

WYROK

z dnia 18 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2011 r. przez **SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Kopalnię Węgla Brunatnego „Konin” S.A. w Kleczewie**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza **SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Kopalni Węgla Brunatnego „Konin” S.A. w Kleczewie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koninie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Kopalnia Węgla Brunatnego „Konin” S.A. w Kleczewie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę w formie leasingu finansowego do KWB „Konin” w Kleczewie S.A. sprzętu.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 26.08.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 163-269744.

W dniu 25.10.2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia m.in. o odrzuceniu oferty SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a także unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z brakiem ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odrzucenia ww. oferty wskazano, iż Zamawiający w Zał. nr 1a w pkt 10 SIWZ „Sposób finansowania – parametry leasingu przedmiotu zamówienia” określił, że „dopuszcza jako zabezpieczenie terminowego i pełnego wykonania przez Zamawiającego zobowiązań wynikających z umowy wystawienie weksła własnego in blanco z klauzulą „nie na zlecenie”. Tymczasem SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. w ofercie (str. 41 oferty) dopuściła weksel bez wymaganej, ww. klauzuli.

W dniu 04.11.2011 r. SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. w Warszawie wniosła odwołanie od ww. czynności, wskazując, iż na ich skutek jej interes prawny doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego jej oferta,

jako zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz) i zawierająca najniższą cenę powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia postępowania,
- dokonanie ponownej oceny ofert,
- wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,

ewentualnie -

- przed wyborem najkorzystniejszej oferty poprawienie przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający w lakonicznym uzasadnieniu wskazał, że Wykonawca w złożonej ofercie dopuszcza jako zabezpieczenie transakcji weksel bez wymaganej przez Zamawiającego klauzuli „nie na zlecenie”. Tymczasem w ocenie Odwołującego załączenie do oferty ogólnego wzoru (projektu) weksla bez wspomnianej przez Zamawiającego klauzuli „nie na zlecenie” nie ma znaczenia dla prawidłowości oferty i jej zgodności z SIWZ, albowiem Odwołujący potwierdził, w złożonym w formularzu oferty (pkt 9), że akceptuje wszystkie postanowienia i warunki SIWZ, w tym Istotne Postanowienia Umowy (IPU). Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do prawidłowości oferty, zobowiązany był w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy poprosić Wykonawcę o wyjaśnienie treści oferty. Skoro przedłożony dokument wzbudził obiekcyjne wątpliwości zamawiającego, zobowiązany on był do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości z nim związanych. Dopóki Zamawiający nie wyjaśni w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomej sprzeczności treści oferty wykonawcy z postanowieniami SIWZ, to nie może odrzucić tej oferty.

Według Odwołującego załączenie dokumentów, które nie były wymagane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest co do zasady bezprzedmiotowe. Nie może jednak w żadnym razie stanowić podstawy do odrzucenia złożonej przez wykonawcę oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tak np.

orzekł Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 29 sierpnia 2006 r. nr UZP/ZO/0-2359/06. Przesłanki odrzucenia oferty muszą być przesłankami jasnymi i interpretowanymi ściśle, zaś przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może być stosowany wyłącznie w przypadku jednoznacznego stwierdzenia sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji.

Ponadto odrzucenie oferty jedynie z tej przyczyny, że jeden z elementów złożonej poza tym zgodnie z treścią SIWZ oferty, który na dodatek nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. jest niedopuszczalne, co potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 kwietnia 2008r. (KIO/UZP 302/08).

Na wypadek gdyby Izba nie podzieliła w tym przedmiocie stanowiska Odwołującego, wniósł on o ewentualne uznanie, że załączony do oferty projekt weksla zawiera oczywistą omyłkę i o nakazanie jej poprawienia przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty.

W dniu 17.11.2011 r. Zamawiający przekazał do Izby odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie oraz wskazał, iż po wnikliwej analizie oferty Wykonawcy odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, że nie odpowiadała ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) tj. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Przy czym nie znalazł podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż uznał, że prowadziłyby to do istotnej zmiany treści oferty.

