

WYROK

z dnia 3 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow Protokolant: Adam

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2017 r. przez **wykonawcę SLX sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach, ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Instytut Badawczy Leśnictwa, ul. Braci Leśnej 3, 05-090 Sękocin Stary**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **SLX sp. z o.o. .. z siedzibą w Komornikach, ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki**
i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SLX sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach, ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od wykonawcy **SLX sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach, ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki** na rzecz zamawiającego **Instytut Badawczy Leśnictwa, ul. Braci Leśnej 3, 05-090 Sękocin Stary** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 933) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1926/17

Uzasadnienie

Zamawiający Instytut Badawczy Leśnictwa, Sękocin Stary, ul. Braci Leśnej nr 3, 05-090 Raszyn wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa oraz montaż elementów kompletnego, oprogramowanego systemu audio-video wraz z jego testowaniem, uruchomieniem oraz szkoleniem pracowników zamawiającego w zakresie jego obsługi, który zostanie zainstalowany w modernizowanym budynku dydaktyczno-konferencyjnym na działce nr ew. 374/10 w Sękocinie Starym, Gmina Raszyn zgodnie z Decyzją Starosty Pruszkowskiego nr 1308/2015 z dnia 4 września 2015 r.«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1.08.2017 r. pod nrem 2017/S 134-274028

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

– Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 933) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 5.09.2017 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ANB;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy SLX sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach, ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca SLX, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 15.09.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) czynność wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ANB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „wykonawca ANB”);
- 2) czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania pomimo braku przesłanek do takiego uznania i zgodności oferty Odwołującego z SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przez odwołującego co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, a także wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 3) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp – przez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ANB, którego oferta nie powinna zostać zakwalifikowana jako najkorzystniejsza;
- 4) art. 26 ust. 3 Pzp oraz 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do udzielania wyjaśnień w zakresie złożonej oferty w celu ustalenia czy oferta odwołującego spełnia wymogi przewidziane w SIWZ;
- 5) art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przez odwołującego;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego pomimo niezastąpienia przesłanek przewidzianych w tym przepisie, a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego;
- 7) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
- 8) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez wybór oferty złożonej przez wykonawcę ANB jako najkorzystniejszą w postępowaniu, pomimo że to oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 ust. 5 Pzp.

Odwołujący wniosł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z 5.09.2017 r. polegającej na wyborze oferty wykonawcy ANB jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 4) nakazanie zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia KIO w zakresie żądań podanych w pkt 2 i 3;
- 5) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego
I.

Zamawiający, pismem z 9.08.2017 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, których – w ocenie zamawiającego – zamawiający wymagał wraz ze złożeniem oferty w SIWZ, w tym Załącznika nr VII do SIWZ.

Dowód: wezwanie zamawiającego z 9.08.2017 r.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący, pismem z 14.08.2017 r. wskazał, że dopełnił wszelkich wymagań formalnych przy złożeniu dokumentów ofertowych, a jego działania były zgodne z instrukcją zawartą w rozdziale X SIWZ [Opis sposobu przygotowania ofert], a w konsekwencji z całą SIWZ.

Dowody: SIWZ

Odpowiedź na wezwanie z 14.08.2017 r.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie wskazał ponadto, że wśród wymaganych w SIWZ dokumentów, zamawiający wymagał:

- 1) wypełnionego formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr I do SIWZ;
- 2) wypełnionego oświadczenia stanowiącego Załącznik nr III do SIWZ, formularz JEDZ;
- 3) dowodu wniesienia wadium oraz
- 4) dokumentu rejestracyjnego firmy.

Istotnym zatem pozostaje, że odwołujący, opracowując ofertę załączył do niej wszystkie z powyższych dokumentów, w tym dokument KRS. Równocześnie odwołujący wyjaśniał, że w Załączniku nr I do SIWZ nie zawarto informacji, że »Załącznik nr I zawierać powinien m.in.

„wskazanie oferowanego Przedmiotu zamówienia”, na którą to okoliczność powoływał się zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. W dokumentacji stanowiącej Załączniki I-IX do SIWZ, zamawiający zawarł Załącznik nr VII, zgodnie z którym oferta powinna zawierać karty katalogowe produktów z danymi technicznymi produktu w języku

polskim, proponowane okresy gwarancji z wyszczególnieniem okresu gwarancji producenta i dystrybutora/sprzedawcy/oferenta ewentualnymi ograniczeniami, wypełnioną tabelę z nazwą producenta, modelem, proponowaną ceną jednostkową netto i wartością netto wg tabeli z Załącznika nr VII.

