

WYROK

z dnia 2 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **28 grudnia 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **19 grudnia 2022 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe „WIP” M. S.-G., Rybnik** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup sprzętu komputerowego na potrzeby różnych jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Opolskiego* (nr D/60/2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Opolski z siedzibą w Opolu** [„Zamawiający”]

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w częściach nr 1 i 2 zamówienia: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności – odrzucenie oferty złożonej przez ATABAJT R., S., M. sp.j. z siedzibą w Opolu na podstawie art. 266 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) z uwagi na brak sprecyzowania w treści oferty producenta, typu, modelu monitora.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą kwocie uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni

Sygn. akt KIO 3401/22

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Uniwersytet Opolski z siedzibą w Opolu {dalej również: „UO” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej w uzasadnieniu również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „Pzp lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup sprzętu komputerowego na potrzeby różnych jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Opolskiego* (nr D/60/2022)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 października 2022 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_204-pod poz. 578426.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

7 grudnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze w częściach nr 1 i 2 tego zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ATABAJT R., S., M. sp.j. z siedzibą w Opolu {dalej: „Atabajt”}.

19 grudnia 2022 r. Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe „WIP” M. S.-G. z Rybnika {dalej: „WIP” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Atabajtu w tych częściach zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Atabajt, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności brak wskazania w ofercie producenta i modelu oferowanego monitora oraz nieuprawnione uzupełnienie tych danych po upływie terminu składania ofert.
2. Art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 – przez wybór oferty Atabajtu, pomimo że nie jest najkorzystniejsza, co jest przejawem nierównego traktowania wykonawców, niezachowania uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w częściach nr 1 i 2 zamówienia:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty złożonej przez Atabajt.
3. Ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania powyższa lista zarzutów została w szczególności

dodatkowo następująco sprecyzowana.

{okoliczności faktyczne}

Przedmiotem zamówienia jest zakup sprzętu komputerowego na potrzeby różnych jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Opolskiego, w tym w podziale na części:

Część nr 1 – Zakup wydajnych zestawów komputerowych wraz z akcesoriami do pracowni programowania mikrokontrolerów dla Instytutu Informatyki, 13 szt.

Część nr 2 – Zakup wydajnych zestawów komputerowych wraz z akcesoriami do pracowni technik obrazowania 3D w medycynie dla Instytutu Informatyki, 16 szt.

W skład zestawów komputerowych z obu tych części wchodzi m.in. monitor.

W pkt 8 rozdziału I SWZ określono, że do oferty należy załączyć: *Specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia opartą na Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1.1.-1.3. do SWZ (odpowiednio do części). Wykonawca zobowiązany jest wypełnić w/w załączniki poprzez podanie m.in. Producenta sprzętu, modelu/typu sprzętu, szczegółowych parametrów zaoferowanego przedmiotu zamówienia (odnoszących się do wymagań Zamawiającego) w kolumnie PARAMETRY OFEROWANE PRZEZ WYKONAWCĘ (wypełnione w odpowiednim polu). (...)*

We wzorach formularzy specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia obu wspomnianych części przewidziano rubrykę na wpisanie producenta, typu, modelu oferowanego monitora (analogicznie dla części 1 i 2).

Atabajt złożył wraz z ofertą specyfikacje techniczne przedmiotu zamówienia dla części nr 1 i 2. z tym że w żadnej z nich nie podał producenta, typu oraz modelu oferowanego monitora.

29 listopada 2022 r. Zamawiający skierował do Atabajtu następujące wezwanie:

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Rozdziale I pkt. 8 Specyfikacji warunków zamówienia [SWZ], Wykonawca zobowiązany był wraz z ofertą dostarczyć Zamawiającemu przedmiotowy środek dowodowy w postaci Specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia opartej na Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1-1 do 1-2 do SWZ (odpowiednio do części nr 1 i części nr 2).

Wykonawca zobowiązany był wypełnić w/w załączniki poprzez podanie w poz. Monitor – Oferowany monitor – producenta/typ/model oferowanego monitora. W odniesieniu do złożonego wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego do części nr 1 i części 2 brak jest wskazania producenta/typu/modelu oferowanego monitora.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy, Zamawiający wzywa Wykonawcę o uzupełnienie w zakresie określonym powyżej Specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia opartej na Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1-1 do 1-2 do SWZ (odpowiednio do części nr 1 i części nr 2, w których Wykonawca złożył

ofertę).

W odpowiedzi z 1 grudnia 2022 r. Atabajt przesłał Zamawiającemu specyfikacje techniczne przedmiotu zamówienia dla części nr 1 i 2 uzupełnione o wpisanie w rubryce „Oferowany monitor (producent/typ/model)”: *IYAMA / G-Master / G2740HSU-B1*.

{okoliczności prawne}

Stosownie do art. 223 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zgodnie zaś z art. 16 pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

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

Zamawiający nie może spekulować, czy oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ. Z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia

oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SWZ.

Przepis art. 107 ust. 2 ustawy pzp nie może być interpretowany w ten sposób, że umożliwia zmianę lub doprecyzowanie oferty po terminie składania ofert. Również przewidziana w SWZ możliwość wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych musi być odczytywana z poszanowaniem zasady niezmienności treści oferty. Oznacza to, że zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia takiego uzupełnienia środków dowodowych, które modyfikuje pierwotnie złożoną ofertę.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc ponadto – w kontekście pisma, które otrzymał od Zamawiającego w odpowiedzi na swoje pismo poprzedzające odwołanie – co następuje.

Zamawiający we wzorze przedmiotowego środka dowodowego określił sekcję w której wymagał wskazania producenta oraz modelu oferowanego monitora. Niesporne jest także, że wybrany wykonawca nie złożył wraz z ofertą żadnego dokumentu z którego wynika producent i model oferowanego monitora. A także to, że Zamawiający wezwał do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, a w wyniku uzupełnienia wykonawca przedłożył dokumenty, w których – po terminie składania ofert – wskazał producenta i model oferowanego monitora.

Tymczasem treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu. Za niedozwoloną zmianę treści oferty uznać również należy wskazanie dodatkowych cech oferowanych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia spełniania wymagań SIWZ (tak: w uzasadnieniach wyroków Izby z: 20 października 2017 r. sygn. akt KIO 2082/17, 26 września 2022 r. sygn. akt KIO 2357/22).

Nieracjonalne są twierdzenia Zamawiającego, jakoby brak określenia producenta i modelu nie ma znaczenia wobec złożenia przez wybranego wykonawcę oświadczenia o spełnieniu wymagań technicznych. Wymagania postawione przez Zamawiającego spełnia bowiem co najmniej kilkanaście dostępnych na rynku produktów różnych producentów.

Z postanowień SWZ wynika jednoznaczne oczekiwanie określenia konkretnego produktu, czego w wybranej ofercie zabrakło. Niestosowanie się do tych wymagań, pomijając niezgodność z ustawą pzp, mogło prowadzić do manipulowania treścią oferty, w zależności od okoliczności ujawnionych po otwarciu ofert, dając jednemu wykonawcy nieuprawnioną przewagę nad innymi wykonawcami, jednocześnie powodując niepewność Zamawiającego co do tego, jaki produkt jest oferowany.

Nieadekwatne jest także wskazywanie przez Zamawiającego na postanowienia projektu umowy w zakresie dopuszczalnych zmian umowy. Ustawodawca na etapie

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wprost wyklucza jakiegokolwiek negocjacje w zakresie treści oferty. Nie mają również żadnego znaczenia dla sprawy okoliczności związane z przebiegiem innych postępowań.

W związku z powyższym Zamawiający nieprawidłowo uznał, że przedmiotowy środek dowody może być uzupełniony w pełnym zakresie, skoro to on określał, jakie urządzenia wykonawca oferuje. Uzupełnienie oferty o wskazanie modelu i producenta dopiero na wezwanie Zamawiającego prowadziło do doprecyzowania treści oferty po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne na gruncie art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy pzp i wynikającej z niego zasady niezmienności treści oferty.

W odpowiedzi na odwołanie z 27 grudnia 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco odnosząc się do zarzutów odwołania.

Treść oferty Atabajtu została sformułowana w szczególności w wypełnionym formularzu ofertowym, w którym wykonawca ten, po pierwsze – jednoznacznie oświadczył, że oferuje: w części nr 1 – 13 szt. wydajnych zestawów komputerowych wraz z akcesoriami do pracowni programowania mikrokontrolerów dla Instytutu Informatyki, w części nr 2 – 16 szt. wydajnych zestawów komputerowych wraz z akcesoriami do pracowni technik obrazowania 3D w medycynie dla Instytutu Informatyki, oraz, po drugie – jednocześnie oświadczył, że oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie pzp oraz określonymi przez Zamawiającego w ogłoszeniu o tym zamówieniu.

Zamawiający określił zakres przedmiotowego środka dowodowego (stanowiącego *de facto* oświadczenie własne wykonawcy w postaci specyfikacji technicznej opartej na opisie przedmiotu zamówienia), zażądane dla potwierdzenia prawdziwości oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym, w sposób umożliwiający Zamawiającemu jednoznaczną weryfikację zgodności oferowanej dostawy z wymaganiami Zamawiającego, czyli zgodnie z art. 106 ust. 2 i 3 ustawy pzp.

W niniejszym postępowaniu dla Zamawiającego pierwszorzędne znaczenie mają parametry techniczne oferowanego sprzętu, gdyż umożliwiają stwierdzenie, czy sprzęt zaoferowany przez wykonawcę spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast informacja o producencie, modelu typie sprzętu stanowi jedynie informację urzeczywistniającą te parametry, egzemplifikację przedmiotu zamówienia, która ma na celu ułatwienie Zamawiającemu czynności odbiorowych w trakcie realizacji umowy.

Wobec dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób szeroki, jeżeli parametry oferowanego sprzętu są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, nie ma znaczenia, czy dany sprzęt został wyprodukowany przez producenta X czy Y.

Również z § 7 ust. 7 projektu umowy, który wprost dopuszcza zmianę przedmiotu umowy w odniesieniu do parametrów technicznych urządzenia (w szczególności zmianę typu, marki, modelu, producenta sprzętu będącego przedmiotem umowy), pod warunkiem, że zaproponowane zamiennie urządzenie spełnia warunki techniczne określone w SWZ, wynika, że nazwa producenta i modelu urządzenia nie ma dla Zamawiającego priorytetowego znaczenia i nie stanowi treści oferty.

Wreszcie odrzucenie oferty Atabajtu, który oferuje produkty zgodne z wymaganiami Zamawiającego, tylko dlatego, że nie wypełnił jednej rubryki w przedmiotowych środkach dowodowych, byłoby skrajnie nieproporcjonalne i stanowiłoby przejaw nieuzasadnionego formalizmu. Skoro rubryka ta została uzupełniona przez wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego opartego na przepisie art. 107 ust. 2 i 3 ustawy pzp, a działania te nie doprowadziły do jakiegokolwiek zmiany treści oferty, nie doszło do zachwiania zasady równego traktowania wykonawców czy niezachowania zasady uczciwej konkurencji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa – w zakresie zarzutów niewycofanych – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. W imieniu Zamawiającego nikt się nie stawił na rozprawę, co zostało poczytane za podtrzymanie odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutem odwołania zaniechaniem odrzucenia oferty wybranej przez Zamawiającego może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Po pierwsze, co do treści SWZ.

W pkt 8. rozdziału I SWZ wypełniony formularz specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia (czyli wypełnione przez wykonawcę załączniki nr 1.1 i 1.2 do SWZ, zawierające również opis przedmiotu zamówienia) został zaklasyfikowany jako przedmiotowy środek dowodowy, czyli jako dowód składany na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają jego wymagania określone w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Jednakże w takim przypadku treść oferty sprowadzałaby się do ceny, terminu wykonania i okresu gwarancji dla oferowanych zestawów komputerowych, gdyż tylko takie informacje (skądinąd konieczne z uwagi na kryteria oceny ofert) wynikają z wypełnionego formularza oferty (stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ). Jednocześnie zarówno z treści pkt 8. rozdziału I SWZ, jak i treści formularzy z załączników nr 1.1 i 1.2 do SWZ jednoznacznie wynika, że Zamawiający wymaga sprecyzowania dla oferowanych zestawów komputerowych danych identyfikujących dwa zasadnicze elementy takiego zestawu, czyli komputer PC (nazwa producenta, typ/seria, model/nazwa i kod modelu stosowany przez producenta) i monitor (nazwa producenta i typ/model). Oprócz tego formularz specyfikacji technicznej przewiduje odrębne potwierdzanie dla wybranych podzespołów spełnienia przypisanych im parametrów opisu przedmiotu zamówienia. Ponieważ co do zasady miało to polegać na zakreśleniu okienka przy słowie „TAK”, *de facto* jest to swoista lista kontrolna, gdyż sam fakt złożenia oferty oznacza akceptację warunków zamówienia, w tym co parametrów technicznych przedmiotu zamówienia. Nawet jeżeli akurat w odniesieniu do oferowanego monitora do oferenta należało podanie przekątnej, formatu ekranu, kątów widzenia czy minimalnej rozdzielczości natywnej to parametry te zostały określone w taki sposób (przekątna mieszcząca się w przedziale 26,9-27,1 cala, format co najmniej 16:9, kąty widzenia co najmniej 178°, rozdzielczość natywna co najmniej 1920x1080 pikseli), że *de facto* niewiele różniło się to od potwierdzania spełnienia minimalnych parametrów.

Reasumując, sprecyzowanie przez wykonawcę przedmiotu oferty co do producenta, typu i modelu dla komputera i monitora, które jako tak skonkretyzowane posiadają określone parametry techniczne obiektywnie rzecz biorąc stanowi treść oferty, która następnie może ewentualnie znaleźć dodatkowe potwierdzenie w odrębnych środkach dowodowych. Ponieważ Zamawiający *de facto* nie zażądał przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane zestawy komputerowe spełniają parametry opisu przedmiotu zamówienia, tym bardziej kluczowe znaczenie miało sprecyzowanie w ofercie producenta, typu i modelu. Oczywiście jest bowiem, że dzięki temu każdy informatyk, a takimi niewątpliwie dysponuje Uniwersytet Opolski, bez trudu może na podstawie informacji dostępnych na stronach internetowych producentów tych urządzeń zweryfikować ich parametry pod

kątem opisu przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy, że w przypadku monitorów samo potwierdzenie spełniania wymaganych parametrów, nawet po dookreśleniu dokładnej przekątnej i pozostałych parametrów, nie pozwala na zidentyfikowanie jednego konkretnego urządzenia, gdyż są to parametry typowe dla określonej w ten sposób klasy urządzeń. W szczególności ponieważ monitory o większej rozdzielczości czy znacząco lepszych kątach widzenia są droższe, a parametry te nie są punktowane w ramach kryteriów oceny ofert, oczywiste było, że przy konkurowaniu ceną zostaną zaoferowane urządzenia spełniające minimalnie wymagane parametry.

Na istotne znaczenie sprecyzowania w ofercie oferowanego zestawu komputerowego co do producenta, typu i modelu, zarówno samego komputera, jak i monitora, wskazuje również brzmienie § 5 ust. 7 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SWZ): *Strony dopuszczają możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany przedmiotu umowy w odniesieniu do parametrów technicznych urządzenia (w szczególności zmiana typu, marki, modelu, producenta sprzętu będącego przedmiotem umowy), pod warunkiem, że zaproponowane zamiennie urządzenie spełnia warunki techniczne określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia lub w dokumentach zamówienia. Do zmiany tej może dojść pod warunkiem, gdy pierwotnie określone parametry techniczne (zaoferowane urządzenie), z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, nie są możliwe do osiągnięcia, w szczególności ze względu na wycofanie urządzenia, zaoferowanego przez Wykonawcę, z produkcji lub z rynku. Zamiana ta nie może spowodować pogorszenia parametrów technicznych urządzenia zakupywanego przez Zamawiającego, to jest Wykonawca dostarczy urządzenia o tożsamy parametrach lub lepszych. Zmiana ta nie może spowodować zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy, określonego w § 4 ust. 1 umowy. Na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania okoliczności uzasadniających możliwość dokonania zmiany, o której mowa w niniejszym ustępie. Zmiana ta ma charakter fakultatywny, tym samym nie stanowi zobowiązania do wyrażenia takiej zgody i stosownej zmiany postanowień umowy.*

Z powyższego wynika, że sprecyzowane w ofercie typ, model, marka czy producent komputera i monitora, jako jednoznacznie określające parametry techniczne tych urządzeń, stanowią na tyle istotną treść oferty, że jej zmiana może nastąpić jedynie wyjątkowo, gdy obiektywnie nie jest już możliwe dostarczenie tych konkretnych urządzeń (np. z powodu zaprzestania ich produkcji lub wycofania ze sprzedaży). Przy czym nawet w razie wykazania tej okoliczności przez wykonawcę, Zamawiający może nie wyrazić zgody na dostarczenie w zamian urządzeń o takich samych lub nawet lepszych parametrach. W ten sposób Zamawiający *de facto* zapewnił sobie uprawnienie do uznania danego urządzenia

zamiennego za gorsze niż wskazane w ofercie z innych powodów niż parametry techniczne, np. z powodu postrzegania danej marki za lepszą od innej.

