

WYROK

z dnia 11 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2014 r. przez **M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Centrum Komputerowe Planeta M. D. w Tychach** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Słupia w Słupii**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. G. i N. Ł.,** prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **MaN Complex spółka cywilna w Kielcach,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Słupia w Słupii** – dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy **M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Centrum Komputerowe Planeta M. D. w Tychach** i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Słupia w Słupii** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Centrum Komputerowe Planeta M. D. w Tychach** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Gminy Słupia w Słupii** na rzecz **M. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Centrum Komputerowe Planeta M. D. w Tychach** kwotę **18 854 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Słupia w Słupii – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego oraz świadczenie usług dostępu do szerokopasmowego Internetu w ramach projektu p.n. „ Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Słupia” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjne Gospodarka.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Q dnia 29 sierpnia 2014 roku wykonawca M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Centrum Komputerowe Planeta M. D. w Tychach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie MaN Complex M. G., N. Ł. z Kielc;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty;
4. powtórzenia czynności oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
6. przyznanie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu, ewentualnie:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenie oferty MaN Complex M. G., N. Ł. z Kielc oraz unieważnienie postępowania;
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
4. przyznanie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że pismem z dnia 21 sierpnia 2014 r. doręczonym faksem w tym samym dniu, zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako nie spełniającej wymogów SIWZ oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odrzucając ofertę odwołującego zamawiający wskazał, że zaoferowany przez odwołującego system operacyjny Microsoft Windows 8.1. Professional bez dodatkowej licencji z prawem do najmu uniemożliwia użyczenie komputera wraz z systemem operacyjnym innym podmiotom uczestniczącym w projekcie, ponieważ umożliwia tylko jednokrotne użyczenie uczestnikowi projektu natomiast kolejne użyczenie systemu następnemu uczestnikowi w przypadku jego zmiany będzie niemożliwe, a tego wymagał zamawiający. Zamawiający stawiając taką tezę nie wskazał na jakiej podstawie dokonał takiej oceny i w oparciu o jakie informacje (np. informacja od producenta systemu operacyjnego).

W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że system operacyjny MS WINDOWS 8.1 PRO jest produktem jednorodnym bez względu na to na podstawie jakiej licencji zostanie udostępniony użytkownikom końcowym. W ramach licencji systemu operacyjnego funkcjonuje zasada korzystania z warunków określonych jako LEASE AGREEMENT, która umożliwia użyczenie osobom komputer z oprogramowaniem. Istnieje możliwość dokupienia licencji dodatkowej RENTAL RIGHTS, która ma zastosowanie głównie w sytuacji komercyjnego przekazania sprzętu do zewnętrznych podmiotów (np. najem sprzętu z oprogramowaniem, leasing na zasadach komercyjnych).

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wymagał przedstawienia treści licencji a tym bardziej nie wskazał jakie obowiązkowo zapisy powinna zawierać licencja. Zamawiający nie wskazał również wprost, który rodzaj licencji będzie w ocenie zamawiającego spełniał wymogi SIWZ, zgodnie z którymi wykonawcy mają dostarczyć licencje, które będą umożliwiały użyczenie systemu następnemu uczestnikowi w przypadku jego zmiany. Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż spór w przedmiotowym postępowaniu dotyczy oceny, której licencji wymagał zamawiający oraz czy standardowo

oferowana licencja przez Microsoft tj. licencja Lease Agreement, oferowana do wszystkich systemów operacyjnych, spełnia wymogi SIWZ tj. umożliwia użyczenie systemu następnemu uczestnikowi programu, w przypadku jego zmiany.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 30.07.2014 r. zamawiający wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień wskazał iż w oparciu o pisma innych wykonawców tj. pismo wykonawcy MaN Complex M. G., N. Ł. z Kielc, którego oferta, pomimo, że z najwyższą ceną okazała się ofertą najkorzystniejszą, powziął wątpliwości po do tego, czy oferowany system operacyjny Microsoft Windows 8.1. i umożliwia oddanie w użyczenie programu kolejnemu uczestnikowi programu. Wskazany wykonawca w swoim piśmie powołuje się na informację od producenta, której nie w żaden sposób nie wskazał z treści tak więc nie stanowi to żadnego merytorycznego argumentu. W wyjaśnieniach złożonych pismem z dnia 06.08.2014 r. odwołujący wskazał zamawiającemu, że dostarczy oprogramowanie z wersją licencji WinProRntlRghts OLP NL Gov i że z tą licencją została skalkulowana zaoferowana cena. W ocenie odwołującego odrzucenie jego oferty było bezpodstawne, ponieważ złożone przez odwołującego wyjaśnienia (także w świetle pism wykonawcy, o opinię którego zamawiający oparł się wzywając odwołującego do wyjaśnień) wprost wskazały, iż odwołujący dostarczy oprogramowanie wraz z dodatkową licencją Rental Rights, spełniającą wymogi SIWZ. Z treści pism wynika, że treść standardowej licencji Lease Agreement jako składnik licencji systemu Windows w wersji OEM ora Rental Rights są zamawiającemu znane.

Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, postanowienia licencji Lease Agreement stosowane dla produktów OEM firmy Microsoft (między innymi MS WINDOWS 8.1 PRO PL) nie pozwalają uznać, i zaoferowana licencja Lease Agreement nie spełnia wymogu SIWZ. Należy również podkreślić, że nie może być w przedmiotowej sprawie dowodem pismo wykonawcy, który wskazuje zamawiającemu błędy w poszczególnych złożonych ofertach. Zamawiający w żadnym miejscu uzasadnienia rozstrzygnięcia postępowania, jak również wezwania do złożenia wyjaśnień, nie powołał się na konkretną treść zapisów licencji Lease Agreement czy też Rental Rights, a tylko takie mogłyby stanowić dowód na okoliczność, że oferta odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ, tym bardziej, że indywidualne interpretacje postanowień licencyjnych wyrażane przez różnych przedstawicieli handlowych firmy Microsoft są w tym wypadku rozbieżne. Ponadto należy zauważyć, że zamawiający nie powołał się na żadne zapisy licencyjne które wprost by wskazywały, że w przedmiotowym postępowaniu tylko licencja Rental Rights spełnia jego wymóg, a licencja Lease Agreement tego wymogu nie spełnia, wręcz przeciwnie, z wydruku załączonego przez wykonawcę MaN Complex M. G., N. Ł. z Kielc nie wynika w których dokładnie przypadkach zastosowanie mają licencje Rental Rights, a w których licencje Lease

Agreement, załączony wydruk, tak jak już zostało to wyżej wskazane stanowi jedynie informację handlową o dostępnych formach licencjonowania w przypadku konieczności wynajmowania komputerów osobom trzecim i wskazują zarówno na możliwe licencje Rental Rights, jak również na licencję Lease Agreement. Nawet jeżeli zamawiający nie uznał wyjaśnień odwołującego za wystarczające (pomimo, że odwołujący wprost wskazał, że kalkulował w cenie wersję licencji WinProRntlRghts OLP NL Gov tj. wersję Rental Rights) i uznał, że odwołujący dostarczy oprogramowanie systemowe typu OEM z zastosowaniem licencji Lease Agreement, zgodnie z jej treścią dostępną na stronach Microsoft, licencja ta zapewnia możliwość wielokrotnego wypożyczania lub użyczenia sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem (cyt. "Niniejsza Umowa przyznaje prawo do wynajmowania stronom trzecim komputerów osobistych ("Komputery"), które FIRMA nabyła wraz z wersjami systemów operacyjnych Windows 8 PRO, Windows 7 Professional lub Windows Vista Business, oraz, jeśli dotyczy, Microsoft Office 2010 ("Produkty Oprogramowania Microsoft") wyprodukowanymi i przeinstalowanym przez producenta sprzętu komputerowego ("OEM"). Niewątpliwie odwołujący zaoferował system operacyjny MS WINDOWS 8.1 PRO i oświadczył, że licencje na oprogramowanie zapewnią zamawiającemu kolejnego użyczenia systemu następnemu uczestnikowi w przypadku jego zmiany. Odwołujący potwierdził to również w piśmie z dnia 06.08.2014 r., a zatem mając na uwadze fakt, że zamawiający w SIWZ nie określił wprost rodzaju licencji ani jej konkretnych zapisów, należy uznać, iż oświadczenie odwołującego jest wystarczające. Zamawiający. ponadto w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał jakie podjął próby uzyskania pełnej informacji dotyczącej zaoferowanego przedmiotu zamówienia u producenta oprogramowania. Z żadnego zapisu SIWZ nie wynika również konieczność stosowania licencji Rental Rights. Zamawiający przyjął taki wymóg tylko w oparciu o pismo wykonawcy, którego ofertę następnie wybrał jako najkorzystniejszą. Odwołujący podkreślił, że zamawiający wymagał w zasadzie jedynie zagwarantowania mu wielokrotnego użyczenia sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem, a nie jego wynajmowania beneficjentom na zasadzie odpłatności.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 marca 2014 r. (sygn. akt: KIO 317/14).

