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, czyli koszty procesu.

ODPIS

Sygn. akt XII Ga 186/13

AWCZA

O 9, 09. 7013

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8maja2013r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
W składzie następującym:

Przewodniczący: S.S.O. Dariusz Janiszewski
Sędziowie: S.O. Bożena Kachnowicz - Kokot

del. S.R. Magdalena Kiedrowicz-Kopeć (spr)

po rozpoznaniu w dniu 25 kwietnia 2013 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi Agencji Nieruchomości Rolnych w Warszawie Oddział Terenowy w Gdańsku

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 14 stycznia 2013r. sygn. akt KIO 2872/12

z udziałem

przeciwnika skargi (wykonawcy): „CEZAR” Cezary Machnio i Piotr Gębka spółka jawna w Radomiu

oraz wykonawcy: Torell Technology Spółka Akcyjna w Warszawie

o udzielenie zamówienia publicznego

oddala skargę.

Sygn. akt XII Ga 186/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 14 stycznia 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) w punkcie 1 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu Agencji Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Gdańsku unieważnienie czynności odrzucenia oferty „Cezar” Cezary Machnio i Piotr Gębka Sp. j. w częściach I - IV zamówienia, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na część I przedmiotu zamówienia oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na części II -IV przedmiotu zamówienia oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się w częściach I-IV zamówienia, w punkcie 2 kosztami postępowania obciążyła zamawiającego, w ten sposób, że w punkcie 2.1 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł. uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, w punkcie 2.2 zasądziła od zamawiającego na rzecz wykonawcy kwotę 11.100 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

KIO w uzasadnieniu wyroku wskazała, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego na dostawę nowego sprzętu informatycznego do ANR GNiAZ WRSP w Bytowie, Malborku, Skarszewach i Słupsku (nr postępowania SO-C16C-135/12), wobec czynności odrzucenia oferty „Cezar” Cezary Machnio i Piotr Gębka Sp.j. z siedzibą w Radomiu, Wykonawca ten wniósł w dniu 24 grudnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. D872/12). W odwołaniu postawił zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 82 ust. 3, art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego i unieważnieniem postępowania w części I, a z ostrożności procesowej zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na braku oznaczenia symbolem „x” jednego parametru odpowiednio w każdej części zamówienia, tj. oferowanego urządzenia wielofunkcyjnego.

Wedle stanowiska Izby w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r, Nr 206, póź. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, nr, 1778, zwanej dalej „ustawą”). Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę. Zamawiający na posiedzeniu Izby wskazywał na podstawę do odrzucenia odwołania w części zarzutów dotyczących czynności unieważnienia postępowania na część I zamówienia, wynikającą z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy. Izba kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawę uznała po pierwsze, iż ustawodawca nie przewidział częściowego odrzucenia odwołania, po drugie, iż wskazanie w zarzutach na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy stanowiło konsekwencję kwestionowanej, jako naruszającej przepisy ustawy, czynności odrzucenia oferty odwołującego. Tym samym, rozstrzygnięcie w przedmiocie zasadności twierdzeń odwołującego o bepodstawności odrzucenia jego oferty, pomimo braku możliwości zaskarżenia samej czynności unieważnienia postępowania w części I zamówienia odnosiłoby się w sposób pośredni do tej czynności Zamawiającego. W

sytuacji, kiedy jedyną podstawę unieważnienia postępowania stanowi zaskarżona czynność odrzucenia oferty odwołującego, rozstrzygnięcie Izby w tym zakresie musi uwzględniać ocenę wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy. Konsekwencje uznania czynności odrzucenia oferty za naruszającą przepisy ustawy rozciągają się w okolicznościach badanej sprawy na czynność unieważnienia postępowania, pomimo, iż sama czynność unieważnienia postępowania nie może być skarżona w postępowaniu poniżej progów unijnych. Zdaniem KIO wskazanie w zarzutach na naruszenie przesłanki do unieważnienia postępowania nie stało na przeszkodzie rozpoznaniu zasadniczej części odwołania, w której Odwołujący kwestionował czynność odrzucenia jego oferty we wszystkich czterech częściach zamówienia.