W kontekście powyższego kluczowym natomiast pozostaje, że z rozdziału X SIWZ [Opis sposobu przygotowania ofert] nie wynika, aby wykonawca ANB miał obowiązek złożyć

Załącznik nr VII. W związku z zaistniałymi nieścisłościami co do treści SIWZ w tym zakresie, podkreślić należy, że odwołujący w pierwszej kolejności obowiązany jest do przestrzegania wymogów ujętych bezpośrednio w treści SIWZ, a załączniki nie powinny nakładać na oferenta dodatkowych, nieujętych w SIWZ, wymagań. Załączniki do SIWZ stanowią bowiem wzory formularzy, które składa wykonawca ANB i mogą w swej treści zawierać ewentualnie instrukcje ich wypełniania, natomiast nie powinny odnosić się do wymogów w zakresie części składowych oferty wykonawcy ANB.

Dowody: SIWZ

Odpowiedź na wezwanie z 14.08.2017 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący podniósł, że wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentu – Załącznika nr VII – jest bezzasadne i niezgodne z treścią SIWZ, a w konsekwencji nie mogło stanowić kryterium odrzucenia oferty odwołującego.

Niemniej jednak, celem zadośćuczynienia wezwaniu zamawiającego, odwołujący jako Załącznik nr I do odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedstawił zestawienie ilościowe zgodne z Załącznikiem nr VII do SIWZ wraz z kartami katalogowymi produktów niezbędnych, w ocenie odwołującego, do realizacji przedmiotu zamówienia.

Dowód: Załącznik nr I do pisma z 14.08.2017 r. – Zestawienie ilościowe oferowanych produktów.

Zamawiający pismem z 21.08.2017 r. zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na niezłożenie w postępowaniu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający wskazał w zawiadomieniu, że złożone zostały dwie oferty, natomiast żadna z nich nie spełniła wymogów SIWZ. W odniesieniu do oferty złożonej przez odwołującego zamawiający stwierdził, że jest ona niezgodna z SIWZ, ponieważ w Ogólnym Zestawieniu Ilościowym, jakie złożył odwołujący, nie został określony jednoznacznie producent proponowanego urządzenia. Zamawiający wymagał natomiast, aby przedstawiona oferta odnosiła się do konkretnego typu urządzenia względem każdej pozycji.

Dowód: zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 21.08.2017 r.

Następnie, pismem z 23.08.2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia wykonawcy ANB oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że otrzymał pismo od wykonawcy ANB, w którym wykonawca ANB przedstawił, że przesłanki jakimi kierował się zamawiający przy odrzuceniu oferty wykonawcy ANB są błędne, a złożona przez niego oferta spełnia wymagania SIWZ. W konsekwencji zamawiający uznał

wyjaśnienia wykonawcy ANB za zasadne, co skutkowało podjęciem przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania i unieważnieniu odrzucenia oferty wykonawcy ANB. Jednocześnie zamawiający zawiadomił o powtórzeniu czynności oceny ofert w prowadzonym postępowaniu.

Dowód: zawiadomienie o czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia wykonawcy ANB oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert z 23.08.2017 r.

W odpowiedzi na to pismo zamawiającego, odwołujący pismem z 28.08.2017 r. podniósł, że po przeprowadzeniu analizy treści zawiadomienia o czynności unieważnienia postępowania, odwołujący wywodzi, że decyzja o odrzuceniu jego oferty i uznaniu jej za niezgodną z wymaganiami zamawiającego, również została unieważniona przez zamawiającego. Powyższe wynika m.in. z faktu, że w zawiadomieniu zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny unieważnił jedynie czynność unieważnienia odrzucenia oferty wykonawcy ANB, zawiadamiając jednocześnie o ponownym powtórzeniu czynności oceny ofert. Biorąc pod uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli wyłącznie odwołujący i wykonawca ANB, odwołujący stwierdził, że decyzja o odrzuceniu jego oferty została unieważniona, a w konsekwencji przesłanki stanowiące jej podstawę, zostają uznane za bezzasadne. Potwierdzeniem stanowiska odwołującego była również wiadomość e-mail otrzymana od zamawiającego 25.08.2017 r., w której na pytanie czy unieważniono także decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający stwierdził, że »W treści zawiadomienia jest wyraźnie napisane, dwukrotnie (pierwszy i ostatni akapit), że zamawiający »zawiadamia o ponownym powtórzeniu czynności oceny ofert«.

Dowody: pismo odwołującego z 28.08.2017 r.

Wiadomość e-mail zamawiającego z 25.08.2017 r.

W związku z unieważnieniem przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, odwołujący podnosi, że zamawiający pośrednio potwierdził właściwe skonstruowanie oferty przez odwołującego oraz wypełnienie wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, mimo, że wcześniej zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty

odwołującego. Odwołujący zaznaczał dodatkowo, że decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania i uznaniu oferty odwołującego za niespełniającą wymagań przedmiotowego postępowania, budziła znaczne wątpliwości w zakresie swojej zasadności. Powyższe wynikało głównie z wątpliwości dotyczących interpretacji postanowień SIWZ, co odwołujący podkreślał powyżej.