Odwołujący wskazał także, że w zwycięskiej ofercie została zaoferowana dokładnie ta sama licencja którą zaoferował odwołujący, a zatem idąc tokiem myślenia zamawiającego ten konsekwentnie powinien również odrzucić ofertę MaN Complex M. G., N. Ł. z Kielc, czego zamawiający nie uczynił naruszając tym samym podstawowe zasady ustawy prawo zamówień publicznych.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M. G. i N. Ł., prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą MaN Complex spółka cywilna w Kielcach, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dalej: przystępujący) wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 5 SIWZ (str. 2) szczegółowy opis przedmiotu zamówienia uwzględniający potrzeby Zamawiającego został zawarty w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ. Zaproponowany przez Wykonawcę sprzęt powinien charakteryzować się parametrami nie gorszymi niż podane w specyfikacji technicznej. Wykonawca odpowiedzialny jest za jakość, zgodność z warunkami technicznymi i jakościowymi opisanymi dla przedmiotu zamówienia.

W rozdz. 12 SIWZ w tabeli pod wierszem „Oświadczenie woli” w pkt 2 zamawiający wskazał:

*W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ, wykonawca złoży „**Szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia**”, w którym dla każdego produktu w tym programów określi nazwę producenta/typ/model oraz inne cechy produktu pozwalające na jednoznaczną identyfikację zaoferowanego produktu i potwierdzenie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem podanym w załączniku nr 1 do SIWZ. Na załączniku nr 1 do SIWZ należy złożyć ofertę.*

W załączniku Nr 1 do SIWZ, stanowiący opis przedmiotu zamówienia w części dot. Programu operacyjnego zamawiający zawarł tabelę z 34 pozycjami ze szczegółowym opisem wymaganych minimalnych parametrów technicznych. W tabeli nie ma osobnej pozycji dotyczącej zaoferowanych licencji. Pod tabelą znajduje się informacja następującej treści:

Oprogramowanie musi być zainstalowane na oferowanych komputerach oraz dostarczone wraz z nośnikami.

Zamawiający informuje, że licencje praw najmu na system operacyjny (jeśli dotyczy) dla gospodarstw domowych muszą umożliwiać użyczenie sprzętu osobom/podmiotom trzecim w celach niekomercyjnych oraz ewentualną zmianę podmiotu, na rzecz którego następować będzie użyczenie sprzętu komputerowego.

Ponadto Zamawiający informuje, że w przypadku jednostek podległych sprzęt komputerowy wraz z oprogramowaniem zostanie użyzony jednokrotnie a po zakończeniu projektu przekazany jednostkom na własność.

W żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie zawarł wymogu podawania nazw licencji, dotyczących oferowanego systemu operacyjnego.

Odwołujący zaoferował system operacyjny Microsoft Windows 8.1 Professional 32/64 bit z możliwością instalacji Windows 7 Professional PL 32/64 bit. Dane dotyczące programu operacyjnego odwołujący złożył w formie tabeli zgodnej z zał. Nr 1 do SIWZ. Pod złożoną tabelą znajduje się informacja:

Oprogramowanie musi być zainstalowane na oferowanych komputerach oraz dostarczone wraz z nośnikami.

Zamawiający informuje, że licencje praw najmu na system operacyjny (jeśli dotyczy) dla gospodarstw domowych muszą umożliwiać użyczenie sprzętu osobom/podmiotom trzecim w celach niekomercyjnych oraz ewentualną zmianę podmiotu, na rzecz którego następować będzie użyczenie sprzętu komputerowego.

Ponadto Zamawiający informuje, że w przypadku jednostek podległych sprzęt komputerowy wraz z oprogramowaniem zostanie użyzony jednokrotnie a po zakończeniu projektu przekazany jednostkom na własność.

Zamawiający pismem z dnia 30 lipca 2014 roku wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień wskazując m.in.:

Zaoferowany przez Państwa program „Microsoft Windows 8.1 Professional” nie daje prawa najmu systemu innym użytkownikom (gospodarstwom domowym).

*Korzystając z przysługującego uprawnienia wzywam w trybie art. 87 ust. 1 ustawy di wyjaśnienia i udowodnienia, że zaoferowany sprzęt, oprogramowanie, wobec którego powzięto wątpliwości spełnia postawione wymagania. Do wyjaśnienia należy dołączyć wiarygodne dowody pozwalające w sposób niebudzący wątpliwości ocenić, że zaoferowany sprzęt i programy spełniają wymagane parametru techniczne. Ponadto pragnę wskazać, że zgodnie z pkt. 12.1 SIWZ w części oświadczenie woli pkt 2 wymagano: W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ, wykonawca złoży „**Szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia**”, w którym dla każdego produktu w tym programów określi nazwę producenta/typ/model oraz inne cechy produktu pozwalające na jednoznaczną identyfikację zaoferowanego produktu i*

potwierdzenie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem podanym w załączniku nr 1 do SIWZ. Na załączniku nr 1 do SIWZ należy złożyć ofertę.