Zamawiający podniósł, iż w SIWZ (załącznik nr 1a do SWIZ, pkt 10) wskazał, że „Zamawiający dopuszcza jako zabezpieczenie terminowego i pełnego wykonania przez Zamawiającego zobowiązań wynikających z umowy wystawienie weksla własnego in blanco z klauzulą „nie na zlecenie”. Co ważne, był to jedyny zapis w SIWZ. w którym Zamawiający dopuścił możliwość zabezpieczenia roszczeń Oferenta poprzez żądania przez niego weksla własnego, ale tylko z klauzulą „nie na zlecenie”. Wspomniany zapis nie został umieszczony w Istotnych Postanowieniach Umowy ale nie świadczy to o mniejszej wadze i istotności tego zapisu dla Zamawiającego, gdyż Zamawiający po prostu nie wiedział czy wykonawcy zechcą skorzystać z takiej możliwości

zabezpieczenia roszczeń z umowy leasingu czy też nie, a w Istotnych Postanowieniach Umowy znalazły się tylko zapisy, które bezwzględnie i niezależnie od woli oferentów miały się znaleźć w umowie. Wyraźnie jednak zaznaczono w SIWZ, że jeżeli już wykonawca będzie chciał skorzystać z możliwości jaką daje mu w tej mierze Zamawiający tj. będzie żądał weksla, to Zamawiający dopuszcza tylko weksel in blanco z klauzulą „nie na zlecenie”.

Zamawiający w tym zakresie jak i w wielu innych pozostających poza treścią IPU pozostawił więc Wykonawcom pełną dowolność w zakresie kształtowania stosunków umownych w tym także, co do tego czy będą żądali weksla na zabezpieczenie czy też nie. Ponieważ w całej ofercie Odwołującego w tym w projekcie umowy załączonym do oferty nie ma nic na temat tego czy Odwołujący żąda weksla (pozostaje to wykropkowane w projekcie umowy - str 28 oferty § 7) a jednocześnie do umowy został załączony weksel wraz deklaracją wekslową oraz oświadczeniem o wyrażeniu zgody na zniszczenie weksla (również jak cała umowa opatrzone nadrukiem projekt) to Zamawiający przyjął zgodnie z regułami oświadczenia woli, że Odwołujący żąda weksla o treści takiej jaką załączył do umowy. Tą argumentację wzmacnia fakt, że weksel jest opatrzony tym samym graficznym znakiem czerwonego koloru „Projekt” co cała umowa a także fakt, że na stronie 1 oferty Odwołujący wyraźnie określił, że załącznikami do niniejszej umowy jest projekt umowy wraz z aneksami i załącznikami a ostatnią stroną oferty i umowy jest właśnie weksel. Inny oferent, który został wykluczony z postępowania z uwagi na to, że nie przedłożył dokumentów na spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie załączył w ogóle projektu weksla (czego Zamawiający przecież nie oczekiwał), ale za to wyraźnie wskazał w umowie w jej § 5 zatytułowanym zabezpieczenie umowy, że „Korzystający zobowiązuje się do ustanowienia na rzecz Finansującego następujących zabezpieczeń: 1. Weksel własny In blanco z klauzulą nie na zlecenie”. Wskazuje to wyraźnie, że inni oferenci zdawali sobie sprawę z istotności tego wymogu zawartego w SIWZ i w ocenie Zamawiającego traktowali go jako istotny element treści oferty.

Podobnie mógł uczynić Odwołujący, ale skoro tego nie uczynił to Zamawiający zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli przyjął, że projekt weksla stanowi integralną część umowy, tym bardziej, że do umowy załączono również deklarację wekslową i oświadczenie o wyrażeniu zgody na zniszczenie weksla (str. 39-41 oferty Odwołującego) i że w związku z tym, celem zabezpieczenia roszczeń Odwołującego

wynikających z umowy Leasingu, po pierwsze Odwołujący oczekuje od Zamawiającego wystawienia weksla a pod drugie weksel ten ma mieć taką treść jak załączony do umowy, czyli bez niezwykle istotnej dla Zamawiającego klauzuli „nie na zlecenie”

Gdyby zaistniała sytuacja, że Odwołujący w umowie czy też jakimkolwiek innym miejscu oferty wyraźnie oświadczył czy i jakiego zabezpieczenia oczekuje (tak jak to uczynił Wykonawca, który został wykluczony z postępowania) a następnie dołączył (choć nie był do tego zobligowany przez SIWZ) niezgodny z tym oświadczeniem weksel, to wtedy miałby prawo oczekiwać od Zamawiającego, że ten zwróci się do niego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy o wyjaśnienie treści oferty gdyż wtedy oferta zawierałaby sprzeczne ze sobą oświadczenia woli i pojawiłaby wątpliwość, co do tego czy zamiarem Zamawiającego było złożenie jednego czy drugiego oświadczenia woli.

