

**Sygn. akt KIO 2234/10**

**WYROK**  
**z dnia 28 października 2010r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Emil Kawa**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 14 października 2010 r. wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Pawła Strykowskiego i Marcina Tomanę prowadzących działalność pod firmą WizjaNet s. c. (pełnomocnicy) oraz Jana Filasa, Barbarę Cieślik i Marka Sajdaka prowadzących działalność pod firmą Krakfin s. c., adres pełnomocników: 43-382 Bielsko Biała, ul. Cieszyńska 367** od czynności zamawiającego **Gminy Cieszyn, 43-400 Cieszyn, Rynek 1**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: VULCAN Sp. z o.o., ComArch S.A., 51-116 Wrocław, ul. Wołowska 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Pawła Strykowskiego i Marcina Tomanę prowadzących działalność pod firmą WizjaNet s. c. (pełnomocnicy) oraz Jana Filasa, Barbarę Cieślik i Marka Sajdaka prowadzących działalność pod firmą Krakfin s. c., adres pełnomocników: 43-382 Bielsko Białą, ul. Cieszyńska 367** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) - uiszczone przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Pawła Strykowskiego i Marcina Tomanę prowadzących działalność pod firmą WizjaNet s. c. (pełnomocnicy) oraz Jana Filasa, Barbarę Cieślik i Marka Sajdaka prowadzących działalność pod firmą Krakfin s. c., adres pełnomocników: 43-382 Bielsko Białą, ul. Cieszyńska 367** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 **Bielsku - Białej**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Cieszyn z siedzibą w Cieszynie - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są dostawy sprzętu i wdrożenie oprogramowania dla realizacji projektu „CISO - Cieszyński Informatyczny System Oświatowy.

4 października 2010 r. zamawiający powiadomił o wynikach postępowania. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - VULCAN Sp. z o. o. we Wrocławiu i Comarch S. A. w Krakowie ( Konsorcjum Vulcan) - oraz wykluczył wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Pawła Strykowskiego i Marcina Tomanę prowadzących działalność pod firmą WizjaNet s. c. w Bielsku Białej oraz Jana Filasa, Barbarę Cieślik i Marka Sajdaka prowadzących działalność pod firmą Krakfin s. c. z siedzibą w Krakowie.

14 października wykluczeni wykonawcy wnieśli odwołanie wobec dokonanych czynności, zachowując obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy przez:

- 1) dokonanie bezpodstawnego wykluczenia odwołującego, tj. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2) p.z.p.;
- 2) dokonanie bezpodstawnego wezwania Konsorcjum Vulcan do uzupełnienia terminu związania ofertą, tj. naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p.;
- 3) niewykluczenie Konsorcjum Vulcan pomimo braku prawidłowo wniesionego wadium, tj. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2) p.z.p.;
- 4) nieodrzućenie oferty Konsorcjum Vulcan pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2

p.z.p.

Odwołujący wskazał, że przez podjęcie przez zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy czynności mających wpływ na wynik przetargu, zamawiający naruszył również zasady obiektywnego traktowania wykonawców, tym samym naruszając zasadę uczciwej konkurencji. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności wezwania Konsorcjum Vulcan do uzupełnienia oferty;
- 3) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Vulcan;
- 4) przyznanie pełnomocnikowi odwołującego wynagrodzenia w kwocie 3 600 złotych.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że zgodnie z przyjętym orzecnictwem i stanowiskiem doktryny, obligatoryjnym elementem treści gwarancji ubezpieczeniowej powinno być jedynie wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez określenie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Zdaniem Odwołującego określenie w treści gwarancji przesłanki podania jakiejkolwiek nieprawdziwej informacji, stanowi zobowiązanie wyczerpujące w całości wymagania zawarte w art. 46 ust. 4a, zatem odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) p.z.p.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Vulcan składając ofertę zawarło w niej zobowiązanie, iż łączy się ofertą na okres trzydziestu dni. Oferta Konsorcjum VULCAN została zatem przygotowana niezgodnie z przepisami ustawy oraz wymaganiami zawartymi w siwz i powinna zostać odrzucona. Odwołujący nadmienił, że nieprawidłowo określony okres ważności oferty nie może być traktowany jako oczywista omyłka pisarska, zaś instytucja przedłużenia terminu związania ofertą wskazana w art. 85 ust. 2 p.z.p. nie daje podstawy do podejmowania przez zamawiającego działań mających na celu poprawienie uchybień spowodowanych niestarannym działaniem wykonawcy. Odwołujący zarzucił, że zamawiający wezwał Konsorcjum Vulcan do przedłużenia terminu bez podstawy prawnej, nadużywając tym samym dyspozycji art. 26 ust. 3 p.z.p. Zdaniem odwołującego zamawiający w sposób wybiórczy i przeczący zasadzie równego traktowania, z powodu rzekomej

wadliwości wykluczył odwołującego, a bezpodstawnie wezwał Konsorcjum Vulcan uzupełnienia oświadczenia o terminie związania się ofertą.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Vulcan obowiązane było przedłużyć okres ważności wadium (względnie wnieść nowe wadium) na przedłużony okres związania ofertą. Tymczasem wykonawca nie przedłużył ważności wadium. Odwołujący wywiódł, że zgoda na przedłużenie okresu ważności wadium nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy, nawet w sytuacji, kiedy wadium wnoszone jest w formie pieniężnej.

Odwołujący zauważył, iż oferta Konsorcjum Vulcan zawiera wyłącznie graficzne zrzuty z ekranu komputerowego. Natomiast powszechna praktyka oraz wymagania siwz, nakazywały dołączenie do elementów graficznych także informacji o wykorzystywanej przez oferowaną aplikację technologii, danych dotyczących jej zgodności z innymi powszechnie użytkowanymi programami, a przede wszystkim opisu funkcjonalności programu.

Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum Vulcan za najkorzystniejszą, przecząc tym samym własnym wymaganiom zawartym w załączniku nr 2 oraz rozdziale 18 ust. 14 pkt 15 siwz.

Odwołujący zarzucił również, że zamawiający nie wykluczył Konsorcjum Vulcan mimo, iż wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia - mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. nie przedstawił stosownych dokumentów.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Konsorcjum Vulcan zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska przystępujący odniósł się do całości zarzutów odwołania, wskazał jednak, że rozpoznane winny zostać wyłącznie zarzuty w odniesieniu do wykluczenia odwołującego. Nie można rozpoznać zarzutów dotyczących przystępującego z powodu nie spełnienia przesłanek art. 179 ust. 1 p.z.p.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba

przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz uczestnik (przystępujący) podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Na podstawie dowodów z dokumentów postępowania oraz pism, powołanych w treści uzasadnienia, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ogłoszeniu o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 143 – 220282.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Uprawnienie odwołującego do kwestionowania czynności wykluczenia go z postępowania jest bezsporne. Wbrew twierdzeniom przystępującego, brak jest podstaw do pozostawienia bez rozpoznania zarzutów, których potwierdzenie skutkowałoby wykluczeniem przystępującego z postępowania albo odrzuceniem złożonej przez niego oferty. Okoliczność, że oferta odwołującego zawiera niższą cenę i może zostać uznana za korzystniejszą, niż oferta przystępującego, nie uzasadnia ograniczenia rozpoznania odwołania wyłącznie w zakresie zarzutów dotyczących odwołującego.