Po drugie, co do treści oferty złożonej przez Atabajt.

Z treści tej oferty nie wynika, jaki konkretnie monitor (czyli jaki model i typ jakiego producenta) został zaoferowany.

Do sprecyzowania treści oferty w tym istotnym wg SWZ zakresie doszło już po otwarciu ofert, w toku badania ofert przez Zamawiającego.

Po trzecie, co do przebiegu badania oferty Atabajtu.

Przeprowadzona przez Zamawiającego w trybie art. 107 ust. 2 ustawy pzp czynność – choć nieprawidłowa w odniesieniu do niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, polegającej w tym przypadku na braku sprecyzowania przedmiotu oferty w zakresie wymaganym w SWZ – potwierdza, że Zamawiający nie byłby w stanie usunąć tej niezgodności w odpowiednim trybie, czyli przy zastosowaniu art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż bez konsultacji z wykonawcą, których prowadzenie jest zakazane z mocy art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp, nie mógł wiedzieć, jaki typ, model, jakiego producenta chciał zaoferować Atabajt. Informacji tych nie sposób bowiem wywieść z innych dokumentów oferty w sytuacji, gdy ani Zamawiający nie zażądał, ani Atabajt nie złożył z własnej inicjatywy specyfikacji technicznej lub choćby ulotki produktowej producenta.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp.

Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta

należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalialia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli

opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

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

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

Dla rozpoznawanej sprawy znaczenie ma, że w zakresie zastosowania przesłanki

odrzućenia oferty uregulowanej w art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009 – tezy dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią SWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie co do jej formy, które również zamieszczane są w SWZ {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Reasumując, przepisy ustawy pzp przewidują wprost instytucje lub odsyłają do instytucji Kodeksu cywilnego, które służą konwalidacji skutków niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu treści oferty. Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest wprost zakazane przepisem art. 223 ust. 1 zda. 2 pzp (art. 87 ust. 1 zd. 2 popzp). Omówione powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy co do złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, właściwemu odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W tej sprawie, jak powyżej ustaliła Izba, złożona przez Atabajt oferta nie w pełni została sprecyzowana w zakresie wymaganym w SWZ, który to brak dotyczył jednego z dwóch zasadniczych elementów zestawów komputerowych z części nr 1 i 2 tego zamówienia, co przy braku innych dokumentów identyfikujących w tym zakresie przedmiot oferty spowodowało, że wystąpił stan niezgodności treści oferty z treścią SWZ, którego nie dało się usunąć w zgodzie z przepisami ustawy pzp.

Przy czym w okolicznościach tej sprawy nie sposób uznać odrzućenia oferty z uwagi na niesprecyzowanie jej treści odnośnie kluczowego elementu przedmiotu zamówienia za działanie nieproporcjonalne. Odmienne stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie w istocie stanowi parafrazę fragmentu uzasadnienia wyroku Izby

z 31 marca 2022 r. sygn. akt 743/22, który jedynie na pierwszy rzut oka zapadł na tle podobnych okoliczności faktycznych. W tamtej sprawie niesprecyzowanie treści oferty co do producenta, typu i modelu dotyczyło klawiatury i myszy o nikłej wartości w stosunku do ceny całej oferty, przy czym opis przedmiotu zamówienia wskazywał na standardowe, powszechnie dostępne na rynku peryferyjne urządzenia wejściowe.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5, a w konsekwencji art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia w częściach nr 1 i 2, wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie – na które złożyły się: uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł (potwierdzone złożoną do zamknięcia rozprawy fakturą VAT) – orzeczono w pkt 2. sentencji na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – stosownie do wyniku niniejszej sprawy obciążając tymi kosztami Zamawiającego.