W odwołaniu Odwołujący podnosi, iż w jego ocenie „załączenie do oferty ogólnego wzoru (projektu) weksla bez wspomnianej przez Zamawiającego klauzuli „nie na zlecenie” nie ma znaczenia dla prawidłowości oferty i jej zgodności z SIWZ, albowiem Odwołujący potwierdził, w złożonym w formularzu oferty (pkt 9), że akceptuje wszystkie postanowienia i warunki SIWZ, w tym istotne postanowienia umowy (IPU)”. Treść wskazanego przez odwołującego pkt 9 na stronie pierwszej oferty brzmi następująco „Oświadczamy, że zawarte w SIWZ Istotne Postanowienia Umowy (IPU) zostały przez nas zaakceptowane i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”. Jak widać nie ma tu mowy o żadnej akceptacji postanowień SIWZ ale o akceptacji IPU w którym, co już podkreślano i wyjaśniano z jakich przyczyn nie znalazły żadne postanowienia co do weksla (weksel był elementem fakultatywnym, uzależnionym od woli Wykonawcy). Art 87 ust. 1 ustawy daje Zamawiającemu prawo zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienie tych elementów treści oferty, które są niejasne lub nie dają się jednoznacznie zinterpretować, a ich uwzględnienie lub zignorowanie może wpłynąć na wynik postępowania. W świetle przedstawionych wyżej argumentów dla Zamawiającego nie ulegało wątpliwości jaka jest treść oświadczenia Odwołującego zawarta w ofercie, a dotycząca oczekiwań Odwołującego co do treści weksla na zabezpieczenie i że jest to treść, niezgodna z SIWZ, gdyż Odwołujący żądał weksla własnego in blanco bez wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ klauzuli „nie na zlecenie”. Pozostaje zatem do wyjaśnienia kwestia czy w sytuacji, gdy Zamawiający stwierdził już niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ, to czy w tej sytuacji był

zobowiązany do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy czyli potraktowania tej niezgodności jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Zamawiającego nawet hipotetycznie zakładając, że można tu mówić o omyłce a nie o celowym działaniu Odwołującego to ewentualna próba jej naprawienia przez Zamawiającego powodowałaby istotną zmianę w treści oferty z następujących względów.

W odróżnieniu od weksli bez klauzuli „nie na zlecenie” weksel własny z klauzulą „nie na zlecenie” powoduje iż prawa z takiego weksła, właśnie z uwagi na ww. klauzulę nie mogą być przenoszone w typowej dla weksła formie przenoszenia praw tj. w drodze indosu a tylko w drodze przelewu co wynika z art. 11 prawa wekslowego. Powoduje to, że nie ma możliwości by zobowiązanie z weksła z klauzulą „nie na zlecenie” oderwało się od stosunku podstawowego, w tym przypadku umowy leasingu a zobowiązanie z weksła z ww. klauzulą nigdy nie będzie miało w pełni abstrakcyjnego charakteru cechującego zobowiązania z innych weksli, gdyż wystawca takiego weksła zawsze będzie mógł podnieść w odniesieniu do ewentualnych roszczeń z weksła zarzuty ze stosunku podstawowego (umowy leasingu), co w przypadku weksła bez klauzuli „nie na zlecenie” byłoby w zasadzie niemożliwe a to z uwagi na art. 10 i 17 prawa wekslowego. Jest to szczególnie istotne, gdy weksel własny jest jednocześnie wekslem in blanco a więc wekslem niezupełnym zabezpieczającym ewentualne wierzytelności przyszłe, który może być dopiero uzupełniony (m.in. o sumę wekslową w oparciu o treść deklaracji wekslowej), ale nie o klauzule wekslowe - te dla swojej skuteczności muszą być umieszczone już w treści weksła niezupełnego a nie w treści np. deklaracji wekslowej. Stąd też każdy weksel a zwłaszcza weksel niezupełny, bez klauzuli „nie na zlecenie” jest z oczywistych względów (łatwość przenoszenia praw z weksła w drodze indosu i bardzo utrudniona wobec każdego innego niż remitent nabywcy praw z weksła możliwość podważenia treści weksła wypełnionego nawet niezgodnie z deklaracją wekslową) niezwykle korzystny dla remitenta i dla potencjalnych nabywców praw z takiego weksła. Z tych samych przyczyn jest on jednak niekorzystny dla każdego wystawcy takiego weksła. Inną cechą wspólną zobowiązań wekslowych są także znaczne ułatwienia przewidziane w kodeksie postępowania cywilnego dla ich dochodzenia (nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym w tzw. procesie wekslowym). Podsumowując powyższe rozważania, jeżeli Odwołujący chciał zabezpieczyć roszczenia z umowy leasingu, którego wartość określana jest niebagatelną dla

