

Sygn. akt: KIO 2314/19

**WYROK**  
**z dnia 29 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2019 r. przez wykonawcę **ENAMOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie**,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża ENAMOR Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Inspektorat Uzbrojenia – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę Transpondera Systemu 1FF Standardu Mark XIIA w wersji okrętowej wraz z integracją na okręcie. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 035-079912.

W dniu 15 listopada 2019 r. wykonawca ENAMOR Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 5 listopada 2019 r. otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że wykonawca złożył formularz ofertowy w którym dokonał modyfikacji, w postaci wykreślenia zapisów w ust. 1 pkt 3 ppkt f, a tym samym zmienił zapisy formularza, co w konsekwencji spowodowało, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie zaoferował po upływie okresu gwarancji wsparcia technicznego i serwisowego urządzeń przez okres co najmniej 15 lat, zgodnie z zapisami Załącznika nr 1 do SIWZ pkt 15 ppkt 3, co było wymagane w SIWZ. W tym samym dniu Zamawiający przesłał informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wbrew stanowisku Zamawiającego zaoferował wsparcie techniczne i serwisowe urządzeń po upływie gwarancji przez okres co najmniej 15 lat i to świadczenie wynika wprost z formularza oferty. Zamawiający nie przeanalizował treści całej oferty, mimo iż był autorem formularza ofertowego. Zamawiający nie skorzystał też z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. W okolicznościach niniejszego postępowania, przed wydaniem tak istotnej decyzji jak odrzucenie oferty i unieważnienie postępowania, wezwanie do wyjaśnienia treści oferty było konieczne. Zamawiający uchybił temu obowiązkowi, wskutek czego jego decyzje nie mogły być uzasadnione i zgodne z ustawą.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu i treścią SIWZ oraz załącznikami do SIWZ nr 1, 2 i 3 (Opis Przedmiotu Zamówienia, Wzór Umowy i Formularz Oferty) wykonawca miał złożyć ofertę na dostawę urządzeń wymienionych w nazwie

postępowania. W ogłoszeniu i SIWZ brak jest odniesienia do szczegółowego zakresu świadczenia Wykonawcy, w SIWZ wskazano, że zakres przedmiotu zamówienia został określony w Załączniku nr 1 – Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz Załączniku nr 2 – Wzorce Umowy. Odniesienie do wsparcia technicznego i serwisu pogwarancyjnego znajduje się również w formularzu ofertowym, tj. załączniku nr 3 do SIWZ. W związku z tym, że OPZ jest dokumentem niejawnym, Odwołujący wskazał jedynie, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podał, że zgodnie z zapisami pkt 15 ppkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ wykonawca miał zaoferować również wsparcie techniczne i serwis pogwarancyjny przez okres co najmniej 15 lat. W treści wzoru umowy świadczenie wsparcia technicznego oraz serwisu pogwarancyjnego przez okres 15 lat po upływie okresu gwarancji została opisana następująco:

§ 1 ust. 1 umowy: *Strony potwierdzają, że podstawowym celem Umowy jest zapewnienie Zamawiającemu możliwości nieprzerwanego i bezpiecznego korzystania z dostarczonych Wyrobów realizujących/spełniających wszystkie funkcje, parametry i warunki określone Umową, w tym załącznikami do Umowy*”. To zdanie nie określa okresu przez jaki zamawiający ma mieć zapewnioną możliwość korzystania z wyrobów.

§ 1 ust. 4 umowy: *W ramach realizacji Umowy i wynagrodzenia określonego w § 2 ust. 1 Umowy Wykonawca w szczególności: 1) Przenosi na Zamawiającego własność Wyrobów; 2) ponosi odpowiedzialność z tytułu gwarancji i rękojmi zgodnie z § 8 Umowy*. To postanowienie stanowi, w ocenie Odwołującego, że cena ofertowa zawiera zobowiązanie do dostawy oraz udzielenia gwarancji, brak jest zastrzeżenia o wsparciu technicznym i serwisie pogwarancyjnym przez okres 15 lat po upływie okresu gwarancji.

§ 2 ust. 2 pkt. 3 lit. f umowy: *w zakres Wynagrodzenia Wykonawcy wchodzi również: wsparcie techniczne i serwisowe po upływie okresu gwarancji (..... miesięcy) przez okres co najmniej 15 lat*. Z tego zapisu wynika, iż serwis pogwarancyjny, w tym jego wycena powinny stanowić część świadczenia umownego, za które wykonawca otrzyma wynagrodzenie.

§ 3 ust. 4 umowy: *Terminy świadczeń wynikające z zakresu gwarancji i rękojmi określono w § 8 Umowy*.

§ 8 ust. 3 umowy: *Wykonawca udzieli miesięcznej gwarancji na wykonaną usługę integracji SpW na okręcie, licząc od daty przekazania okrętu do użytkownika*. Ust. 4: *Po upływie okresu gwarancyjnego Wykonawca zapewni wsparcie techniczne i serwisowanie urządzeń przez okres co najmniej 15 lat*. We wzorze umowy nie określono terminów wykonywania wsparcia technicznego i serwisu urządzeń po okresie gwarancji, nie wskazano z jaką częstotliwością wsparcie ma być świadczone.

Odwołujący podniósł, że we wzorze umowy ani w żadnym innym załączniku do SIWZ Zamawiający nie określił, co należy rozumieć pod pojęciem wsparcia technicznego i serwisu świadczonego po okresie gwarancji przez 15 lat. Zapis jest bardzo ogólny, z literalnego punktu widzenia nie wiadomo, czy zakres wsparcia i serwisu ma być tożsamy z obowiązkami gwarancyjnymi, czy ma być węższy/szerszy. W ocenie Odwołującego w całej dokumentacji przetargowej brak jest wytycznych co do zakresu tego świadczenia.

Odwołujący wskazał, że formularz oferty (załącznik nr 3 do SIWZ) w ust. 1 pkt. 2 lit. f stanowi, że w zakres *Wynagrodzenia Wykonawcy wchodzi również: wsparcie techniczne i serwisowe po upływie okresu gwarancji (...miesiące) przez okres co najmniej 15 lat*. Pod tym zestawieniem jest tabelka, stanowiąca zestawienie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, w tym również *Wsparcie techniczne i serwisowe po upływie okresu gwarancji (... miesiące) przez okres co najmniej 15 lat*. W związku z niejasnym brzmieniem dokumentacji przetargowej w zakresie określenia co należy rozumieć pod pojęciem wsparcia technicznego oraz serwisu świadczonego po okresie gwarancji, wykonawcy zadali pytanie do treści pkt. 1. 2 lit. f Formularza oferty o następującej treści: *Co Zamawiający rozumie przez „wsparcie techniczne i serwisowe po upływie okresu gwarancji przez co najmniej 15 lat, które ma być przedmiotem wyceny? W dniu 24 września 2019 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: Przez wsparcie techniczne i serwisowe prowadzone po upływie okresu gwarancji należy rozumieć zdolność dostawcy (producenta urządzeń) do dostawy części zamiennych, realizacji napraw i prowadzenia okresowych obsługiwać technicznych (które nie są przewidziane do realizacji przez personel użytkownika) dostarczanych transponderów IFF i podzespołów użytych w procesie integracji ww. urządzeń z okrętami, realizowana w ramach oddzielnych umów.*

W ocenie Odwołującego w powyższej odpowiedzi Zamawiający doprecyzował, że wsparcie techniczne i serwisowe po upływie gwarancji to *zdolność* dostawcy (producenta urządzeń) do wykonywania określonych działań, nie obowiązek świadczenia, ale zdolność do świadczenia. Po drugie, w odpowiedzi pojawia się alternatywny podmiot, gdyż zamawiający wskazuje, że zdolność dotyczy dostawcy lub/i producenta urządzenia. W dokumentacji przetargowej nie wymagano, aby dostawca był równocześnie producentem urządzenia. W konsekwencji należy przyjąć, że zdolność do wykonywania serwisu pogwarancyjnego może alternatywnie dotyczyć też innego podmiotu niż wykonawca, a mianowicie może dotyczyć też producenta. Po trzecie, odpowiedź wprowadza nową okoliczność w opisie wsparcia technicznego i serwisu pogwarancyjnego, gdyż wskazuje, że oprócz dostawy części zamiennych i realizacji napraw wsparcie techniczne i serwisowe to okresowe obsługiwania techniczne. Jednocześnie odpowiedź ta nie precyzuje czym są „obsługiwania techniczne” (nie prowadzone przez personel użytkownika) ani nie precyzuje,

w jakim okresie mają być prowadzone. Wskazanie, że są to czynności „okresowe” jest pojęciem bardzo ogólnym. Ponadto Zamawiający wskazuje, że wsparcie techniczne i serwisowe będzie realizowane w ramach oddzielnych umów.

Zdaniem Odwołującego, odczytując literalnie i celowościowo wyjaśnienia Zamawiającego należy przyjąć, że w ramach oferty składanej w niniejszym postępowaniu wykonawca miał świadczyć zdolność do wykonania wsparcia technicznego i serwisu po okresie gwarancji, a tym samym zobowiązywał się do złożenia odrębnej oferty i podpisania odrębnej umowy na wykonanie takiego wsparcia i serwisu po upływie okresu gwarancji. Na takie rozumienie intencji Zamawiającego wskazują nie tylko wyjaśnienia do treści SWIZ, ale również zapisy wzoru umowy oraz formularza ofertowego. Zgodnie z § 8 ust. 22 wzoru umowy *Wykonawca, po zakończeniu okresu gwarancyjnego, przedstawi Zamawiającemu pełną informację o wszelkich wadach, ich przyczynach i sposobie Naprawienia Wyrobu*. Ten zapis może świadczyć o tym, że dopiero po upływie okresu gwarancji zostanie ustalony zakres serwisu pogwarancyjnego. Zamawiający, na podstawie informacji wykonawcy ustali, jakie usterki są w przyszłości najbardziej prawdopodobne i jakie części mogą być narażone na uszkodzenia, a także jakie działania zapobiegawcze należy podjąć. Ponadto § 9 i 10 wzoru umowy stanowią, że zapłata wynagrodzenia nastąpi w terminie 30 dni od wystawienia faktury i dostarczenia dokumentów wymienionych w § 9 (m.in. protokoły odbioru, PZ lub OT, protokół zakończenia szkolenia itp.). Z treści tych zapisów wynika, że płatność będzie dokonana jednorazowo po wykonaniu dostawy urządzeń i przeprowadzeniu szkolenia. Brak jest informacji, kiedy i jak ma zostać uregulowane wynagrodzenie za serwis pogwarancyjny. Oznaczałoby to również, że Zamawiający musiałyby zapłacić z góry za wsparcie techniczne i serwis pogwarancyjny, który ma się zakończyć za blisko 20 lat (15 lat serwisu + 44 miesiące okresu gwarancji udzielonej przez Odwołującego), co byłoby niekorzystne zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawcy. Z praktycznego punktu widzenia oszacowanie z góry wynagrodzenia za wsparcie techniczne i serwis pogwarancyjny przez okres 15 lat, przy jednoczesnym braku wiedzy, jakie dokładnie działania mają wejść w zakres wsparcia i serwisu, a także braku wiedzy na temat terminów, w jakich to wsparcie i serwis mają być świadczone, jest bardzo trudne i niecelowe. Podanie tej wartości i uwzględnienie w cenie ofertowej musiałyby mieć charakter czysto wirtualny, a nadto stanowić ryzyko dla wykonawcy, który nigdy nie mógłby być pewnym jakie konkretnie czynności ma wykonać przez bardzo długi okres czasu.

Odwołujący podkreślił, że przyjęcie założenia, że wynagrodzenie za wsparcie techniczne i serwis pogwarancyjny wchodzi w zakres ceny ofertowej, stanowiłoby też ryzyko dla Zamawiającego. § 13 wzoru umowy nie zawiera postanowień uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych w sytuacji, gdy wykonawca nie będzie

świadczyl wsparcia technicznego i serwisu pogwarancyjnego. Kara umowna jest przewidziana tylko w przypadku odstąpienia od umowy, opóźnienia w wykonaniu zamówienia i opóźnienia w usuwaniu wad i usterek. Oznacza to, że brak jest sankcji umownej za uchylenie się od świadczenia wsparcia technicznego i serwisu pogwarancyjnego, gdyż § 14 wzoru umowy stanowi, że odstąpić od umowy można w przypadku uchybienia terminom wskazanym w § 3, w którym nie wskazano terminu na wykonanie serwisu pogwarancyjnego.

Zdaniem Odwołującego takie uregulowanie świadczy o tym, że przyszły sposób wykonania wsparcia technicznego i serwisu pogwarancyjnego stanowić będzie przedmiot odrębnej umowy, w której strony ustalą wynagrodzenie, zakres i terminy wykonania tego świadczenia oraz ewentualne sankcje za niewykonywanie lub nierzetelne wykonywanie umowy. W niniejszym postępowaniu wykonawca miał zobowiązać się do pozostawania w zdolności do świadczenia wsparcia technicznego i serwisu pogwarancyjnego, ale istotne warunki jego wykonywania miały zostać ustalone w przeszłości.

Ponadto Odwołujący podniósł, że jeśli cena ofertowa miałaby uwzględniać wynagrodzenie za wsparcie techniczne i serwis po upływie okresu gwarancji przez 15 lat i miałby być zapłacona z góry przed początkiem okresu świadczenia wsparcia technicznego i serwisu pogwarancyjnego, a jednocześnie, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego, wsparcie i serwis pogwarancyjny ma być świadczony na podstawie odrębnych umów, to umowy te musiałyby być umowami, w których nie przewiduje się wynagrodzenia. Tymczasem zgodnie z art. 2 pkt. 13 ustawy Pzp, jeśli w ustawie jest mowa o zamówieniach publicznych należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Jeśli zatem Zamawiający chciałby świadczenia wsparcia technicznego i serwisowego po upływie gwarancji, które odbywałoby się na podstawie umowy na wykonanie zamówienia publicznego, to taka umowa musiałaby być odpłatna, czyli musiałaby zawierać wynagrodzenie. Odwołujący zaznaczył ponadto, że w zamówieniach z zakresu obronności ustawa Pzp ma zastosowanie wyłącznie przy zamówieniach przekraczających progi unijne (art. 131b Pzp), które dla dostawy wynoszą 443.000 Euro (§ 1 pkt. 4 rozporządzenia w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej). Biorąc pod uwagę, że serwis pogwarancyjny ma trwać 15 lat i muszą być zdefiniowane czynności wchodzące w jego zakres, wydaje się, że kwota 443 000 euro zostanie z łatwością przekroczona.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w swojej odpowiedzi z 24 września 2019 r. zmodyfikował SIWZ, gdyż ustanowił nowe zasady świadczenia wsparcia technicznego serwisu po upływie gwarancji. Zgodnie z tymi wyjaśnieniami w niniejszym postępowaniu

wykonawca miał zaoferować zdolność do świadczenia wsparcia technicznego po upływie okresu gwarancji i podpisać odrębną umowę z Zamawiającym na ten zakres. W tej umowie ustalony zostałby szczegółowy zakres tego świadczenia, wynagrodzenie i terminy. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia do SIWZ, z chwilą ich publikacji, stają się integralną częścią SIWZ. Jeśli zatem wyjaśnienia modyfikują w jakimkolwiek zakresie treść oświadczenia woli zamawiającego, co do kształtu przedmiotu zamówienia, należy je uznać za wiążące i najbardziej aktualne. Należy również uznać, że ta najpóźniejsza wykładnia Zamawiającego, jest najbardziej aktualna i deroguje w stosownym zakresie treść formularza ofertowego i wzoru umowy, a także treść OPZ.

Odwołujący wskazał, że w formularzu ofertowym podał cenę ofertową i skreślił pkt 2 lit. f, który stanowi, że w zakres Wynagrodzenia Wykonawcy wchodzi również: wsparcie techniczne i serwisowe po upływie okresu gwarancji (... miesięcy) przez okres co najmniej 15 lat. Jednocześnie w tabelce, która znajduje się niżej i zawiera elementy składające się na zakres Zamówienia Odwołujący zamieścił element o nazwie „Wsparcie techniczne i serwisowe po upływie okresu gwarancji (... miesięcy) przez okres co najmniej 15 lat.”. Element ten nie jest przekreślony i świadczenie to stanowi część oferty. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że wynagrodzenie za ten element „będzie wycenione osobno”. Z treści oferty Odwołującego wynika zatem jednoznacznie, że będzie świadczyć wsparcie techniczne i serwis po upływie gwarancji przez okres 15 lat, ale wynagrodzenie za tą część nie wchodzi w zakres ceny ofertowej. A zatem stanowisko Zamawiającego, że wykonawca nie zaoferował wsparcia technicznego i serwisowego po upływie gwarancji, jest niezasadne, gdyż z oferty nie wynika, że takiego świadczenia nie wykona. Wręcz przeciwnie, zakres ten znajduje się w tabeli określającej elementy oferty. Skreślenie pkt 2 lit. f) formularza oferty znaczy jedynie tyle, że cena ofertowa nie obejmuje wynagrodzenia za wsparcie techniczne i serwis po okresie gwarancji przez okres 15 lat, gdyż wynagrodzenie zostanie określone w odrębnych umowach zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że jeżeli zamawiający miał wątpliwości, co do treści oferty i intencji Odwołującego, to powinien wezwać go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z rozdziałem III SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia), zakres przedmiotowy zamówienia (wymagania, parametry techniczno-eksploatacyjne) został określony w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ oraz we wzorze Umowy – Załącznik nr 2 do SIWZ.

W rozdziale IX SIWZ (Opis sposobu przygotowania ofert) Zamawiający postanowił, że ofertę należy złożyć na Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ. Oferta musi odpowiadać treści i wymaganiom określonym w SIWZ. (...) Zaleca się przy sporządzeniu oferty skorzystanie ze wzorów przygotowanych przez Zamawiającego. Wykonawca może przedstawić ofertę na swoich formularzach z zastrzeżeniem, że muszą one zawierać wszystkie informacje określone przez Zamawiającego w przygotowanych wzorach.

Stosownie do punktu 15.3 Załącznika Nr 1 do SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, wykonawca został zobowiązany do zapewnienia wsparcia technicznego i serwisowego urządzeń przez okres co najmniej 15 lat.

Zgodnie z 1 ust. 1 Wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ), przedmiotem Umowy jest dostawa 11 sztuk transponderów systemu IFF standardu Mark XIIA w wersji okrętowej wraz z integracją 8 szt. na okrętach. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zgodnie z Wstępnymi Załoženiami Taktyczno-Technicznymi zawiera Załącznik nr 1 do Umowy. Strony potwierdzają, że podstawowym celem Umowy jest zapewnienie Zamawiającemu możliwości nieprzerwanego i bezpiecznego korzystania z dostarczonych Wyrobów realizujących/spełniających wszystkie funkcje, parametry i warunki określone Umową, w tym załącznikami do Umowy. § 2 ust. 1 i 2 pkt 3 lit. f Wzoru umowy stanowi, że wynagrodzenie Wykonawcy obejmuje wsparcie techniczne i serwisowe po upływie okresu gwarancji (... miesięcy) przez okres co najmniej 15 lat.

Zgodnie z Formularzem ofertowym (Załącznik nr 3 do SIWZ, pkt 3), w zakres wynagrodzenia Wykonawcy wchodzi również: a) integracja na okręcie (8 szt.), b) wartość pakietu logistycznego ZCzZ-1 i ZN-1 (11 szt.), c) wartość DT (11 egz.), d) wynagrodzenie za przeprowadzenie szkolenia (32 osoby), e) gwarancja, f) wsparcie techniczne i serwisowe po upływie okresu gwarancji (miesiące) przez okres co najmniej 15 lat, g) wartość autorskich praw majątkowych. Zamawiający wymagał podania wynagrodzenia z ww. tytułów. Ponadto Zamawiający wymagał od wykonawców wypełnienia tabeli w Formularzu ofertowym, w której należało podać dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (w tym dla wsparcia



technicznego i serwisowego po upływie okresu gwarancji) ceny jednostkowe netto, stawkę podatku VAT, cenę jednostkową brutto oraz wartość brutto.

W dniu 24 września 2019 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień do treści SIWZ:

*Pytanie: Co Zamawiający rozumie przez „wsparcie techniczne i serwisowe po upływie okresu gwarancji przez co najmniej 15 lat”, które ma być przedmiotem wyceny?*

*Odpowiedź: Poprzez wsparcie techniczne i serwisowe prowadzone po upływie okresu gwarancji należy rozumieć zdolność dostawcy (producenta urządzeń) do dostawy części zamiennych, realizacji napraw i prowadzenia okresowych obsługań technicznych (które nie są przewidziane do realizacji przez personel użytkownika) dostarczanych transponderów IFF i podzespołów użytych w procesie integracji ww. urządzeń z okrętami, realizowana w ramach oddzielnych umów.*

Odwołujący w złożonym Formularzu ofertowym wykreślił ppkt f dotyczący wynagrodzenia za wsparcie techniczne i serwisowe po upływie okresu gwarancji. W tabeli dotyczącej cen jednostkowych i wartości poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, w kolumnie dotyczącej ceny jednostkowej netto wpisał: *Będzie wycenione osobno*, w kolumnach „Cena jednostkowa brutto” i „Wartość brutto” wpisał „-”.

Pismem z 5 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający podał: *Wykonawca (...) złożył formularz ofertowy w którym dokonał modyfikacji, w postaci wykreślenia zapisów w ust. 1 pkt 3) ppkt f), a tym samym zmienił zapisy formularza co w konsekwencji spowodowało, że jego oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Wykonawca nie zaoferował po upływie okresu gwarancji wsparcia technicznego i serwisowego urządzeń przez okres co najmniej 15 lat, zgodnie z zapisami Załącznika nr 1 do SIWZ pkt 15 ppkt 3), co było wymagane w SIWZ.*

W konsekwencji Zamawiający pismem z 5 listopada 2019 r. poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby zaistniały podstawy do zastosowania przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przy jednoczesnym braku podstaw do skorzystania z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Elementem przedmiotu zamówienia było – zgodnie z OPZ i wzorem umowy – wsparcie techniczne przez okres 15 lat po upływie okresu gwarancji. Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania do SIWZ wyjaśnił, że przez wsparcie techniczne rozumie *zdolność dostawcy (producenta urządzeń) do dostawy części zamiennych, realizacji napraw i prowadzenia okresowych obsługiwań technicznych (które nie są przewidziane do realizacji przez personel użytkownika) dostarczanych transponderów IFF i podzespołów użytych w procesie integracji ww. urządzeń z okrętami, realizowana w ramach oddzielnych umów*. Udzielając tej odpowiedzi Zamawiający podał więc obowiązującą w niniejszym postępowaniu definicję wsparcia technicznego. W świetle tej odpowiedzi pkt 3.f Formularza ofertowego należało interpretować w taki sposób, że dotyczy on wynagrodzenia za wsparcie techniczne rozumiane jako pozostawanie przez okres 15 lat w gotowości do świadczeń wskazanych przez Zamawiającego (dostaw, napraw, itp.). Nie było przedmiotem sporu, że podpunkt ten nie dotyczy wynagrodzenia za same dostawy czy usługi świadczone w ramach tego wsparcia. W związku z tym Odwołujący nie miał podstaw do wykreślenia tego elementu z Formularza ofertowego, a fakt dokonania takiego wykreślenia mógł być rozumiany jako wskazanie, że wykonawca nie oferuje tak właśnie rozumianego wsparcia, jak to określił Zamawiający w odpowiedzi z 24 września 2019 r. Jeśli z odpowiedzi tej wynika, że wsparcie techniczne to pozostawanie w gotowości do świadczenia usług, to właśnie taką gotowość powinien wykonawca wycenić, nie było natomiast podstaw, aby podpunkt dotyczący tej części wynagrodzenia wykreślić, informując, że za wsparcie techniczne będzie wycenione osobne. Zgodnie bowiem z udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami, osobne wynagrodzenie będzie przysługiwać wykonawcy za usługi/dostawy realizowane w okresie 15 lat po upływie okresu gwarancji, natomiast zdolność do ich zapewnienia była wymagany

przez Zamawiającego zobowiązaniem wykonawcy, a wynagrodzenie z tego tytułu musiało zostać określone w treści oferty. Nie ulega wątpliwości, że oferta nieobejmująca tego elementu nie odpowiada treści SIWZ i mogłaby w przyszłości stanowić dla Zamawiającego ryzyko, że wykonawca uchyli się od świadczenia usług w ramach wsparcia technicznego.

W ocenie Izby Zamawiający miał prawo dojść do wniosku, że wsparcie techniczne rozumiane zgodnie z definicją podaną przez Zamawiającego, nie zostało przez Odwołującego zaoferowane, wykreślono bowiem z Formularza ofertowego podpunkt odnoszący się do wynagrodzenia za tak rozumiane wsparcie. Jednocześnie – wbrew twierdzeniom Odwołującego – oferta nie zawiera oświadczenia, że wykonawca zobowiązuje się w ramach tego przedmiotu zamówienia do pozostawania w gotowości do świadczeń wskazanych przez Zamawiającego w wyjaśnieniach z 24 września 2019 r. Zobowiązanie takie nie wynika z tabeli zamieszczonej w Formularzu ofertowym. Zauważenia wymaga, że tabela ta nie służy określeniu zakresu oferty, ale przedstawieniu cen jednostkowych za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia. Wnioskowanie z faktu niewykreślenia wsparcia technicznego z tej tabeli o tym, że wsparcie zostało objęte zobowiązaniem wykonawcy, jest zbyt daleko idące, zwłaszcza że Odwołujący wpisał w tej tabeli, że zostanie to wycenione odrębnie i jednocześnie wykreślił podpunkt 3.f.

Zamawiający miał więc prawo zinterpretować treść oferty w ten sposób, że nie obejmuje ona wsparcia technicznego, które zostało przez wykonawcę wyłączone z zakresu tej oferty, a Odwołujący przedstawił jedynie deklarację, że wyceni je odrębnie. Z kolei ze stanowiska Odwołującego zdaje się wynikać taka interpretacja oferty, że została zaoferowana zdolność do świadczenia dostaw i usług wskazanych przez Zamawiającego, za którą wykonawca nie oczekuje wynagrodzenia, a same dostawy i usługi zostaną wycenione odrębnie. Nawet jeśli taka była intencja Odwołującego, to – w ocenie Izby – nie wynika ona z treści oferty. Uwzględniając wszystkie okoliczności sprawy i przyjmując nawet najbardziej życzliwą wykładnię oświadczenia woli wykonawcy, taki wniosek należy uznać za zbyt daleko idący. Zakres zobowiązania wykonawcy wynikający z treści oferty w reżimie zamówień publicznych musi być bowiem określony i sprecyzowany w terminie składania ofert. Oczywiście jak każde oświadczenie woli, oferta podlega wykładni, nie może być to jednak wykładnia wprowadzająca do oferty treści w niej niewyrażone, a wręcz stojąca w opozycji do pewnych literalnie wyrażonych oświadczeń, i w konsekwencji prowadząca do niepewności co do możliwości wyegzekwowania od wykonawcy zobowiązań składających się na realizację przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę należy również stwierdzić, że Zamawiający nie miał podstaw do zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga bowiem, że treść oferty

nie wywoływała takich wątpliwości, które mogłyby być tymi wyjaśnieniami wyeliminowane, bez wprowadzenia niedopuszczalnych zmian do oferty. Gdyby wykonawca oświadczył w wyjaśnieniach, że oferuje również wsparcie techniczne, byłoby to oświadczenie, które zmienia zakres zobowiązania wykonawcy w stosunku do treści oferty.

W konsekwencji tego, że oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania z uwagi na wystąpienie okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....