W wyznaczonym terminie odwołujący złożył wyjaśnienia. Wskazał, że zaoferowane oprogramowanie systemowe Microsoft Windows 8.1 Professional zostało skalkulowane z niezbędnym dodatkiem licencyjnym stosowanym w nomenklaturze firmy Microsoft. Zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferowane rozwiązanie zapewnia możliwość użyczenia rozwiązania beneficjentom projektu. Zamawiający żądał jedynie wskazania produktu oprogramowania, nie żądał natomiast wyspecyfikowania licencji wskazując jedynie jaki ma być zakres. Odwołujący stwierdził, że składając oświadczenie, że oferowane oprogramowanie spełnia wymogi SIWZ oświadczył, że dostarczy oprogramowanie z licencją umożliwiającą korzystanie z programu osobom trzecim (skalkulowana licencja umożliwiająca użyczenie oprogramowania: to: WinProRntlRghts OLP NL Gov).

Pismem z dnia 21 sierpnia 2014 r. doręczonym faksem w tym samym dniu, zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako nie spełniającej wymogów SIWZ oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że zaoferowany przez odwołującego system operacyjny Microsoft Windows 8.1. Professional bez dodatkowej licencji z prawem do najmu uniemożliwia użyczenie komputera wraz z systemem operacyjnym innym podmiotom uczestniczącym w projekcie, ponieważ umożliwia tylko jednokrotne użyczenie uczestnikowi projektu natomiast kolejne użyczenie systemu następnemu uczestnikowi w przypadku jego zmiany będzie niemożliwe, a tego wymagał zamawiający.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą postępowania jest rozstrzygnięcie, czy odwołujący był zobligowany do podania w ofercie nazw licencji i czy niewskazanie tych licencji stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia jest postanowienie rozdz. 12 SIWZ w tabeli pod wierszem „Oświadczenie woli” w pkt 2: *W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ, wykonawca złoży „Szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia”, w którym dla każdego produktu w tym programów określi nazwę producenta/typ/model oraz inne cechy produktu pozwalające na jednoznaczną identyfikację zaoferowanego produktu i potwierdzenie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem podanym w załączniku nr 1 do SIWZ. Na załączniku nr 1 do SIWZ należy złożyć ofertę.*

Równie istotny jest opis przedmiotu zamówienia znajdujący się w załączniku nr 1 do SIWZ, w którym nie ma wyspecyfikowanej licencji. Brak jest zatem podstaw do wymagania, by wykonawcy podawali w ofercie dane, których podanie – zgodnie z SIWZ – nie było obowiązkowe. Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ wskazał na elementy systemu operacyjnego, których podania i opisanie wymagał i odwołujący do tych wymogów się dostosował. Wskazać należy, że w tabeli utworzonej przez zamawiającego nie było nawet miejsca do podawania innych danych niż wynikające ze specyfikacji technicznej.

Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.

Zgodnie z 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tak wysokie wymagania w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia mają na celu zarówno wskazanie wykonawcom, czego dokładnie oczekuje zamawiający, jak i umożliwienie zamawiającemu na etapie oceny ofert weryfikację, czy złożone oferty są zgodne z przygotowanym opisem.

Należy stwierdzić, że o ile zamawiający oczekiwał wskazania licencji w ofercie wykonawcy, winien był taką informację zamieścić w SIWZ. Zamawiający nie może obarczać odwołującego negatywnymi konsekwencjami niejasności i nieścisłości specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niewątpliwie z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Jak wynika z ugruntowanego stanowiska w orzecznictwie, wszelkie nieścisłości i niejasności SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców. Takie stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 29 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 844/08 oraz w wyroku z 17 grudnia 2007 r., sygn. akt: KIO/UZP 1404/07.

Konkludując stwierdzić należy, iż brak wskazania licencji w ofercie odwołującego nie jest w rozpoznawanym przypadku niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obligującą zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy 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 musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku 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 zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych

gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest określona przepisami art. 36 ust. 4 i następne ustawy Pzp i może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz naruszył tym samym określone w art. 7 ust. 1 zasady prowadzenia postępowania z zapewnieniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, iż treść tej oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....