Zamawiającego kwotą ca 1.615,870 zł poprzez żądanie weksla to kwestia właściwego z punktu widzenia SIWZ weksla własnego *in blanco* z klauzulą „nie na zlecenie” stanowiła dla Zamawiającego warunek niezwykle istotny z punktu widzenia jego odpowiedzialności za zobowiązanie wekslowe, czemu dał wyraz w załączniku nr 1a pkt 10 SIWZ a czemu nie dał wyrazu w IPU, gdyż Zamawiający stworzył tylko możliwość żądania takiego weksla przez Odwołującego.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż jest stroną wielu umów leasingu i jeszcze się nie zdarzyło, by mając świadomość zagrożeń jakie niesie za sobą wystawianie weksli, w celu zabezpieczenia tych umów wystawił, na co zresztą w myśl statutu Zamawiającego potrzebna jest zgody Rady Nadzorczej, weksel *in blanco* bez klauzuli „nie na zlecenie”. O wadze klauzuli wekslowej „nie na zlecenie” wiedział Odwołujący, który zapewne w swojej praktyce obrotu gospodarczego i ze względu na prowadzony profil działalności często posługuje się wekslami zarówno z klauzulą nie na zlecenie jak i bez tej klauzuli.

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

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w rozdz. VI, pkt 4 ppkt 5) zamawiający wymagał dołączenia do oferty składanej w postępowaniu projektu umowy uwzględniającego Istotne Postanowienia Umowy (stanowiące Zał. nr 6 do siwz).

Punkt 10 Załącznika nr 1a do siwz – „Sposób finansowania – parametry leasingu przedmiotu zamówienia” otrzymał następujące brzmienie:

Zamawiający dopuszcza jako zabezpieczenie terminowego i pełnego wykonania przez Zamawiającego zobowiązań wynikających z umowy wystawienie weksla własnego *in blanco* z klauzulą „nie na zlecenie”.

Zamawiający nie określił sposobu wskazania w ofercie jakiego zabezpieczenia wykonania umowy żąda składający ją wykonawca.

W ofercie SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. przedstawiono m.in. projekt umowy z aneksami i załącznikami (wskazane w tiret ostatnim formularza ofertowego, załączony na str. 26-41 oferty). § 7 umowy leasingowej wykropkowane miejsce dotyczące zabezpieczenia pozostawiono niewypełnione (str. 28 oferty). Natomiast na str. 39 oferty zamieszczono projekt deklaracji wekslowej, na str. 40 oświadczenie o zgodzie na zniszczenie weksła, a na str. 41 – projekt weksła in blanco na zlecenie.

W ofercie odwołującego - w formularzu ofertowym znalazły się standardowe deklaracje o akceptacji siwz czy wykonaniu zamówienia zgodnie z siwz.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, iż w treści swojej oferty wymagał od zamawiającego ustanowienia zabezpieczenia w postaci weksła in blanco z klauzulą „nie na zlecenie”.

Izba zważyła, co następuje:

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

W dalszej kolejności podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Wskazany art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne niż oczywiste omyłki pisarskie oczywiste omyłki rachunkowe, 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. Powyższe sankcjonowane jest przez dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowiącą, iż odrzuca się ofertę wykonawcy, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz.