W ocenie KIO odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Izba ustalając, czy wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialne prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy) wskazała, że zapowiedź Zamawiającego unieważnienia postępowania nie może pozbawiać wykonawcy prawa do skutecznej obrony swojej oferty w postępowaniu. W sytuacji, gdyby do czasu zamknięcia rozprawy przed Izłą Zamawiający skutecznie unieważnił postępowanie wskazując na przyczyny powodujące, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, okoliczność ta miałaby znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów w związku z koniecznością ustalenia wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania. Ponieważ w badanej sprawie Zamawiający nie unieważnił postępowania z uwagi na upływ terminu do realizacji zamówienia, nie mogło on wpływać na ustalenie, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego pozbawiała tego Wykonawcę szansy na realizację zamówienia we wszystkich czterech częściach, w których jego oferta mogła być uznana za najkorzystniejszą.

Dalej Izba zważyła, że zarzuty podniesione w odwołaniu sprowadzały się do kwestionowania prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego we wszystkich czterech częściach zamówienia, z uwagi na brak wypełnienia części pozycji w formularzach ceny. Powyższe doprowadziło do unieważnienia postępowania w części I zamówienia i wyboru w częściach II-IV zamówienia oferty droższej od oferty Odwołującego. Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, wskazując na przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego w części I zamówienia uznał, iż w formularzu oceny załącznik 1A do siwz Wykonawca nie wypełnił pozycji w tabeli 1 dla parametru oferowanego „Obsługiwane systemy operacyjne”.

Izba ustaliła, że w zawiadomieniu z dnia 19.12.2012 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej w częściach, II - IV, Zamawiający wskazując na przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego w poszczególnych częściach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stwierdził, iż w formularzu oceny - załączniku 1 B do siwz w tabeli nr 1 dla parametru oferowanego „Wbudowany serwer druku -interfejs sieci 10/100 lub 10/100/1000 Base - TX” Wykonawca nie określił (zaznaczył) jaki rodzaj portu będzie posiadało oferowane urządzenie. W załączniku 1 C do siwz w tabeli 1 dla parametru oferowanego „Skanowanie do” Wykonawca nie określił (zaznaczył) miejsca do którego będzie wykonywane skanowanie. W załączniku 1 D do siwz w tabeli 1 dla parametru oferowanego „Wbudowany serwer druku - interfejs sieci 10/100 lub 10/100/1000 Base - TX” Wykonawca nie określił (zaznaczył) jaki rodzaj portu będzie posiadało oferowane urządzenie.

Następnie Izba ustaliła, że w formularzu oceny złożonych na poszczególne części zamówienia Odwołujący w kolumnie „Parametry oferowane”, zgodnie z wytyczną Zamawiającego zamieszczoną w uwagach pod każdym z załączników od 1A do 1D, wymagał od wykonawców wpisania konkretnych parametrów oferowanych przez producenta danego sprzętu. W miejscach z należało odpowiednio zaznaczyć „X”. Obowiązkiem wykonawcy było również wypełnienie wszystkich wykropkowanych miejsc przez podanie stosownych informacji i danych. W załączniku 1A do siwz Odwołujący w pozycji 7 tabeli nie zaznaczył „X”, czy oferowane urządzenie wielofunkcyjne model MX410DE obsługuje systemy operacyjne Windows XP, Windows 7 (32 i 64 bit), czy też nie ich nie obsługuje.

Wreszcie KIO ustaliła, że w załączniku 1B do siwz Odwołujący w pozycji

„Wbudowany serwer (...)” nie zaznaczył „X” wymaganego minimum 1 portu opisanego przez Zamawiającego, w jaki zaoferowane urządzenie wielofunkcyjne model MC861cdxn miało być wyposażone. W załączniku 1C do siwz Odwołujący w pozycji „Skanowanie do” nie zaznaczył „X” jednego z miejsc wymienionych przez Zamawiającego (folder, e-mail, FTP), do jakich zaoferowane urządzenie wielofunkcyjne model X654DE miało wykonywać skanowanie. W załączniku ID do siwz Odwołujący w pozycji „Wbudowany serwer (...)” nie zaznaczył „X” wymaganego minimum 1 portu opisanego przez Zamawiającego, w jaki zaoferowane urządzenie wielofunkcyjne model MC861cdxn miało być wyposażone. Powyższe uchybienia, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego o uznaniu oferty odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej odrzuceniu, polegały na braku zaznaczenia właściwego co pozwalałoby na ustalenie, czy zaoferowane urządzenia wielofunkcyjne danego producenta identyfikowane za pomocą numeru modelu, spełniają wymagania minimalne Zamawiającego.

Rozstrzygając na gruncie tak ustalonego stanu faktycznego Izba miała na względzie przedłożone przez Odwołującego w ofercie karty katalogowe zaoferowanych urządzeń wielofunkcyjnych. Zamawiający nie wymagał wprawdzie załączenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań minimalnych, jednak w ocenie Izby dokumenty załączone do oferty nie mogły być pominięte w toku oceny oferty, gdyż zawierały informacje o parametrach urządzeń. Mogły one zastępować oświadczenie wykonawcy o parametrach sprzętu deklarowanych przez producenta. Uwzględniając okoliczność, iż Odwołujący określił zaoferowane urządzenia wielofunkcyjne przez wskazanie ich producentów oraz modeli, przedłożone dokumenty dostarczały informacji o ich parametrach, a ewentualne wątpliwości Zamawiającego mogły być rozwiane w drodze wystąpienia o wyjaśnienia do Wykonawcy. Wezwanie do złożenia wyjaśnień pozwoliłoby Zamawiającemu na uniknięcie błędów w toku oceny oferty Odwołującego. Zamawiający oceniając ofertę pod względem zaoferowanych urządzeń wielofunkcyjnych uznał, iż brak potwierdzenia w formularzach oceny parametrów, czy też wymaganych funkcjonalności oznaczał, iż Wykonawca zaoferował urządzenia w odpowiedniej konfiguracji nie spełniającej minimalnych wymagań. Powyższe stanowisko, zdaniem KIO nie uprawniało Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy i zapisu z części II siwz - pkt 2.1.

Wobec powyższego Izba uznała, iż brak zaznaczenia we wskazanych pozycjach formularzy oceny właściwej informacji, przy uwzględnieniu informacji, jakie zawierały załączone w ofercie karty katalogowe urządzeń, nie wskazywało na merytoryczną niezgodność z wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi parametrów minimalnych urządzeń. Występująca niezgodność mogła zostać po uzyskaniu wyjaśnień od Wykonawcy usunięta, bez ingerencji w istotną treść oferty, skoro brakujące w formularzach oceny informacje dotyczyły parametrów oferowanych przez producenta danego sprzętu. W części informacji zawarte w dokumentach katalogowych pozwalały na wstępne stwierdzenie, iż urządzenia spełniają wymagania minimalne, chociaż nie były one tożsame z opisanymi przez Zamawiającego parametrami.

Reasumując powyższe Izba uznała, iż brak zaznaczenia w formularzach oceny części danych o parametrach oferowanych urządzeń, nie przesądzało o braku możliwości przeprowadzenia oceny oferty pod kątem parametrów oferowanych przez producentów sprzętu. Prowadzenie wyjaśnień w tym zakresie nie odnosiło się do oświadczenia woli wykonawcy, który zadeklarował dostawę konkretnych urządzeń, lecz do jego oświadczenia wiedzy co do parametrów deklarowanych przez producentów. W części informacje wynikały z opisu urządzeń zawartego w załączonych dokumentach i powinny być uwzględnione przez zamawiającego. Ewentualne nieścisłości mogły zostać wyjaśnione przez Wykonawcę bez ingerencji w treść zobowiązania dostarczenia urządzeń o określonych numerach katalogowych a ich złożenie nie mogło wpływać na istotną treść oferty. Wobec powyższego Izba uznała, że czynność odrzucenia oferty odwołującego dokonana na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z pominięciem procedury art. 87 ustawy w tym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy naruszała przepisy ustawy i doprowadziła do błędnego ustalenia wyniku postępowania. Stąd też Izba uwzględniła odwołanie w całości i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyniku postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania KIO orzekła na mocy art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień

publicznych oraz § 3 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).

Od powyższego wyroku skargę wniósł Zamawiający, zaskarżając wyrok Izby w całości oraz zarzucał mu:

1. naruszenie prawa materialnego art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uwzględnienie przez Krajową

Izbę Odwoławczą odwołania odwołującego na czynność, na którą w myśl przepisów ustawy PZP odwołanie nie przysługuje, a co za tym idzie nie odrzucenie odwołania w części I zamówienia;

2. naruszenie prawa materialnego w postaci przepisu art. 192 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, iż postępowanie Zamawiającego w postaci unieważnienia postępowania w części I i odrzucenie oferty odwołującego w pozostałych częściach stanowiło naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych;

3. naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na wynik postępowania art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia przez KIO materiału dowodowego przejawiający się niemal całkowitym brakiem ustosunkowania się w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia do stanowiska prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie (złożonego na rozprawie) jak również stanowiska prezentowanego na rozprawie przez zamawiającego;

4. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego mającą wpływ na wynik postępowania poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż pomimo nie wskazania przez Wykonawcę w formularzu oceny czy oferowane urządzenie spełnia parametry minimalne wymagane przez Zamawiającego oraz, że Zamawiający na podstawie załączonych przez Wykonawcę do oferty ulotek informacyjnych wydrukowanych z Internetu, miał możliwość ustalenia, czy oferowane urządzenie spełnia wszelkie wymagane przez zamawiającego parametry minimalne.

W konkluzji Zamawiający wniósł o zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r. w całości oraz orzeczenie co do istoty sprawy tj. co do bezzasadności odwołania wykonawcy poprzez odrzucenie odwołania w części I oraz oddalenie odwołania w części II, III, IV ewentualnie oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego, a ponadto o obciążenie wykonawcę - odwołującego kosztami postępowania skargowego oraz postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w tym kosztami zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2013r. wykonawca „Cezar” Cezary Machnio i Piotr Gębka Spółka jawna w Radomiu wniósł o oddalenie skargi zamawiającego i podtrzymał dotychczas prezentowane w sprawie stanowisko.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zamawiającego jest niezasadniona.

Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, uznając, że z prawidłowo i niewadliwie ustalonego stanu faktycznego wyciągnęła wnioski prawne, które zasługują w pełni na akceptację.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy odniósł się do zarzutu naruszenia przepisów art.

189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa).

Zważyć należy, że wedle art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. Natomiast na mocy art. 180 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Z treści obu przepisów jasno wynika, że poza wypadkami przewidzianymi wprost przez ustawodawcę nie jest możliwe wniesienie odwołania w przypadkach innych niż przewidziane w przepisach, a tak złożone podlega odrzuceniu. Jakkolwiek istotnie rację ma skarżący wskazując, że podstawą odrzucenia odwołania jest zaskarżenie w drodze odwołania czynności unieważnienia postępowania przetargowego poniżej wartości progowych, to w okolicznościach rozpoznawanej sprawy okoliczność ta nie może w prosty sposób przekładać się na podjęcie decyzji o odrzuceniu odwołania przez KIO właśnie z tej przyczyny z następujących powodów.