Podnieść trzeba, przede wszystkim, że ustawodawca w art. 180 ust. 2 p.z.p. ograniczył *expressis verbis* katalog czynności, wobec których dopuszcza wnoszenie odwołania, jedynie w postępowaniach o wartości niższej, niż kwoty ustalone na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. W postępowaniach o wartości wyższej, niż kwoty ustalone na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., żadne ograniczenie nie zostało ustanowione. Przedmiotowe ograniczenie zakresu odwołania do czynności eliminujących z postępowania wykonawcę wnoszącego odwołanie - wykluczenia lub odrzucenia jego oferty - dotyczy wyłącznie postępowań o niższej wartości. Przyjęcie tezy przystępującego sprowadzałoby się do zrównania zakresu odwołania w postępowaniach o mniejszej i większej wartości, do czego brak jest podstaw jurydycznych.

Należy też zauważyć, że art. 179 ust. 1 p.z.p. statuuje przesłanki podmiotowe warunkujące możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej, nie stanowi natomiast

*verba legis* o uprawnieniu do podnoszenia zarzutów, będących elementem niezbędnym środka zaskarżenia.

Ograniczenie uprawnień wykonawców w postępowaniu odwoławczym powinno mieć oparcie w normie prawnej i wynikać z jej literalnej interpretacji.

Wskazać też trzeba, że dla prawidłowego rozpoznania zarzutów dotyczących wykluczenia odwołującego niezbędne jest odniesienie się do sytuacji przystępującego. Odwołujący podniósł bowiem zarzut nierównego traktowania wykonawców. Wprawdzie nie uczynił tego w części wstępnej odwołania, jednak osnowa zarzutu została jednoznacznie wskazana w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący nie wskazał art. 7 ust. 1 p.z.p., a przytoczył jego treść oraz powołał uzasadnienie. Jest to wystarczające do uznania, wbrew stanowisku przystępującego, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z. p. został sformułowany w odwołaniu.

Izba rozpoznała zatem wszystkie zarzuty podniesione przez odwołującego, jednak stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Wymagania dotyczące wadium w formie gwarancji zamawiający ustalił w rozdziale 15 ust. 6. siwz. Postanowienie pkt 5) głosi, że gwarancja powinna zawierać zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze żądanie zamawiającego, zawierające oświadczenie, że:

a) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy nie złożył dokumentów lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy;

b) wykonawca, którego ofertę wybrano, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie lub nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący natomiast złożył gwarancję ubezpieczeniową nr GBW/14/10/0129 z 23 sierpnia 2010 r. wystawioną przez HDI Asekuracja Oddział w Katowicach. W treści gwarancji ubezpieczyciel zobowiązał się do wypłaty zabezpieczenia w sytuacji odmowy przez zobowiązanego podpisania umowy na warunkach określonych w

ofercie, odmowy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w przypadku gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z winy wykonawcy oraz w razie przedstawienia w ofercie danych nieprawdziwych. Przywołany katalog ma charakter enumeratywny.

Art. 46 ust. 4a p.z.p. stanowi, że zatrzymanie wadium wraz z odsetkami następuje, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p. nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Gwarancja ubezpieczeniowa nie została stypizowana w przepisach prawa. Stanowi specyficzną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynność ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (tak: Sąd Apelacyjny w Poznaniu w orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2006 r. (I ACa 761/05). Gwarancja ubezpieczeniowa to zobowiązanie ubezpieczyciela - gwaranta, polegające na tym, że jeśli podmiot uprawniony (beneficjent gwarancji) spełni określone warunki zapłaty, ubezpieczyciel wykona świadczenie pieniężne na jego rzecz. Zobowiązanie ubezpieczyciela ma charakter jednostronnie zobowiązujący, zatem istotne jest, aby przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu w sposób nie budzący wątpliwości. Treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 roku, II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 roku, poz. 29). Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (*vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/537/08).

Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie budzi wątpliwości Izby, że dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4 a oraz 46 ust. 5 p.z.p. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji w pełnym zakresie wynikającym z ustawy nie była

kwestionowana. W przeciwnym razie nie można uznać, że nastąpiło wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”.