Kolejno, zamawiający pismem z 5.09.2017 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy ANB. Zamawiający podniósł także, że oferta

odwołującego została ponownie odrzucona na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niespełniająca wymagań SIWZ.

Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 5.09.2017 r.

Odpowiedźna zawiadomienie o ... wyborze oferty najkorzystniejszej z 12.09.2017 r.

II.

Biorąc pod uwagę wszelkie powyższe okoliczności faktyczne, a także po przeprowadzeniu analizy w zakresie prawidłowości i zasadności czynności podejmowanych przez zamawiającego, odwołujący podnosi, że czynności te nie znajdują uzasadnienia w przepisach Pzp.

Wobec powstałych wątpliwości co do treści SIWZ, należy w pierwszej kolejności przytoczyć poglądy doktryny prawa zamówień publicznych jak i orzecznictwo, które wyraźnie stanowią, że treść i postanowienia SIWZ powinny być jasne oraz precyzyjne, a ponadto nie powinny budzić wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli takie wątpliwości, czy niejasne zapisy pojawiają się w specyfikacji to „winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji” [wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 lipca 2015 roku (sygn. akt I C 2/15)]. Jednak, pomimo ww. niepewności co do treści SIWZ, odwołujący, dokładając szczególnej staranności, przedłożył uzupełniony załącznik nr VII do SIWZ. Tym bardziej, przy wzięciu pod uwagę powyższych okoliczności stwierdzić należy, że podstawa odrzucenia oferty odwołującego, wskazana przez zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest – w przedmiotowych okolicznościach faktycznych – bezzasadna.

Wykonawca ANB, w wypełnieniu zobowiązania zamawiającego, złożył OGÓLNE ZESTAWIENIE ILOŚCIOWE (zwane dalej Zestawieniem), w którym ujął wszelkie wymagane przez zamawiającego informacje co do oferowanego sprzętu, w tym m.in. producenta, model i nazwę. Nie sposób zatem zgodzić się ze stwierdzeniem, które podnosił zamawiający, że użycie przez odwołującego zwrotu „lub równoważne” w Zestawieniu „nie daje zamawiającemu możliwości by ten mógł sprawdzić i porównać zaproponowany sprzęt z wymogami SIWZ”. W odniesieniu do argumentacji zamawiającego istotne pozostaje, że odwołujący jednoznacznie wskazał w Zestawieniu konkretne modele oferowanych urządzeń, w pełni zgodne z wymaganiami określonymi w załączniku do SIWZ (co odpowiada treści pkt 5 rozdziału X SIWZ). Użycie zwrotu „lub równoważne” nie zmienia w tej sytuacji charakteru oferty odwołującego, która spełnia wymogi SIWZ, co zamawiający całkowicie pomija. Odwołujący pragnie dodatkowo wskazać, że określenia „lub równoważne” użył, działając z daleko posuniętej ostrożności. Uściślając – przedstawienie Zestawienia w takiej treści

wynikało z woli zagwarantowania prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazywał, że cykl życia produktu na rynku urządzeń tak wysoko wyspecjalizowanych jest stosunkowo krótki i część z nich może zostać na etapie realizacji np. wycofana z produkcji. W praktyce zdarzają się również sytuacje, że ten sam producent posiada kilka urządzeń spełniających wymagania SIWZ, różniących się jedynie detalami, wpływającymi jednak na ich nazewnictwo czy nr katalogowy. W intencji odwołującego zwrot

„lub równoważne” miał zabezpieczyć odwołującego i zamawiającego na taką ewentualność, przy czym należy wyraźnie podkreślić fakt, że w Zestawieniu podano również nazwy urządzeń, wyraźnie wskazanych przez zamawiającego w załączniku do SIWZ. W związku z powyższym nie sposób uznać, aby czynność odrzucenia oferty odwołującego i odrzucenia jego oferty, była czynnością zgodną z ustawą Pzp. Zamawiający nie dokonał prawidłowej weryfikacji złożonego przez odwołującego Zestawienia, błędnie przyjmując, że użycie przez odwołującego zwrotu „równoważne” jest elementem kluczowym Zestawienia uniemożliwiającym weryfikację oferty odwołującego, podczas gdy elementem tym były pozostałe, konkretne i jednoznacznie wskazane urządzenia.