W niniejszej sprawie zauważyć należy, że zamawiający w odwołaniu wskazywał w zarzutach na art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy jako rezultat dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego. Wedle oceny skarżącego fakt odrzucenia oferty z powodów wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy pozbawia Izbę możliwości wnikania w merytoryczne zagadnienia odwołania, a za takie zamawiający uznaje zarzuty unieważnienia postępowania na część I zamówienia, które z uwagi na wartości progowe w myśl art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy nie podlegają zaskarżeniu odwołaniem. W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko skarżącego nie może się ostać albowiem, w rozpoznawanej sprawie istnieje nierozzerwalny i funkcjonalny związek pomiędzy obiema czynnościami, skoro skutki uznania odrzucenia oferty za czynność naruszającą przepisy ustawy przekładają się wprost na czynność unieważnienia postępowania. Innymi słowy naruszenie przepisów ustawy choćby w drodze podjętej błędnej decyzji o odrzuceniu oferty determinuje ocenę jego wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie, pomimo tego, że sama czynność unieważnienia postępowania poniżej wartości progowych określonych w ustawie nie podlega zaskarżeniu w drodze odwołania. W rezultacie rozpoznanie odwołania w części niezaskarżalnego rozstrzygnięcia w przedmiocie unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy jest w niniejszej sprawie dopuszczalne i konieczne.

Zważyć należy, że Sąd Okręgowy podziеляjąc w pełni stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku uznał, że jest władny do kontroli prawidłowości wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w tak szerokim zakresie, a uwzględnienie odwołania w całości niweczy jednocześnie skutki związanego z nim niezaskarżalnego postanowienia dotyczącego unieważnienia czynności. Częściowe tylko uwzględnienie odwołania nastąpiłoby bowiem wbrew przepisom ustawy Prawo o zamówieniach publicznych, które nie przewidują takiej możliwości. Podkreślić jednakże należy, że powołanie się na nieprawidłowość odrzucenia oferty wskutek decyzji podjętej z naruszeniem przepisów ustawy i braku możliwości odrębnego jego zaskarżenia odnosi się do czynności zamawiającego. Z całą pewnością natomiast okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o odwołaniu w zakresie odrzucenia oferty zamawiającego we wszystkich czterech częściach zamówienia z przyczyn dotyczących niezgodności treści oferty z treścią siwz (II i IV część), miejsca wykonywania skanowania (III część), obsługiwanych systemów operacyjnych (I część) w formularzu oceny zgodności z treścią załącznika 1 A-D.

W tym zakresie nie można podzielić zarzutu skarżącego naruszenia art. 192 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zważyć należy, że w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego istotne postanowienia umowy w sprawie zamówienia określają SIWZ oraz przepisy prawa zamówień publicznych. Przepisy te określają w szczególności minimalne wymagania, które

muszą być spełnione, aby umowa w ogóle mogła być zawarta. Oferta, aby spełnić warunek określony jako niezbędny w art. 66 § 1 k.c. (czyli warunek określania istotnych postanowień umowy), musi w pełni odpowiadać wymaganiom określonym w specyfikacji, przy czym art. 36 Pr.z.p. wyznacza jedynie zakres koniecznych elementów specyfikacji, pozostawiając zamawiającemu dostatecznie dużą swobodę w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu przygotowania ofert, a także opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. Innymi słowy, aby zamówienie mogło być udzielone (mogła być zawarta umowa), oferta musi odpowiadać wszystkim wymaganiom SIWZ, w szczególności potwierdzać, czy wykonawca spełnia w ogóle warunki udzielenia zamówienia. Bez takiego potwierdzenia w ofercie (warunków udzielenia zamówienia), nie mamy do czynienia z ofertą w pełni odpowiadającą definicji kodeksu cywilnego. Powyższy pogląd znalazł swe potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05, Biul. SN 2005, nr 10, poz. 7, w uzasadnieniu, której Sąd stwierdził, że informacje zawarte w dokumentach żądanych na podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, są elementem oferty. W przypadku składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, chcąc złożyć ofertę niepodlegającą odrzuceniu, muszą uwzględniać wymagania ustawy oraz wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Konkludując umowa w sprawach zamówień publicznych co do zakresu świadczenia wykonawcy powinna ściśle odpowiadać treści sporządzonej uprzednio SIWZ złożonej następnie przez uczestnika przetargu oferty.

Innymi słowy oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Nie musi natomiast wypełniać wymogów zamawiającego co do formy prezentacji. Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców.

Zaakcentować jednakże należy, że w toku badania i oceny ofert, a więc od chwili ich otwarcia do wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Ponieważ na prawidłowość oferty nie ma wpływu dostosowanie się wykonawcy do wymogów związanych z formą prezentacji, to w konsekwencji słuszne jest ograniczenie prawa do żądania wyjaśnień wyłącznie do treści ofert. Zamawiający może, ale nie musi, korzystać z tego uprawnienia. Jeśli jednak zaniecha żądania wyjaśnień i wskutek tego niewłaściwie zinterpretuje treść oferty, może narazić się na odwołanie ze strony wykonawcy. Nie może jednak opierać się ono na zarzucie nieskorzystania przez zamawiającego ze swych uprawnień, ale wyłącznie na wykazaniu, że ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy. Ten sposób rozumienia przepisu potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2003 r., UZP/Z0/0-936/03, niepubl., w którym, uwzględniając odwołanie, Zespół stwierdził: "Zamawiający może, ale nie musi, z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki", (por. Dzierżanowski W. komentarz WKP 2012, stan prawny: 2012-05-01 Komentarz do art. 87 ustawy - Prawo zamówień publicznych).

Z prawidłowo ustalonych okoliczności rozpoznawanej sprawy przez KIO wynika, że uchybienia, które zadecydowały o uznaniu przez zamawiającego oferty odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej odrzuceniu, polegały na braku zaznaczenia właściwego w formularzach oceny, co pozwalałoby na ustalenie, czy zaoferowane urządzenia wielofunkcyjne danego producenta identyfikowane za pomocą numeru modelu, spełniają wymagania minimalne Zamawiającego. Zamawiający oceniając ofertę pod względem zaoferowanych urządzeń wielofunkcyjnych uznał, iż brak potwierdzenia w formularzach oceny parametrów, czy też wymaganych funkcjonalności oznaczał, iż Wykonawca zaoferował urządzenia w odpowiedniej konfiguracji nie spełniającej minimalnych wymagań. Wykonawca z kolei do oferty dołączył karty katalogowe zaoferowanych urządzeń wielofunkcyjnych, które zawierały informacje o parametrach urządzeń wskazane przez producenta. Ocena formularzy przez Zamawiającego bez interpretacji załączonych do oferty kart katalogowych nie uprawniała, zatem Zamawiającego

do odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy z uwzględnieniem zapisu części II siwz - pkt 2.1. Jeżeli zaś na gruncie tak złożonej oferty pojawiły się wątpliwości, czy zaoferowane przez oferenta urządzenia spełniają określone w SIWZ wymagania - zamawiający powinien w trybie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 p.z.p., podjąć starania o wyjaśnienie dostrzeżonych w ofercie wątpliwości co do jej treści.

Zamawiający ograniczył się natomiast do kontroli formularzy oceny parametrów bez analizy jej zgodności z oferowanymi dodatkowymi dokumentami. Jakkolwiek w ocenie składu orzekającego, zastosowanie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy p.z.p., musi mieć pewne granice, wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców przy zachowaniu zasad logiki, a nade wszystko musi uwzględniać, że ingerencja w treść zobowiązania nie może prowadzić do zmiany treści tego zobowiązania, to bez wątpienia granice te nie zostały w niniejszej sprawie przekroczone, skoro zamawiający nie podjął żadnych aktów staranności zmierzających do wyjaśnienia ewentualnych rozbieżności dotyczących treści zobowiązania dostarczenia urządzeń o określonych numerach katalogowych.

Zaniechanie przez zamawiającego wyjaśnienia powyższych wątpliwości doprowadziło

bowiem do błędnego ustalenia przez zamawiającego, iż oferta powoda nie spełniała istotnych warunków zamówienia. Niezależnie bowiem od tego, że wykonawca „Cezar” Cezary Machnio i Piotr Gębka Spółka jawna w Radomiu, w ofercie w odniesieniu do oferowanych co do nazwy i producenta urządzeń użył określenia „w odpowiedniej konfiguracji” to w niniejszej sprawie zostało wykazane, iż każde z oferowanych przez wykonawcę urządzeń w minimalnym standardzie spełniały wszystkie wymagania stawiane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonych przez zamawiającego.

Okoliczności te zostały potwierdzone na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 25 kwietnia 2013 r., podczas której Cezary Machnio wskazał, że w zakresie ofert dotyczących urządzeń MX410DE (część I zamówienia), MC 861CDXN (część II i IV zamówienia) oraz X654DE (część III urządzenia), materiał pogładowy dołączony do ofert dotyczących tych urządzeń w konfrontacji z oświadczeniami producenta wyraźnie dowodzi, że oferowane urządzenia spełniają wymagania siwz. Okoliczność ta prowadzi do wniosku, że zamawiającym nie miał obiektywnych podstaw, aby odrzucić ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Sądu Okręgowego interpretacja załączonych dokumentów przez wykonawcę do oferty, w świetle zeznań Cezarego Machnio, w kontekście argumentacji prezentowanej w odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu przed KIO w dniu 14 stycznia 2013 r. przez Zamawiającego dotycząca tego, że Zamawiający nie wzywał do złożenia wyjaśnień, gdyż w jego ocenie prowadziłyby do ustalenia oferty po jej otwarciu, a poprawienie omyłek prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty w zakresie zaoferowanego urządzenia w konfiguracji zadeklarowanej w formularzu oceny nie nosiła znamion istotnej zmiany treści oferty w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (..) (Dz.U.2009.206.1591) i stosowanego w niniejszej sprawie na podstawie art. 4 ww. tej ustawy. A contrario możliwość dokonywania zmiany nieistotnej nie jest poddana analogicznemu rygorom.

Zważyć należy, że w sprawach C-454/06 oraz C-496/99 ETS wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Z kolei w sprawie C-337/98 ETS stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Stanowisko ETS w przedmiocie kwalifikacji zmiany umowy w sprawie

zamówienia publicznego jako zmiany istotnej odwołuje się zatem do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania.

W świetle powyższych uwag, tylko w razie gdyby interpretacja oferty w powiązaniu z załączonymi dokumentami oraz przeprowadzone wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy doprowadziła do wniosków odmiennych możliwa byłaby ocena czy w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z istotną zmianą umowy. Skutki zaniechania tym czynnościom nie mogą obciążać wykonawcy. Wbrew natomiast zarzutowi naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., KIO oceniając materiał dowodowy z należytą starannością, słusznie wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że prowadzenie wyjaśnień nie odnosiloby się do oświadczenia woli wykonawcy, lecz jego oświadczenia wiedzy co do elementów deklarowanych przez producentów i mogło być wyjaśnione nie tylko na gruncie załączonych dokumentów zawierających opis urządzeń, lecz także w drodze stosowania art. 87 ust. 1 ustawy.

Mając na względzie powyższe chybiony okazać się musiał zarzut sprzeczności ustaleń faktycznych, uzasadniony przyjęciem, iż pomimo nie wskazania przez Wykonawcę w formularzu oceny czy oferowane urządzenie spełnia parametry minimalne wymagane przez Zamawiającego, Zamawiający na podstawie załączonych przez Wykonawcę do oferty ulotek informacyjnych wydrukowanych z Internetu, miał możliwość ustalenia, czy oferowane urządzenie spełnia wszelkie wymagane przez zamawiającego parametry minimalne, skoro wyniki przeprowadzonego postępowania doprowadziły zarówno KIO jak i sąd orzekający w rozpoznawanym składzie do wniosków odmiennych zaprezentowanych powyżej.

W tym stanie rzeczy, nie doszło do naruszenia 192 ust. 2 ustawy, skoro KIO miała uzasadnione podstawy uwzględnić odwołanie, wobec tego, że doszło do naruszenia przepisów, które miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z tych przyczyn skarga Zamawiającego na mocy art. 198a ust. 2 ustawy w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 385 k.p.c. podlegała oddaleniu.