Treść gwarancji złożonej przez odwołującego nie zawiera generalnej klauzuli wskazującej na możliwość zatrzymania wadium zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zostały w niej natomiast wskazane przypadki uzasadniające zatrzymanie wadium. Niewątpliwie z literalnego brzmienia gwarancji o numerze nr GBW/14/10/0129 z 23 sierpnia 2010 r. nie wynika zobowiązanie ubezpieczyciela do zapłaty wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a p.z.p. Żadna z przesłanek zawartych w enumeratywnym katalogu nie odpowiada zakresowi przywołanego przepisu. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że ustanowiona została możliwość zatrzymania wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a p.z.p. Izba uznała zatem, że nie nastąpiło wniesienie wadium zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Prezentowana ocena skuteczności wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej kształtuje się jednolicie w orzecznictwie Izby.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2) p.z.p. nie potwierdził się.

Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba uznał, że przystępujący był związany złożoną przez siebie ofertą przez okres 60 dni już od dnia złożenia i otwarcia ofert.

W rozdziale 17 siwz zamawiający ustalił, że termin związania ofertą wynosi 60 dni.

Pkt 6) Formularza oferty (załącznik nr 3 do siwz) stanowi, że termin związania ofertą wynosi 30 dni. Natomiast zgodnie z pkt 5) wykonawca oświadcza, że zapoznał się z siwz (wraz z załącznikami), akceptuje w całości wszystkie warunki w niej zawarte oraz uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania.

Niezgodność terminów związania ofertą wskazanych w formularzu ofertowym oraz siwz została zauważona przez jednego z wykonawców, który zwrócił się do zamawiającego o wskazanie prawidłowego terminu związania ofertą. Zamawiający pismem z 6 sierpnia 2010r. udzielił wyjaśnienia, że czas związania ofertą wynosi 60

dni, natomiast nie dokonał korekty formularza oferty.

Konsorcjum Vulcan złożyło formularz ofertowy bez dokonywania w nim zmian, odwołujący samodzielnie poprawił termin związania ofertą na 60 dni.

Pismem z 23 września 2010 r. zamawiający wezwał przystępującego do przedstawienia oświadczenia o związaniu ofertą przez okres 60 dni od daty złożenia oferty.

Przystępujący pismem z 24 września przedstawił wymagane oświadczenie.

Art. 36 ust. 1 p.z.p. ustala minimalne wymagania treści siwz, w tym termin związania ofertą (pkt 9). Sporna treść oferty przystępującego stanowi zatem element obligatoryjny siwz. Wskazać też należy na art. 85 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w siwz. Fakt związania wykonawcy ofertą przez okres ustalony przez zamawiającego następuje zatem *ex lege*, przez sam fakt złożenia oferty. Skoro zatem przystępujący znając postanowienia siwz, przewidujące 60-dniowy termin związania ofertą, złożył ofertę, to związał się nią wobec zamawiającego na cały wymagany okres.

Podnieść też trzeba, że zamawiający dopuścił się sprzeczności, tak między siwz i formularzem oferty, jak również wewnątrz samego formularza. Izba ocenia zatem, że skoro przystępujący związał się przez złożone oświadczenie wymaganiami siwz, uczynił to również w odniesieniu do terminu związania ofertą stanowiącego z mocy prawa element *sine qua non* siwz. To na zamawiającym spoczywa ustawowy obowiązek przygotowania dokumentów postępowania z należytą starannością. Sprzeczności istnieją w siwz wskutek błędów zamawiającego i nie mogą obciążać wykonawcy.

Skoro przystępujący był związany ofertą przez okres wymagany w siwz, to złożył ofertę zgodną z przepisami ustawy oraz wymaganiami siwz.

Czynność wezwania do złożenia oświadczenia w sprawie terminu związania ofertą pozbawiona jest, w okolicznościach sporu, istotności, pozostaje bowiem bez wpływu na fakt związania się ofertą przez przystępującego do upływu okresu wyznaczonego w siwz.

Oferta przystępującego była prawidłowo zabezpieczona wadium.

W odniesieniu do wadium wnoszonego w pieniądzu zamawiający wymagał w

rozdziale 15 pkt 4 siwz, wyłącznie tego, aby wpłata wadium w formie pieniężnej nastąpiła przelewem na wskazany numer konta, tak aby kwota wadium została uznana na koncie przed terminem składania ofert.

Zamawiający nie określił dodatkowych wymagań, nie żądał złożenia wraz z ofertą oświadczenia dotyczącego okresu ważności wadium wnoszonego w pieniądzu. Zatem, w okolicznościach sprawy, z samego faktu wniesienia wadium w formie pieniędzy wywodzić należy, że zabezpiecza ono ofertę przez okres związania ofertą.

Konsekwencją uznania przez Izbę, że przystępujący związany był ofertą przez okres 60 dni, jest zatem przyjęcie, że wadium wniesione przez przystępującego w formie pieniężnej zabezpieczało ofertę przez cały okres związania wskazany w siwz.

Żądanie oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium byłoby zasadne w sytuacji przedłużenia terminu związania ofertą. Wymaga tego art. 85 ust. 4 p.z.p. Skoro termin związania ofertą nie był przedłużany, oświadczenie dotyczące wadium jest zbędne.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2) p.z.p. nie potwierdził się.

Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 p.z.p. Zarzut jest chybiony już z tego względu, że termin związania się ofertą przez przystępującego był prawidłowy od daty złożenia oferty, nie zaś w wyniku czynności zamawiającego. Warto też zauważyć, że wadium zabezpieczenie sytuacji zamawiającego, swoiste zabezpieczenie oferty, nie stanowi treści oferty. Niezależnie od formy, w jakiej zostało wniesione, nie można zaliczyć wadium w poczet oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ani też przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań zamawiającego. Braki lub uchybienia popełnione w treści oferty lub przy składaniu dokumentów podmiotowych i przedmiotowych podlegają uzdrowieniu, w razie zaistnienia przesłanek ustawowych, w ramach czynności dokonywanych po otwarciu ofert. W razie uchybień tego rodzaju, zamawiający nie dokonuje odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy, lecz najpierw zobowiązany jest do ustalenia, czy należą one do kategorii błędów lub braków, które zobowiązany jest usunąć z mocy art. 87 ust. 2 lub art. 26 ust. 3 p.z.p.

Dopiero w razie odpowiedzi negatywnej zamawiający dokonuje odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy.

Wadium natomiast winno być wniesione prawidłowo do upływu terminu składania ofert, gdyż błędy popełnione przy tej czynności mają charakter nieusuwalny i powodują obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) p.z.p.. Nie można zatem zrównywać sytuacji wykonawcy, który wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej o treści nieodpowiadającej wymaganiom ustawy Prawo zamówień publicznych, z sytuacją wykonawcy, który popełnił błędy w treści oferty lub przy składaniu dokumentów podmiotowych i przedmiotowych.

Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) p.z.p.

Rozdział 18 ust. 14 pkt 15) siwz stanowi, że, zamawiający odrzuci ofertę, jeżeli nie zostanie w niej zamieszczona część merytoryczna lub zostanie sporządzona niezgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W załączniku nr 2 do siwz zamawiający ustalił sposób dokonywania opisu oferowanego systemu oraz wskazał, iż „do opisu sporządzonego zgodnie ze wzorem przedstawionym powyżej, wykonawca powinien dołączyć opisy funkcjonalne, dokumentacje techniczne lub inne dokumenty opisujące zaproponowane w Zadaniu I, II, III, IV urządzenia, sprzęt i oprogramowanie, umożliwiające Zamawiającemu weryfikację oferowanych przez wykonawcę rozwiązań pod względem wymaganych parametrów technicznych i funkcjonalnych”.

Oferta przystępującego zawiera opis sporządzony wg wzoru przygotowanego przez zamawiającego. Str. 59 - 114 oferty przystępującego zawierają prezentację oferowanego oprogramowania - zapisy obrazów wyświetlanych na monitorze ( tzw. „zrzuty ekranu”)

Art. 89 ust. 1 pkt 2) p.z.p. nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz. Interpretacja przywołanego przepisu ukształtowana w orzecznictwie oraz znajdująca odzwierciedlenie w stanowisku doktryny, nakazuje odniesienie normy art. 89 ust. 1 pkt 2) p.z.p. do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów

istotnych dla wykonania zamówienia. Nie uszło uwadze Izby, że odwołujący nie kwestionował merytorycznej poprawności oferowanego przez przystępującego świadczenia, nie wywodził jego niezgodności z treścią siwz. Podnosił natomiast, iż prezentowane w ofercie graficzne odwzorowania poszczególnych elementów programu - „zrzuty ekranu” - nie mieszczą się w katalogu dokumentów wskazanych w załączniku nr 2 do siwz. Takie stanowisko przystępującego nakazuje kwalifikować zarzut, jako brak złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy i usługi wymagań zamawiającego, brak złożenia oświadczeń i dokumentów o charakterze przedmiotowym, a nie jako brak zgodności oferty z treścią siwz.

Izba zważyła, że w załączniku nr 2 do siwz *in fine* zamawiający skonstruował otwarty katalog dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych sprzętu, urządzeń i oprogramowania z wymaganymi parametrami technicznymi i funkcjonalnymi. Sposób prezentacji oferty przystępującego może być uznany jako opis funkcjonalny.

Brak jest podstaw do uznania, że opisanie oferowanego świadczenia może nastąpić wyłącznie za pomocą słów. Przeciwnie, w znaczącej części oferowanych usług oraz dostaw, do prawidłowego ich opisania niezbędne jest posłużenie się również innymi, niż słowa (litery), znakami graficznymi. Art. 31 ust. 1 p.z.p. stanowi wprost o obowiązku opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane m. in. za pomocą projektu. Wskazać też trzeba, że nie ma przeszkód do uznania, że oferta przystępującego zawiera inne dokumenty, w rozumieniu załącznika nr 2 do siwz.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) p.z.p. nie znalazł potwierdzenia.

Zamawiający zasadnie uznał, że przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W rozdziale 15 ust. 1 siwz zamawiający określił wymóg wykazania się doświadczeniem przez udokumentowanie zrealizowania co najmniej jednego zamówienia, o wartości co najmniej 250 tys. zł brutto, z zakresu wdrożenia systemu wspomagającego zarządzanie edukacją, zrealizowanego dla jednostki samorządu terytorialnego, składającego się z minimum czterech zadań spośród zadań opisanych w rozdziale II ust. 1 pkt 5 ppkt 3) siwz.

Pismem z 24 września 2010 r. zamawiający stwierdził (pkt 1), że złożony przez przystępującego dokument referencyjny wymienia tylko trzy wymagane zadania.

Zamawiający prosił o wyjaśnienie, które spośród zadań opisanych w pkt II.1.5.3. dokumentuje przedstawiona referencja. Pismo zostało oznaczone jako wezwanie do uzupełnienia, jego komparacja przywołuje art. 26 ust. 3 i 5 p.z.p.

Przystępujący udzielił wyjaśnień.

Bezspornie mimo wskazania art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. zamawiający żądał wprost udzielenia wyjaśnień dotyczących wiedzy i doświadczenia, nie zaś złożenia nowych oświadczeń i dokumentów. Odwołujący nie podnosił w toku postępowania odwoławczego, by wyjaśnienia, które zostały przez zamawiającego uznane za wystarczające, nie potwierdzały spełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu. Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego nie znajduje zatem potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy i jest całkowicie chybiony.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p. orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego, gdyż nie zaistniały przesłanki wskazane w § 5 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania – zamawiający nie uwzględnił w całości zarzutów odwołania, a przystępujący nie wnosił sprzeciwu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