Przykładem analogicznej argumentacji mogą być twierdzenia wykonawcy przedstawione w przytaczanym już powyżej wyroku, którego odwołanie zostało uznane za zasadne:

„Wykonawca, jako profesjonalista działający w branży budowlanej od wielu lat, ma świadomość, że w przypadku realizacji zamówień na roboty budowlane o wysokim stopniu skomplikowania często dochodzi do sytuacji, gdy zamówienie nie może być wykonane przy użyciu wymienionych w ofercie rozwiązań, co wynika z okoliczności niezależnych od stron umowy np. wycofania z rynku oferowanych towarów lub urządzeń, zmiany technologii budowlanej, zakazu stosowania oferowanych rozwiązań technicznych, czy też chęci zastosowania rozwiązań o

parametrach lepszych od pierwotnie przyjętych. Także rozciągnięcie realizacji zamówienia na 2 lata zwiększa ryzyko braku możliwości wykonania zamówienia przy użyciu wymienionych w ofercie rozwiązań. Przez okres 2 lat w branży budowlanej może dojść do zmian, nie do przewidzenia w momencie składania oferty, które wpłyną będą na sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Na to, że należy liczyć się z ewentualną zmianą umowy wskazują postanowienia projektu umowy, które odnoszą się też do zmiany pierwotnie przyjętych technologii wykonania robót oraz zmiany materiałów budowlanych, sprzętu, urządzeń, gdy wykorzystanie materiałów budowlanych, sprzętu, urządzeń wskazanych w dokumentacji projektowej lub ofercie stanie się niemożliwe, bądź podyktowane będzie usprawnieniem procesu budowy czy zwiększeniem bezpieczeństwa na budowie lub zmianą przepisów prawa, a także w przypadku pojawienia się na rynku materiałów, sprzętu lub urządzeń nowszej generacji pozwalających na zmniejszenie kosztów eksploatacji wykonania przedmiotu umowy” [wyrok KIO 537/16]. W nawiązaniu do przytoczonego wyroku wskazać należy, że przedstawiony w nim stan faktyczny może z całą

pewnością znaleźć zastosowanie również w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, którego przebiegu zamawiający nie może przewidzieć. Bezsprzecznym przy tym pozostaje, jak odwołujący podniósł powyżej, że przytoczony w wyroku stan faktyczny nie jest tożsamy ze stanem faktycznym zaistniałym w ramach postępowania, ale argumentacja w nim przedstawiona pozostaje aktualna.

Ponadto, dokonując oceny zasadności odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego, z racji analizowanego powyżej stwierdzenia o „braku możliwości porównania zaproponowanego przez SLX sprzętu z wymogami SIWZ”, należy stwierdzić, że zamawiający niejako sam potwierdził, że skonstruowana przez niego SIWZ nie pozwala na właściwą weryfikację ofert wykonawców, zawierając sprzeczne informacje i powodując w konsekwencji niejasności dla wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Analogiczne stanowisko wyraziła w tym przedmiocie KIO wskazując, że: „Zamawiający zarzucił wreszcie odwołującemu, że „opierając się na treści oferty udzielonych wyjaśnieniach nie jest w stanie stwierdzić czy oferowane elementy i urządzenia odpowiadają treści SIWZ i spełniają określone w niej wymagania techniczno-funkcjonalne i parametry”. W ocenie składu orzekającego Izby powyższe zdanie stanowi swego rodzaju ocenę opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu treści SIWZ. Skoro bowiem zamawiający nie jest w stanie wskazać niezgodności treści oferty odwołującego z konkretnymi treściami SIWZ i nie jest w stanie ocenić zgodności oferowanego przedmiotu z opisany w SIWZ, to źródłem tej niemożności są postanowienia SIWZ lub nieudolność zamawiającego w prezentacji przyczyn odrzucenia oferty odwołującego. W ocenie składu orzekającego to przede wszystkim opracowana przez zamawiającego SIWZ zawiera sprzeczne ze sobą postanowienia, powodujące, że ocena ofert przez zamawiającego nastrocza obecnie trudności” [Wyrok KIO 2447/16, 2460/16].

Nawiązując do wątpliwości związanych z właściwą konstrukcją SIWZ, odwołujący utrzymując swoje dotychczasowe stanowisko, wyraźnie zaznacza, że już czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania i uznaniu oferty odwołującego za niespełniającą wymagań przedmiotowego postępowania, budziła znaczne wątpliwości w zakresie swojej zasadności. Powyższe było efektem wątpliwości dotyczących interpretacji postanowień SIWZ, co odwołujący wielokrotnie już podkreślał. Wobec takiej samej argumentacji zawartej w informacji o wyborze oferty wykonawcy ANB oraz odrzuceniu oferty odwołującego, odwołujący ponownie wskazuje, że mimo faktu, że w dokumentacji stanowiącej załączniki I-IX do SIWZ, zamawiający zawarł wymóg dołączenia do oferty załącznika nr VII, a w rozdziale X SIWZ [Opis sposobu przygotowywania ofert] taka informacja nie widnieje. Jak odwołujący wskazywał już wcześniej, takie skonstruowanie treści SIWZ, wskazuje na sprzeczność w dokumentacji przetargowej. Odwołujący podtrzymuje stanowisko, że to bezpośrednia treść SIWZ powinna w pierwszej kolejności wiązać wykonawcę, nie zaś treść załączników, które stanowią wzory formularzy, zawierające instrukcje dotyczące ich wypełniania.

Również w powyższym kontekście istotnym pozostaje, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z przytoczonym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Dodatkowo stosownie do treści art. 87 ust. 1 Pzp toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Co do zasady zamawiający ma obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie przez wykonawców zarówno dokumentów, jak oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego w każdym przypadku, gdy stwierdzi on brak któregokolwiek z nich [w Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. wyd. 4].

W doktrynie za bezsporne należy uznać, że odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania powinno zawsze być poprzedzone podjęciem czynności wyjaśniających. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest możliwe jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem zakazu zmian w treści oferty wynikającym z drugiego zdania tego przepisu lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp [Wyrok KIO 501/17].

Skoro, według ustawodawcy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu w sytuacji, gdy np. wykaże, że podjął kroki mające zapobiegać naruszeniom oraz naprawił szkody, to czynność wykluczenia nie może być podjęta bez umożliwienia wykonawcy zajęcia stanowiska w tej sprawie. W przedmiotowej sprawie zamawiający zażądał złożenia Załącznika nr VII do SIWZ, a następnie odrzucił ofertę odwołującego z postępowania, pomimo, że odwołujący załącznik przedłożył. Następnie, po unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania, zamawiający ponownie dokonał badania ofert, a wobec w jego ocenie – niemożności sprawdzenia i porównania zaproponowanego przez odwołującego sprzętu z wymogami SIWZ, po raz kolejny odrzucił ofertę odwołującego z postępowania. W związku z powyższym należy zgodzić się z twierdzeniem, że zamawiający, wobec braku wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości, nie podjął odpowiednich czynności wyjaśniających, które powinny poprzedzać odrzucenie oferty odwołującego. Odwołujący ponownie podnosi, że nie można uznać za właściwe podjęcie przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy oferta odwołującego spełnia wszelkie wymogi SIWZ, a jedyną przyczyną odrzucenia oferty jest pewna nieuzasadniona wątpliwość zamawiającego w zakresie użycia przez odwołującego zwrotu „lub równoważne”.

Powyższe potwierdza także stanowisko zamieszczone na stronach internetowych Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym „Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, 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 (...). Z powyższego wynika, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1.” Ponadto, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza „Obowiązek wynikający z art. 26 ust.3 Pzp dotyczy zarówno dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków pozytywnych (wynikających z art. 22 ust.1 Pzp), jak i negatywnych (wynikających z art. 24 ust.1 Pzp)” [wyrok KIO 2072/13].

Zamawiający w momencie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości złożonej oferty, ma obowiązek wezwać odwołującego do złożenia określonych dokumentów lub wyjaśnienia ich treści, a nawet dokonać poprawy omyłek w nich zawartych.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zatem z treści ustawy Pzp wynika również obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu omyłek zawartych w treści oferty wykonawcy. Treść art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczy omyłek, które nie muszą być „oczywiste”, a powodują niezgodność oferty z SIWZ. Jedynym ograniczeniem w dokonywaniu poprawek pozostaje zakaz wprowadzania w ten sposób istotnych zmian w treści oferty. Co do istotności zmian oferty na skutek poprawy omyłek w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13 czerwca 2017 r. (KIO 1088/17). Zgodnie z jego treścią: istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać,

że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie.

Istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny; skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Co do możliwości samodzielnego poprawiania przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, należy zauważyć, że przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp wprost takiej przesłanki nie formułuje. Stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad

równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

Nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 Pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić.

Należy odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Z uwagi na „nieoczywisty” charakter „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt

3 Pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

W to oceny oferty odwołującego zasadne pozostawałoby dokonanie przez zamawiającego poprawy omyłki w treści zestawienia zawartego w Załączniku nr VII przez np. wykreślenie sformułowania „lub równoważny” albo dopisania po tym sformułowaniu „(...) pod względem parametrów technicznych wskazanych w SIWZ”. Taka poprawka nie stanowiłaby istotnej zmiany treści oferty. W ramach zobowiązania odwołującego nadal pozostawałaby dostawa urządzeń podanych w Załączniku nr VII i zgodnych z treścią SIWZ, co pozostawało intencją odwołującego. Dokonanie poprawienia tej omyłki mogłoby zostać również poprzedzone wyjaśnieniami ze strony odwołującego, co pozwoliłoby w pełni poznać i oddać pierwotną intencję tego podmiotu co do sformułowań podanych w treści Załącznika nr VII.

Obowiązki te nie zostały przez zamawiającego wykonane w sposób prawidłowy, a odwołujący zmuszony jest ponosić ujemne konsekwencje błędnych działań zamawiającego.

Skoro więc zamawiający miał wątpliwości co prawidłowości oferty odwołującego, winien wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści jego oferty, w zakresie użycia przez odwołującego sformułowania „lub równoważne”. Zamawiający czynności takiej nie podjął, a w konsekwencji odrzucił ofertę odwołującego, która była ofertą najkorzystniejszą.

W nawiązaniu do powyższego zasadny jest zarzut odwołującego dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazać bowiem należy, że zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z 9 czerwca 2017 r. „Brak wyszczególnienia dodatkowych informacji w treści formularza nie powinien skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, skoro zamawiający nie określił jasnego i jednoznacznego wymogu, aby wykonawcy wskazali typ, model, producenta w odniesieniu do wszystkich elementów wchodzących w skład stanowiska. Niezgodność oferty z treścią SIWZ musi być jednoznaczna” [Wyrok KIO 998/17; KIO 1011/17]. Wobec powyższego zasadnym wydaje się stwierdzenie, że niezgodność oferty z treścią SIWZ występuje jedynie w sytuacji, gdy treść zobowiązania ofertowego pozostaje merytorycznie niezgodna z wyartykułowanymi przez zamawiającego w SIWZ wymaganiami. W przedmiotowym postępowaniu okoliczność taka nie zaistniała, ponieważ wszystkie wskazane przez odwołującego sprzęty spełniały wymogi SIWZ. W oparciu o tak przedstawione Zestawienie, nie jest w żaden sposób uzasadnione twierdzenie zamawiającego, że nie może on dokonać sprawdzenia i weryfikacji sprzętu w ramach jego zgodności z SIWZ. Natomiast, „odrzucaeniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru” [wyrok KIO 204/17].

Ponadto, w ocenie odwołującego uzasadnienie odrzucenia oferty jest bardzo ogólne i nie wskazuje, w jakim zakresie treść oferty odwołującego jest niezgodna z SIWZ, ani tym bardziej w jakim zakresie nie została wykazana równoważność, tj. które z oferowanych urządzeń nie odpowiadają treści SIWZ. W związku z powyższym przytoczyć należy wyrok KIO z 28 października 2014 r., zgodnie z którym „Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami SIWZ. Zamawiający uzasadnienie czynności argumentuje przez zacytowanie wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, jednakże brak jakiegokolwiek odniesienia do tego, jak zawarte tamże treści przenoszą się na grunt sprawy i nie sposób wywieść jakie niezgodności treści oferty odwołującego zamawiający wskazuje [Wyrok KIO 2143/14].

W następnej kolejności odwołujący podnosi, że treść przekazanego przez zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej nie wypełnia wymogów przewidzianych w ustawie Pzp. Dotyczy to w szczególności uzasadnienia podstaw

odrzucaenia oferty odwołującego. Zamawiający posłużył się wyłącznie fragmentem orzeczenia KIO z 11.01.2017 r. sygn. akt KIO 2447/16, 2460/16, który stanowił opis stanowiska stron, a nie uzasadnienie merytorycznego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. Treść zacytowanego przez zamawiającego fragmentu uzasadnienia wyroku KIO w żaden sposób nie oddaje wnioskowania KIO zmierzającego do wydania wyroku. Zatem Zamawiający

dokonując pobieżnej i wybiórczej analizy tego orzeczenia doszedł do wadliwych wniosków w zakresie odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący podnosi, że takie zachowanie zamawiającego nie odpowiada wymogom Pzp, w tym podstawowym zasadom prowadzenia postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający powinien podać wszystkie okoliczności faktyczne, w związku z którymi nastąpiło odrzucenie oferty odwołującego. „Uzasadnienie faktyczne powinno wyczerpująco opisywać przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, by wykonawca miał możliwość ewentualnego odniesienia się do nich przy wnoszeniu odwołania. Wykonawca może bowiem swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w piśmiennej informacji o wyborze zakomunikowane, a w szczególności dowiadywać się powyższego dopiero na rozprawie przed Izbą. Tymczasem poza wskazaniem podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego zamawiający nie podał żadnych okoliczności faktycznych, które zdecydowały o jej odrzuceniu. Przekazana przez niego informacja jest ogólnikowa, a tym samym nie czyni zadość wymogom z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp” [wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r. KIO 1133/14].

W związku z powyższymi nieprawidłowościami po stronie zamawiającego, zasadny wydaje się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp przez wybór oferty złożonej przez Wykonawcę ANB jako najkorzystniejszą w postępowaniu, pomimo że to oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 ust. 5 Pzp. Odwołujący, dokonując uzupełnienia treści złożonej oferty o przygotowane Zestawienie, wypełnił wszelkie wymogi SIWZ w tym zakresie, a oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Zatem, precyzyjne i jasne sformułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Szczególnie wybór oferty winien być dokonywany stricte według zasad przewidzianych w SIWZ – na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji (art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d Pzp) [Wyrok KIO 2342/16].

Nie bez znaczenia pozostaje również wskazanie przez zamawiającego w treści zawiadomienia o czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia wykonawcy

ANB oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert z 23.08.2017 r., że przyczyną unieważnienia czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego, było pismo Wykonawcy ANB, w którym wskazał on, że złożona przez niego oferta spełnia wymogi SIWZ. Tym samym można przyjąć, że zamawiający naruszył jedną z podstawowych zasad postępowania, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno zostać przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem każdy uczestnik postępowania przetargowego może oczekiwać działań zamawiającego podejmowanych zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz Kc. Oznacza to, że zamawiający przyznał uprzywilejowaną pozycję wykonawcy ANB z pokrzywdzeniem odwołującego. Bezsprzecznym natomiast pozostaje, że odwołujący nie miał możliwości złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty, w tym w szczególności treści Zestawienia. Z całą pewnością zapewnienie odwołującemu takiej możliwości doprowadziłoby do usunięcia wątpliwości zamawiającego, na które zamawiający wskazuje w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z 5.09.2017 r. przez przytoczenie stanu faktycznego będącego przedmiotem rozstrzygnięcia KIO (o czym była mowa powyżej). W tym zakresie nie są także uzasadnione obawy zamawiającego co do narażenia zamawiającego na straty oraz uznania jego działań jako niegospodarnych.

Również zgodnie z wyrokiem KIO „Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert” [Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r., o sygnaturze KIO 693/14; 694/14].

Dowód: zawiadomienie o czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia wykonawcy ANB oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert z 23.08.2017 r.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 15.09.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 16.09.2017

r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 25.09.2017

r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp

– przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przez odwołującego co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, a także wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy, zarzut piąty naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przez odwołującego oraz zarzut ósmy naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp – przez wybór oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszą w postępowaniu, pomimo że to oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 ust. 5 Pzp – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wnosił odwołań na konkretne postanowienia SIWZ, na co wskazywał zamawiający i byłoby zarzutem spóźnionym, ale zarzuty odwołującego odnosiły się do interpretacji SIWZ dokonanej przez zamawiającego po upływie terminu składania ofert. W szczególności odwołujący wskazał na niedopuszczalność żądania załączenia do oferty dokumentów, które nie zostały wyspecyfikowane w podstawowej SIWZ, a tylko były wskazane w załącznikach do SIWZ.

Izba musi wskazać, że w przepisach ustawy Pzp nie rozróżnia się poszczególnych dokumentów składających się na SIWZ. SIWZ są wszystkie dokumenty przekazane przez zamawiającego pod tą nazwą bez względu na to czy są w zwanym dokumencie, czy są załącznikami, czy nawet oddzielnymi dokumentami, jak np. opis przedmiotu zamówienia (OPZ) itd. Zwłaszcza wynika to z treści podstawowego w tym zakresie przepisu art. 36 ust. 1 Pzp, gdzie jest pokazany katalog tematyki, która musi być zawarta w SIWZ. Jest to jednak tzw. katalog otwarty, czyli wskazujący minimalny zakres tematyczny SIWZ, a zamawiający mogą rozszerzyć zawartość SIWZ, co wynika z art. 36 ust. 1 wprowadzenie do wyczerpania Pzp, a przepis ten brzmi »Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej [...]«. Dodatkowo na ogólną jednolitość tego dokumentu wskazuje art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, na którego podstawie wykonawcy mogą wnosić wnioski o wyjaśnienie dowolnych treści zawartych w całej SIWZ. Przepis art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp brzmi

»Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Dlatego żądanie podporządkowania się postanowieniom zawartym w z pozoru mniej istotnym częściom SIWZ jest uzasadnione i nie można z tego, że konkretny wymóg zamawiającego jest zawarty w dodatku, suplementie, apendyksie czy załączniku do specyfikacji, wywodzić wniosku, że nie obowiązuje on w danym postępowaniu zamówieniowym. Izba zauważa, że bardziej doświadczeni zamawiający częstokroć w SIWZ zamieszczają listę wymaganych załączników do oferty, ale zawarcie takiego wykazu nie wynika z przepisami nakazanego zachowania. Jednak brak takiego wyspecyfikowania nie dyskwalifikuje samej SIWZ.

Zamawiający opisał odpowiednio przedmiot zamówienia, a jedynie dokonał tego w kilku dokumentach (dokument główny i załączniki), ale takie postępowanie zamawiającego – zdaniem Izby – nie spowodowało nierównego traktowania wykonawców i nie naruszyło żadnego przepisu, a szczególnie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazywał, że wszelkie nieprecyzyjności SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców. Tylko, że w rozpoznawanym postępowaniu nie było w SIWZ takich postanowień, a był jednoznaczny wymóg dołączenia do oferty m.in. załącznika nr 7 »Ogólne zestawienie ilościowe«. Prawda, że wymóg ten został postawiony przez zamawiającego w załączniku do SIWZ, ale to nie powoduje, że do takiego postanowienia wykonawcy mogą podchodzić z mniejszą uwagą lub starannością. Z prawidłowo wypełnionego i załączonego do oferty tego »Ogólnego zestawienia ilościowego« zamawiający miał odczytać jakie dokładnie przedmioty zostaną mu zaoferowane. Jednak odwołujący dopisał przy prawie każdej pozycji wyrażenie »lub równoważny«. Wyrażenie to zawarte w ofercie (załączniku do oferty) powoduje, że zamawiający nie może mieć pewności co zostało mu zaoferowane, czyli w rzeczywistości odwołujący nie złożył skonkretyzowanej oferty, a tylko taką precyzyjną ofertę może badać i oceniać zamawiający. Czyli odwołujący nie złożył w ogóle oferty

mogącej być zbadaną i ocenioną przez zamawiającego, a także oferta taka nie może być wybrana jako najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp tylko musi zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Zamawiający nie może ocenić ani dokonać wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, dlatego zamawiający zasadnie nie dopuszczając oferty odwołującego do etapu oceny ofert nie mógł naruszyć art. 91 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że wykonawcy wyrażenie »lub równoważne« mogą używać w ofertach.

Dlatego Izba nie może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, zarzutu piątego naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp oraz zarzutu ósmego naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zapewnijący zachowanie uczciwej konkurencji, zarzut trzeci naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp – przez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ANB, którego oferta nie powinna zostać zakwalifikowana jako najkorzystniejsza oraz zarzut czwarty naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp oraz 87 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie wezwania odwołującego do udzielania wyjaśnień w zakresie złożonej oferty w celu ustalenia czy oferta odwołującego spełnia wymogi przewidziane w SIWZ – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że przepis art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp nie ustanawia obowiązku żądania wyjaśnień, ale ze względu na użycie czasownika »może« daje zamawiającym uprawnienie żądania wyjaśnień. Przepis art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert«. Jednak zgodnie z zasadą należytej staranności zamawiający powinien żądać od wykonawców wyjaśnień, gdy treść oferty budzi wątpliwości zamawiającego.

W rozpoznawanym przypadku Izba nie widzi możliwości, aby w drodze żądania wyjaśnień można było skonkretyzować oferowany przedmiot, gdyż oferta opiewa na bliżej nieokreślone przedmioty składowe w zasadzie za każdym razem mówiące o jakimś przedmiocie uzupełnionym stwierdzeniem »lub równoważny«. Wykonawca nie może złożyć

oferty bez doprecyzowania co konkretnie dostarczy. Izba zaznacza, że w postępowaniu zamawiający wykluczył składanie ofert wariantowych.

W tym samym postępowaniu zamawiający mógł dopuścić wskazanie przez wykonawcę ANS wskazanie wartości poszczególnych przedmiotów zamówienia, gdyż nie zmieniło globalnej ceny ofertowej i w SIWZ zamawiający nie wskazał na co jest mu potrzebne wartości poszczególnych przedmiotów. Tak więc pokazanie poszczególnych cen nie miało wpływu na wynik postępowania.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, zarzutu trzeciego naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz zarzutu czwartego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp oraz 87 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby zarzut szósty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego pomimo niezastnienia przesłanek przewidzianych w tym przepisie, a w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego oraz zarzut siódmy naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez zaniechanie przez zamawiającego poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty – nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby zamawiający ma obowiązek poprawienia omyłki, ale tylko w przypadku gdy nastąpił przesłanki zawarte w art. 87 ust. 2 Pzp. Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zamawiający powinien dokonać poprawy innej omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...] 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«. W rozpoznawanym przypadku jednak nie zaistniała sytuacja określona w tym przepisie, gdyż dokonanie poprawek spowodowałoby istotne zmiany w ofercie, a nawet konieczne stałoby się dokonywanie istotnych zmian w treści ofert. Czyli zamawiający musiałby dokonać ingerencji w ofercie powodującej istotne zmiany w ofercie, co zostało wykazane wyżej. W związku z tym zamawiający również nie mógł dokonać wyboru oferty odwołującego, gdyż oferta ta podlegała odrzuceniu, że względu na to, że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, co wypełniało przesłankę art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Dlatego Izba nie może uznać zarzutu szóstego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – oraz zarzutu siódmy naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący:.....