Następnie zaznaczyć należy, iż zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp ofertę składa się w formie pisemnej. Nie ma więc innej treści oferty niż ta wyrażona na piśmie w samej ofercie (zarówno w formularzu ofertowym, jak i dokumentach doń załączonych), określająca i opisująca kształt zobowiązania, które wykonawca chce zaciągnąć. Tak rozumiana treść oferty (zakres zobowiązania) rekonstruowana jest na podstawie całości zawartości oferty odnoszącej się i dookreślającej oferowany zakres świadczenia, sposób jego wykonania, wynagrodzenie... *etc.* Równie powszechne, co błędne, jest przypisywanie w tym kontekście nadmiernego znaczenia dla treści oferty deklaracjom w niej składanych, np. o zgodności oferty z siwz czy zobowiązaniu do wykonania zamówienia zgodnie z siwz, gdy jednocześnie ze szczegółowych danych w ofercie zawartych wynika okoliczność przeciwna. Opieranie się w takich przypadkach jedynie na oświadczeniach składanych przez wykonawców likwidowałoby właściwie instytucję niezgodności oferty z treścią siwz. Wykonawca mógłby zawsze zdeprecjonować dane zawarte w jego ofercie powołując się na ogólne oświadczenie o chęci uczynienia zadość wymaganiom zamawiającego złożone w ofercie.

Należy zaznaczyć, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający nie narzucił (nie wymagał) aby wykonawcy wymagali od niego konkretnego zabezpieczenia wykonania umowy. Dopuścił natomiast podług wyli wykonawców możliwość zażądania od niego wystawienia określonego w siwz (zał. nr 1a, pkt 10) weksła in blanco nie na zlecenie. Sprawą wykonawców pozostawało czy zechcą z takiego zabezpieczenia skorzystać i

podpisania takiego weksla będą się domagać. Wymagany kształt oferty zawierający m.in. projekt umowy leasingowej oznaczał, iż wykonawca wymaganie konkretnego zabezpieczenia wykonania umowy zażądać (zaoferować) i wskazać musiał już w ofercie. Inaczej brak określenia takiego żądania w ofercie skutkowałby niemożnością jego żądania w umowie i w trakcie realizacji zamówienia, którego umowa dotyczy (arg. z art. 140 ust. 1 Pzp).

Odnosząc powyższe do treści oferty odwołującego należy zakwalifikować projekt weksla załączonego do przedłożonej umowy jako element tej treści - nie tylko ze względu na jego tożsamość z całą umową i innymi załącznikami oznaczenie graficzne „projekt” oraz brak wskazania weksla jako oddzielnego załącznika w formularzu umowy, ale przede wszystkim ze względu na potwierdzające powyższe stanowisko odwołującego wyrażone na rozprawie. Mianowicie odwołujący wcale nie twierdził, iż z treści jego oferty wynika, iż żadnego zabezpieczenia wykonania umowy od zamawiającego nie żąda - co korespondowałoby z stanowiskiem o braku znaczenia projektu weksla, oświadczenia czy deklaracji wekslowych załączonych do umowy. Przeciwnie, odwołujący oświadczył, iż w treści swojej oferty zaferował/zażądał od zamawiającego ustanowienia zabezpieczenia zgodnego z dopuszczanym przez zamawiającego, tj. w postaci weksla z klauzulą nie na zlecenie. Powyższe przesądza o kwalifikacji projektu weksla jako elementu treści oferty.

Tym samym wobec faktu, iż w tak rozumiany projekt weksla jest zabezpieczeniem niezgodnym z wymaganiami (dopuszczeniem) zamawiającego – jest wekslem in blanco na zlecenie – stanowi to o niezgodności treści oferty (żądanego w niej zabezpieczenia) z treścią siwz.

Wobec stwierdzenia tego typu niezgodności, przed zastosowaniem dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 należy przesądzić o niemożliwości usunięcia niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. wypełnienia przez ewentualną zmianę treści oferty przesłanek tego przepisu, więc przede wszystkim wymagania aby powyższe poprawka nie powodowała istotnych zmian w treści oferty.

W tym zakresie Izba podziela stanowisko zamawiającego co do oceny istotności postulowanej przez odwołującego zmiany treści jego oferty. Zmiana weksla in blanco na zlecenia na weksel in blanco nie na zlecenie, z punktu widzenia technicznego byłaby rzeczywiście tylko dodaniem słowa „nie” w jego treści, jednakże jeśli chodzi o jej znaczenie i kwalifikację prawną byłaby daleko idącą zmianą charakteru weksla. Powodowałaby opisane w odpowiedzi na odwołanie i zreferowane powyżej skutki dla sposobu zbywania praw z weksla czy ich dochodzenia. Właśnie z tych względów nie sposób zakwalifikować zmiany ww. klauzuli wekslowej i tym

samym zmiany w charakterze żadanego zabezpieczenia jako nieistotną zmianę w treści oferty.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: