

WYROK
z dnia 7 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2017 r. przez wykonawcę

PCO S.A. ul. Jana Nowaka-Jeziorańskiego 28, 03-982 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

2 Regionalną Bazę Logistyczną ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Urządzenia Elektroniczne – Z. J. ul. Paderewskiego 21, 05-220 Zielonka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **Z. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Urządzenia Elektroniczne – Z. J.** i nakazuje zamawiającemu – **2 Regionalnej Bazie Logistycznej** powtórzenie czynności badania i oceny oferty złożonej przez **Z. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Urządzenia Elektroniczne – Z. J.,**
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **2 Regionalną Bazę Logistyczną** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez wykonawcę **PCO S.A.** tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od 2 Regionalnej Bazy Logistycznej na rzecz PCO S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego dla Warszawy-Pragi w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – 2 Regionalna Baza Logistyczna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę przeprowadzenia naprawy noktowizyjnych przyrządów obserwacyjnych i celowniczych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 lutego 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 025-044934. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – PCO S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający zobligowany był do poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki i doprowadzenia do zgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Urządzenia Elektroniczne Z. J., gdy wykonawca ten nie złożył obligatoryjnych oświadczeń wymaganych przez Zamawiającego w pkt III formularza oferty od pkt 1-9,
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodrzućenie oferty Z. J., podczas gdy wykonawca ten podjął się realizacji zamówienia, którego nie jest w stanie wykonać należycie w sytuacji, w której Zamawiającemu wiadome było, iż wykonawca Z. J., ze względu na brak dokumentacji technicznej, o której wspomina specyfikacja istotnych warunków zamówienia, nie jest w stanie wykonać zamówienia,
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Z. J. jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu poprawienia innej omyłki w treści oferty Odwołującego – art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez

zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty Z. J. jako najkorzystniejszej,
2. unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. dokonał poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Z. J.,
5. dokonał ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
6. dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu poprawienia innej omyłki w treści oferty Odwołującego, unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że prawidłowe są ustalenia Zamawiającego, iż Odwołujący pozostawił puste miejsce, w którym wykonawca miał wskazać (wpisać) termin realizacji zamówienia w ilościach dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do 30 listopada 2017 r. Podobnie, że znalazł się w nim dopisek „pod warunkiem zawarcia umowy w terminie do dnia 20.06.2017 r.”

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie był on w stanie samodzielnie poprawić omyłki. O omyłce świadczy wiele okoliczności faktycznych, poczynając od tego, że w dalszej części tego samego formularza znajduje się oświadczenie o akceptacji bez zastrzeżeń treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o terminie związania ofertą na warunkach wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Odwołujący zabezpieczył wadium, zatem jeśli umowa nie zostanie zawarta na warunkach wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołującemu wadium zostanie zatrzymane. W tej sytuacji Zamawiający powinien poprawić treść oferty wpisując w to miejsce obligatoryjne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli termin realizacji zamówienia nie później do 30 listopada 2017 r.

Osoba przygotowująca ofertę dokonała takiej uwagi, aby zasygnalizować osobie podpisującej ofertę trudność ze skróceniem terminu, a osoba podpisująca nie zdecydowała się na skróceniu terminu i złożyła ofertę z terminem realizacji zamówienia do 30 listopada 2017 r., a dopisanej uwagi nie dostrzegła.

W świetle innych oświadczeń Odwołującego się oraz jego zachowań, okoliczności błędu jawią się jako oczywiste.

Zamawiający w formularzu oferty wymagał od każdego wykonawcy złożenia poniższych oświadczeń:

„1. Zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia wraz z dokonanymi zmianami zawartymi w pismach Zamawiającego nr (...) i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.

2. Uważamy się za związanych niniejszą ofertą na czas wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

3. Akceptujemy dołączony do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Wzór umowy” i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na warunkach tam określonych wraz z dokonanymi zmianami zawartymi w pismach Zamawiającego nr (...) w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

4. Zobowiązujemy się do złożenia wymaganych dokumentów stanowiących formalności przed zawarciem umowy.

5. Oświadczamy, że oferowany przez nas przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w specyfikacjach technicznych.

6. Oświadczamy, że oferta nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

7. Oświadczamy, że oferta zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje takie zawarte są w następujących dokumentach *: nie dotyczy.

8. Wadium w wysokości 120 000,00 zł, zostało wniesione w dniu... w formie...

9. Wadium wniesione w formie pieniężnej należy zwrócić na konto Wykonawcy w BGK Warszawa, numer konta: ...”

Szczególnie ważne są oświadczenia od pkt 1-5. Wykonawca Z. J. w przedstawionej przez siebie ofercie nie dostarczył wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w punkcie 2., tj. oświadczenia o związaniu ofertą. Zamawiający nie ma więc wiedzy, jakie jest oświadczenie tego wykonawcy np. co do terminu związania ofertą. Dokument wadium takim oświadczeniem nie jest.

Zamawiający zatem nierówno traktuje wykonawców, ponieważ z jednej strony dokonuje odrzucenia oferty Odwołującego, mimo zaniechania skorzystania z obowiązkowej procedury poprawienia innej omyłki czy też wyjaśnienia treści oferty, z drugiej zaś strony wnosi o wyjaśnienia w zakresie oferty wykonawcy Z. J. i dokonuje wyboru tej oferty w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie zawiera w swej treści elementów wymaganych przez Zamawiającego, które są niezbędnymi elementami oświadczenia woli, jakim jest złożona oferta.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Z. J. z uwagi na złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, że

wykonawca ten nie ma jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż nigdy go nie naprawiał, nie mówiąc o modyfikacji; nigdy nie miał okazji zapoznać się z przedmiotem zamówienia, więc nie zna szczegółów budowy tego wyposażenia; nigdy nie miał dostępu do dokumentacji tego sprzętu i nie jest wiarygodna dokumentacja tego wykonawcy, gdyż nigdy nie była profesjonalnie weryfikowana. Wykonawca ten nie będzie też korzystał z podwykonawstwa, a nie jest sam w stanie wykonać tego zamówienia.

Takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zamawiający nie sprawdził, czy oferenci posiadają odpowiednie dokumentacje techniczne dla poszczególnych wyrobów i przez to dopuścił do składania ofert wykonawcę, który nie posiadając dokumentacji technicznej, nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Jednocześnie dokonał wyboru wykonawcy, który nie spełnia tego warunku. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że wymiana starych wzmacniaczy na wskazane przez Zamawiającego wzmacniacze o parametrze FOM 1600, może wymagać ingerencji w budowę przyrządów. W takim przypadku brak dokumentacji konstrukcyjnej uniemożliwia naprawę przyrządów, bądź spowoduje, że będzie ona wykonana nienależycie co w sposób oczywisty pogorszy bezpieczeństwo końcowego użytkownika.

Według doświadczeń Odwołującego oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odbioru przedmiotu zamówienia należy dokonać na zgodność z dokumentacją techniczną dla poszczególnych wyrobów. Nie sposób wyobrazić sobie sytuacji, w której wykonawca Z. J. wraz z Zamawiającym dokonają, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odbioru przedmiotu zamówienia zgodnie z tą dokumentacją, skoro nie są w jej posiadaniu. Jedynym właścicielem i posiadaczem tej dokumentacji, a także podmiotem, któremu przysługują wyłączne autorskie majątkowe prawa do niej, jest Odwołujący, który w tym zakresie nie udzielał żadnej licencji, tym bardziej na rzecz Wykonawcy Z. J., a wykonawca ten nie zgłosił się do Odwołującego o udzielenie licencji. Zamawiający o tym fakcie wie i wielokrotnie dotychczas w podobnych postępowaniach weryfikował podmioty składające oferty pod względem dostępu do wymaganej dokumentacji technicznej. Wykonawca Z. J. nie jest w stanie zapewnić należytego wykonania przedmiotu zamówienia, co w istotny sposób narusza interes Zamawiającego, a co Zamawiający mógł w łatwy sposób zweryfikować na etapie badania złożonych ofert.

W związku z powyższym uzasadniony jest zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, jak i tego, że Zamawiający dąży do wyboru oferty wykonawcy nie wybranego zgodnie z przepisami ustawy.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania uznając je za bezzasadne.

Wskazał, że Odwołujący dąży faktycznie do unieważnienia niniejszego postępowania, które to działanie sprawia, iż nie posiada on legitymacji czynnej z powodu braku „interesu w uzyskaniu zamówienia” w toczącym się postępowaniu. Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej (odwołanie), od niezgodnej jego zdaniem z przepisami Prawa zamówień publicznych czynności zamawiającego, musi wykazać istnienie po jego stronie „interesu w uzyskaniu zamówienia” w konkretnym toczącym się postępowaniu. A zatem środek ochrony prawnej nie może się odnosić do możliwości uzyskania zamówienia w ogóle, w szczególności w następstwie wszczęcia przez zamawiającego kolejnej procedury. W konsekwencji tak pojętego „interesu” nie można w drodze odwołania domagać się unieważnienia postępowania, gdyż takie żądanie nie jest nakierowane na uzyskanie danego zamówienia w danym postępowaniu.

Co do zarzutu zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki i doprowadzenia do zgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Zamawiający w treści sekcji IV pkt 2.1. ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że oferty zostaną ocenione zgodnie z kryterium „cena = 85%, termin realizacji zamówienia gwarantowanego = 10 %, oraz okres gwarancji = 5%”. Za termin zamówienia gwarantowanego przyjęto sumę dni (ilość dni kalendarzowych potrzebnych na realizację zamówienia. Ponadto we wzorze umowy, w § 1 ust. 4 przewidziano, że „Termin realizacji: w terminie ... dni od daty zawarcia umowy, jednakże nie później niż do dnia 30.11.2017 r. (w zależności od tego, który z ww. terminów upłynie wcześniej)”. Podobnie w formularzu oferty, w punkcie II Zamawiający oczekiwał wypełnienia rubryki z treścią: „Oświadczam/y, iż zamówienie gwarantowane wykonamy w terminie: ... dni kalendarzowych od daty (należy wskazać ilość dni kalendarzowych) zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia 30.11.2017 r.”

W formularzu oferty Zamawiający pozostawił puste miejsce, w którym wykonawca miał wskazać (wpisać) termin realizacji zamówienia w ilościach dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do 30.11.2017 r. Nie jest prawdą, że „Odwołujący pozostawił puste miejsce”, gdyż Odwołujący dokonał w formularzu oferty dodatkowego zapisu w drugim kryterium oceny ofert (termin realizacji ofert), polegającego na postawieniu Zamawiającemu następującego warunku: „Oświadczam/y, iż zamówienie gwarantowane wykonamy w terminie 190 dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia 30.11.2017 r. pod warunkiem zawarcia umowy w terminie do dnia 20.06.2017 r.”. Ponieważ Odwołujący podał termin realizacji zamówienia w ilości 190 dni od daty zawarcia umowy jednocześnie warunkując to zawarciem umowy do dnia 20.06.2017 r., uniemożliwił

tym samym Zamawiającemu dokonanie oceny złożonej oferty w zakresie drugiego kryterium oceny ofert. Oświadczenie woli wykonawcy co do terminu realizacji zamówienia, jako jednego z kryterium oceny ofert, podlega punktacji i ocenie, co ma istotny wpływ na wynik postępowania. Niedopuszczalne jest stawianie przez wykonawcę w ofercie warunków realizacji przedmiotu zamówienia. Takie działanie zaburza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i czyni niemożliwym dokonanie oceny punktowej złożonej oferty. Zamawiający nie może uznać takiego zapisu za „inną omyłkę” i dokonać jego poprawienia. Generalną zasadą w postępowaniu jest zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakichkolwiek zmian. Poprawienie „innej omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wyjątkiem od tej zasady, które może nastąpić pod warunkiem, iż nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Niewątpliwie usunięcie warunku, który wykonawca dopisał w ofercie wbrew woli Zamawiającego, wywołałoby poważną zmianę w jej treści. Tłumaczenie Odwołującego, że osoba podpisująca ofertę nie dostrzegła tej części wpisu dotyczącego terminu realizacji umowy nie może być uznane przez Zamawiającego. Ofertę podpisały bowiem dwie osoby i trudno zakładać, iż jako profesjonalści nie zwróciły one uwagi na tak istotne elementy oferty. Oferta taka jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia musiała zostać odrzucona. Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji, Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Granicą dopuszczalności zastosowania przedmiotowej regulacji prawnej jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą niedozwolonych negocjacji oraz możliwość samodzielnego działania Zamawiającego, który bez udziału wykonawcy zna sposób poprawienia stwierdzonej omyłki. Taka poprawa może być poprzedzona wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień, jednakże składane wyjaśnienia nie mogą zmienić istoty treści oferty.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Z. J. Zamawiający wskazał, iż faktem jest, że formularz oferty zawierał 9 punktów (oświadczeń), które stanowią zobowiązanie wykonawcy do przestrzegania warunków przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamiast dołączenia tej części oferty wykonawca Z. J. przekazał Zamawiającemu wraz z ofertą oświadczenie składane na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z którego wynika, że „nie wnosimy zastrzeżeń do opisu

przedmiotu zamówienia, a w przypadku wyboru naszej oferty usługę wykonamy zgodnie z wymogami zawartymi w tym opisie". Komisja przetargowa zwróciła na ten problem uwagę, jednakże uznała, iż oświadczenie to zawiera wszystkie wymagane informacje, jakie wykonawca powinien złożyć składając ofertę. W istocie złożenie podpisanej oferty jest akceptacją wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w załącznikach.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Przy czym powszechnie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, że chodzi o niezgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Z kolei według art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności. Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie wskazują na wypełnienie się którejkolwiek z przesłanek odrzucenia oferty. Odwołujący oczywiście błędnie wywiódł z faktu niekompletności formularza ofertowego, że oferta złożona przez Z. J. jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych i ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ocena taka stanowi wyraz skrajnego formalizmu, który zgodnie z intencją ustawodawcy powinien być ograniczony.

Wszelkie oświadczenia wykonawcy o zapoznaniu się z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym ze wzorem umowy, niewnoszeniu do tej treści zastrzeżeń, wykonaniu zamówienia na warunkach i w terminie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodności przedmiotu oferty z opisem przedmiotu zamówienia itp. należy zaliczyć do oświadczeń zbędnych. Pomimo powszechnej praktyki zamawiających, którzy domagają się złożenia tego typu oświadczeń, są one bez znaczenia dla prowadzonego postępowania, gdyż samo złożenie oferty sprecyzowanej co do przedmiotu i ceny stanowi równocześnie wyraz akceptacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem brak podania w formularzu ofertowym żądanych informacji nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu niezgodności tych dokumentów, o jakiej stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkującej odrzuceniem oferty.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż 60 dni – jeżeli wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, co stanowi *lex specialis* w stosunku do regulacji wynikającej z kodeksu cywilnego, złożenie oferty oznacza również wyrażenie gotowości do oczekiwania na przyjęcie oferty przez okres wskazany przez zamawiającego. Według utrwalonego

w doktrynie i orzecznictwie poglądu, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego porównanie zaofiarowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w specyfikacji. W zakresie zarzutu dotyczącego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji poprzez podjęcie się realizacji zamówienia, którego nie jest w stanie wykonać należycie, Zamawiający wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i opisie przedmiotu zamówienia nie postawił warunku posiadania przez wykonawcę dokumentacji technicznej sprzętu przeznaczonego do naprawy, co nie oznacza, iż nie wymaga wykonania usługi zgodnie ze wszelkimi normami w tym zakresie. Zgodnie z zapisem 1.9. opisu przedmiotu zamówienia „Noktowizyjne przyrządy obserwacyjne i celownicze po naprawie powinny spełniać wymagania taktyczno-techniczne i jakościowe określone w dokumentacji technicznej danego urządzenia (stosowne adnotacje w tym zakresie umieszcza Wykonawca w dokumentacji eksploatacyjnej sprzętu w dowodach urządzeń, formularzach itp.)”. Przyrządy te po naprawie odbierane będą pod względem ukończenia i stanu technicznego przez: Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe właściwe dla wykonawcy oraz zakładową komórkę kontroli jakości wykonawcy, dopuszcza się też udział przedstawiciela Zamawiającego (pkt 1.7. opisu przedmiotu zamówienia). Tak więc Zamawiający zagwarantował sobie przestrzeganie wymogów jakościowych i technicznych związanych z naprawą przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie kwestionował postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie i nie zwracał się w tej sprawie do Zamawiającego o wyjaśnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wniósł też odwołania żądając zmian zapisów specyfikacji. Tymczasem zgodnie z zasadą koncentracji środków prawnych niezaskarżone postanowienia specyfikacji istotnych warunków

zamówienia wraz z udzielonymi wyjaśnieniami mają charakter wiążący i na etapie oceny ofert niedopuszczalne jest kwestionowanie ich treści i odstępstwa od zastosowania, gdyż sprzeciwiałoby się to zasadzie przejrzystości postępowania, statutowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i przewidywalności działań zamawiającego w zakresie równego traktowania wykonawców, którzy złożyli oferty.

Każdy wykonawca ma swobodę w zawieraniu umów ukształtowanych w wyniku przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne. Bierze też odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy. Odpowiedzialność ta wynika wprost z umowy, której postanowienia akceptuje podmiot, który ją zawiera. Musi więc brać pod uwagę konsekwencje prawne wynikające z nieprzestrzegania warunków umowy (kary umowne, odstąpienie lub rozwiązanie umowy przez Zamawiającego, możliwość dochodzenia przez Zamawiającego roszczeń na zasadach ogólnych, konsekwencje na przyszłość w przypadku, gdy wyrazi on chęć udziału w innych postępowaniach o zamówienie publiczne). Zamawiający wymaga przestrzegania wszelkich norm technicznych i zasad należytego wykonania, obowiązujących przy realizacji zamówionej usługi, zaś wykonawca podejmujący się takiego zadania musi je spełnić.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Uprawnienie do złożenia odwołania w sytuacji, jak rozpatrywana w niniejszym postępowaniu odwoławczym, było już wcześniej, co do zasady, wyrażane w orzecznictwie krajowym, zostało też ostatecznie potwierdzone w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 maja 2017 r., sygn. C-131/16 *Archus et Gama*. W wyroku tym Trybunał orzekł: „Dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie <<danego zamówienia>> w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy

92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku z powyższym Odwołującemu przysługuje prawo negowania nie tylko odrzucenia własnej oferty, ale także wyboru oferty innego wykonawcy, nawet gdyby miało to skutkować unieważnieniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła też, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania poprawienia stwierdzonego w niej błędu jako omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się, a czynność Zamawiającego była prawidłowa.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że odrzuca się ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie omyłki – inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe – polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający ustalił w postępowaniu kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny, terminu realizacji zamówienia gwarantowanego oraz okresu gwarancji. Za termin zamówienia gwarantowanego przyjęto sumę dni (ilość dni kalendarzowych potrzebnych na realizację zamówienia). Zamawiający zawarł też zastrzeżenie, zgodnie z którym, niezależnie od deklaracji wykonawców co do owego terminu realizacji, termin ten miał upłynąć „nie później niż do dnia 30.11.2017 r. (w zależności od tego, który z ww. terminów upłynie wcześniej)”.

W formularzu oferty Zamawiający zawarł formułę: „Oświadczam/y, iż zamówienie gwarantowane wykonamy w terminie: ... dni kalendarzowych od daty (należy wskazać ilość dni kalendarzowych) zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia 30.11.2017 r.”

Odwołujący w swojej ofercie oświadczenie to sporządził w sposób następujący: „Oświadczam/y, iż zamówienie gwarantowane wykonamy w terminie 190 dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia 30.11.2017 r. pod warunkiem zawarcia umowy w terminie do dnia 20.06.2017 r.”

Zdaniem Zamawiającego takie stwierdzenie *in fine* uniemożliwia mu dokonanie oceny złożonej oferty w zakresie kryterium terminu realizacji zamówienia, nie można go też poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym zakresie należy się zgodzić z Zamawiającym. Zaistniałej sytuacji, zdaniem Izby, nie można uznać za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na to, że omyłka to – ze swojej istoty – działanie niecelowe, natomiast wprowadzenie powyższej adnotacji do oferty należy uznać za działanie celowe, nawet jeśli jej skutek w postaci niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nieprzyjęcia tej oferty (jej odrzucenia) nie był zamierzony. Również powód, dla którego takie zastrzeżenie w ofercie zostało dokonane, jest zrozumiałe, ponieważ trudno w sposób poważny deklarować termin zakończenia usługi określony datą, w przypadku, gdy nie wiadomo, kiedy wykonawca będzie mógł ją rozpocząć (kiedy zostanie zawarta umowa). Jednak nawet jeśli w zamierzeniu – jak twierdzi Odwołujący – była to uwaga pomiędzy pracownikami firmy Odwołującego, deklaracja znalazła się w ofercie kierowanej do Zamawiającego.

Zatem niewątpliwie był to błąd Odwołującego przy sporządzaniu oferty, jednak nie do zakwalifikowania jako omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, pod które to pojęcie co do zasady nie zalicza się dopisków lub innych tego typu zmian w przygotowanych przez zamawiających formularzach ofertowych, cenowych itp., dokonanych przez samych wykonawców – właśnie przyjmując, że zmiany te dokonywane są celowo.

Fakt, że wskazany błąd dotyczył elementu poddawanego ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, nie dyskwalifikuje co prawda możliwości dokonania takiego poprawienia, ale musi być ono dokonywane tym bardziej ostrożnie.

Na marginesie Izba zauważa, że wskazanie tak bliskiej daty końcowej realizacji zamówienia (30 listopada 2017 r.), przy niepewności co do daty początkowej oraz długim terminie deklarowanym przez wykonawcę (w przypadku Odwołującego to 190 dni), czyni powyższe kryterium mało logicznym i nie mającym pozytywnego wpływu na ocenę jakości oferty.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego – Z. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Urządzenia Elektroniczne – Z. J. ze względu na brak w ofercie oświadczeń zawartych w formularzu ofertowym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Złożoną w postępowaniu ofertę odrzuca się m.in. gdy jest ona niezgodna z ustawą (Prawo zamówień publicznych) lub jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Przy czym, jeśli chodzi o specyfikację istotnych warunków zamówienia, podkreśla się, że w przepisie tym chodzi o zawartość tzw. „merytoryczną” oferty, a nie kwestie niezbyt istotne lub formalne detale jej przygotowania, jak np. skorzystanie z przygotowanych przez zamawiającego formularzy.

Zamawiający w formularzu oferty zawarł szereg oświadczeń następującej treści:

- „1. Zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (...) i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.
2. Uważamy się za związanych niniejszą ofertą na czas wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
3. Akceptujemy dołączony do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Wzór umowy” i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na warunkach tam określonych (...), a także w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.
4. Zobowiązujemy się do złożenia wymaganych dokumentów stanowiących formalności przed zawarciem umowy.
5. Oświadczamy, że oferowany przez nas przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w specyfikacjach technicznych.
6. Oświadczamy, że oferta nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
7. Oświadczamy, że oferta zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (...).
8. Wadium w wysokości ... zł, zostało wniesione w dniu... w formie...
9. Wadium wniesione w formie pieniężnej należy zwrócić na konto Wykonawcy ...”

Również w zakresie tych oświadczeń Zamawiający prawidłowo ocenił ich znaczenie dla złożonej oferty. Są to bowiem jedynie oświadczenia albo o charakterze informacyjnym, albo o charakterze ogólnych deklaracji, które standardowo są zamieszczane w tego typu formularzach. Natomiast zasadniczo są regulowane procedurą zamówień publicznych, najczęściej przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym.

Zatem nie ma znaczenia, czy wykonawca w rzeczywistości dokładnie zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i jej poszczególnymi elementami lub czy nie ma do nich zastrzeżeń – składając ofertę przyjmuje na siebie zobowiązanie wynikające z tej specyfikacji. Podobnie taka generalna deklaracja złożenia oferty – w zamiarze wykonawcy – zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie sanuje ewentualnych błędów w ofercie, stwierdzonych w innych elementach oferty (np. w szczegółowych opisach) albo nie wynikających co prawda ze złożonych formularzy, ale ujawnionych np. w trakcie wyjaśnień treści oferty.

Powodem odrzucenia oferty z powodu braku takiego oświadczenia mogłoby być jednak stwierdzenie, że w danej sytuacji oświadczenie takie nie zostało złożone celowo, gdyż dany wykonawca nie zamierza wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wtedy oświadczenie takie z „formalnego” stałoby się brakiem „merytorycznym”.

Podobnie jest w zakresie oświadczenia o terminie związania ofertą, na którego brak wskazał Odwołujący. Termin związania ofertą (ofertami) w zamówieniach publicznych określany jest – przynajmniej na etapie początkowym – nie przez poszczególnych wykonawców, lecz przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z terminami maksymalnymi wskazanymi w art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednakowo dla wszystkich wykonawców. Zatem wykonawcy, niezależnie od swoich deklaracji w ofertach, że czują się tym terminem związani, lub też braku oświadczeń – takiemu związaniu z mocy ustawy są poddani. Wyjątkiem jest odmienne oświadczenie wykonawcy, tj. w którym wskaże on inny termin, przy czym, jeśli będzie on krótszy od wymaganego, oferta będzie ewentualnie podlegać odrzuceniu.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Z. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Urządzenia Elektroniczne – Z. J. jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, pomimo tego, że wykonawca ten podjął się realizacji zamówienia, którego nie jest w stanie wykonać należycie, Izba uznała co prawda, że zarzut ten nie potwierdził się w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak zaistniała sytuacja wskazuje potencjalnie na naruszenie przez Zamawiającego w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wskazanej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, będącej podstawową zasadą, według której należy prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe postępowanie Zamawiającego może doprowadzić też do zniweczenia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest dokonanie wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej – przy czym ocena oferty dokonywana według kryteriów oceny ofert, o której mowa w definicji zawartej w art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest dopiero ostatnim etapem selekcji oferty, poprzedzonym badaniem zarówno oferentów pod kątem podlegania wykluczeniu oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i samej oferty pod względem rzeczowym.

Jak wskazuje art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuca się ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawiera art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który określa, że czynem nieuczciwej

konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zdaniem Odwołującego działanie Przystępującego polegające na podjęciu się świadczenia przedmiotowej usługi pomimo braku doświadczenia w tym zakresie, a nawet dokumentacji technicznej produktu, narusza jego interesy jako konkurenta w tym postępowaniu oraz jako producenta (potencjalna utrata prestiżu produktu w przypadku niewłaściwej naprawy).

W ocenie Izby ewentualne błędne przeświadczenie danego wykonawcy o swoich możliwościach technicznych, produkcyjnych, umiejętnościach itd., poza skrajnymi przypadkami, trudno kwalifikować aż jako czyn nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza w kontekście działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami. Tym bardziej, że Zamawiający nie wprowadził żadnych kryteriów weryfikacji, czy to w postaci doświadczenia, czy zaplecza technicznego, w tym dostępu do dokumentacji produktów – zatem całą ocenę w tym zakresie pozostawił samemu wykonawcy.

Jednak jeśli sytuacja taka powstała w postępowaniu z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, może być to uznane za poważną wadę postępowania, skutkującą nawet jego unieważnieniem w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający bowiem musi przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający uczciwą konkurencję między wykonawcami oraz przejrzystość, a także dokonać wyboru wykonawcy, który z dużą dozą pewności wykona zamówienie w sposób należyty. W przypadku, w którym zamawiający nie zweryfikuje potencjalnych wykonawców w celu wyeliminowania niekompetentnych, działa na szkodę wykonawców kompetentnych; a także swoją oraz przyszłych użytkowników sprzętu. Z punktu widzenia zachowania uczciwej konkurencji w danym postępowaniu przetargowym, działania Zamawiającego w trakcie realizacji umowy, polegające np. na naliczaniu kar umownych lub wypowiedzeniu umowy, są spóźnione i nieadekwatne do interesu wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Z argumentacji Stron postępowania odwoławczego, w tym wyjaśnień Przystępującego złożonych w trakcie rozprawy, zdaniem Izby wynika, że wykonanie przedmiotu zamówienia rzeczywiście może być niezgodne z założeniami technicznymi producenta oraz tzw. „zasadami sztuki” i nienależyte. Zadaniem Izby nie jest jednak wyręczanie Zamawiającego w dokonywaniu czynności, których nie podjął w postępowaniu – lecz, skoro w trakcie postępowania odwoławczego, pod wpływem postawionych zarzutów, zostały dostrzeżone wady oferty uznanej za najkorzystniejszą, których nie stwierdził sam Zamawiający w trakcie czynności badania ofert – Izba nie może ich pominąć kontrolując działania Zamawiającego. Izba postanowiła zatem nakazać Zamawiającemu powtórzenie czynności badania oferty Przystępującego w celu ponownej weryfikacji oferty pod kątem jej zgodności z założeniami opisu przedmiotu zamówienia i sposobu realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: