

**Sygn. akt: KIO 1025/19**

**WYROK**

z dnia 19 czerwca 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 czerwca 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2019 r. **przez odwołującego:** Lider Konsorcjum J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JB Multimedia J. B. ul. Brzeska 107 a, 21- 500 Biała Podlaska oraz Członek Konsorcjum MIKROBIT sp. z o.o. ul. Zana 39, 20-601 Lublin w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Miasto Terespol ul. Czerwonego Krzyża 26, 21-550 Terespol

**przy udziale wykonawcy:** Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej „ZETO” Sp. z o.o. ul. Diamentowa 2; 20-447 Lublin , **przystępującego po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje wezwanie odwołującego do dołączenia kart informacyjnych /dokumentów: wyniku testu [żywotności baterii urządzenia przenośnego] MobileMark® 2014 (MobileMark 2014 Battery Life) w formatach FDR i PDF programu MobileMark® 2014 lub karty katalogowej produktu; karty katalogowej routera będącego częścią modernizowanej sieci LAN oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Gmina Miasto Terespol ul. Czerwonego Krzyża 26, 21-550 Terespol i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **konsorcjum**: Lider Konsorcjum J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JB Multimedia J. B. ul Brzeska 107 a, 21- 500 Biała Podlaska oraz Członek Konsorcjum MIKROBIT sp. z o.o. ul. Zana 39, 20-601 Lublin, tytułem wpisu od odwołania

2.1.zasądza od Gmina Miasto Terespol ul. Czerwonego Krzyża 26, 21-550 Terespol kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **konsorcjum**: Lider Konsorcjum J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JB Multimedia J. B. ul Brzeska 107 a, 21- 500 Biała Podlaska oraz Członek Konsorcjum MIKROBIT sp. z o.o. ul. Zana 39, 20-601 Lublin stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Pełnomocnik działając w imieniu Konsorcjum wykonawców: 1.) J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JB Multimedia J. B. z siedzibą w Białej Podlaskiej oraz 2.) spółki MIKROBIT sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie zwanych dalej „odwołującym”, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), dalej zwaną „ustawą”, wniósł odwołanie.

Zamówienie ma charakter zamówienia wspólnego realizowanego na rzecz gmin z północnej części woj. lubelskiego, tj. Gminy Miasta Terespol, Gminy Jabłoń, Gminy Milanów, Gminy Wisznice, Gminy Leśna Podlaska i Gminy Tucznia. Zamawiającym wyznaczonym do przeprowadzenia niniejszego postępowania w imieniu i na rzecz wszystkich wskazanych powyżej Zamawiających jest Gmina Miasto Terespol zwany „zamawiającym”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 071-167289.

Odwołanie dotyczy czynności oraz zaniechania przez zamawiającego czynności w postępowaniu prowadzonym pn.: Dostawa e-usług wraz ze sprzętem do gmin partnerskich Euroregionu Bug w ramach projektu „Wzrost efektywności i dostępności e-usług gmin partnerskich na terenie Euroregionu Bug” nr referencyjny: IP.271.8.2019.AL.

Odwołujący w złożonym odwołaniu zarzucił:

1. błędne uznanie przez Zamawiającego, braku dołączenia do oferty dwóch kart informacyjnych, nie wpływających na treść oferty, jako nie mogących być uzupełnionymi a w konsekwencji na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia ww. dokumentów lub samodzielnego uzupełnienia ww. braków przez Zamawiającego;
2. odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na opisane powyżej braki, pomimo że oferta ta była najkorzystniejszą ze złożonych ofert;
3. unieważnieniu postępowania na skutek uznania przez Zamawiającego, że nie doszło do złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 26 ust. 1, 3 i 4 przez zaniechanie zastosowania tych regulacji i brak wezwania odwołującego, do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów (kart informacyjnych), których brak stał się dla Zamawiającego podstawą do odrzucenia oferty odwołującego, tj. kart informacyjnych dotyczących:

1. wyniku testu [żywotności baterii urządzenia przenośnego] MobileMark® 2014 (MobileMark 2014 Battery Life) w formatach FDR i PDF programu MobileMark® 2014 lub karty katalogowej produktu;
2. karty katalogowej routera będącego częścią modernizowanej sieci LAN.

Z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił również naruszenie przepisu ustawy:

2. art. 87 ust. 2 pkt 3) przez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w sytuacji, gdy stwierdzone przez Zamawiającego braki nie powodowały żadnych istotnych zmian w treści oferty i jako powszechnie dostępne, mogły zostać uzyskane przez Zamawiającego bez konieczności angażowania dodatkowych środków;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2) przez odrzucenie oferty Odwołujących pomimo, że jej treść w przypadku zastosowania przez Zamawiającego treści art. 26 ust. 1, 3 lub 4 Pzp lub art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, odpowiadałaby treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

4. art. 93 ust. 1 pkt 1) przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na skutek błędnego uznania, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
4. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do dołączenia kart informacyjnych/dokumentów, o których mowa w pkt 1) powyżej, tj.:
  - a) wyniku testu [żywotności baterii urządzenia przenośnego] MobileMark® 2014 (MobileMark 2014 Battery Life) w formatach FDR i PDF programu MobileMark® 2014 lub karty katalogowej produktu;
  - b) karty katalogowej routera będącego częścią modernizowanej sieci LAN;
5. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
6. o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione przed upływem 10 dni, licząc od 28 maja 2019 r. w którym to dniu została przekazana odwołującemu informacja o odrzuceniu oferty odwołującego.

Kopia niniejszego odwołania została, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy, przesłana Zamawiającemu, na dowód czego złożono potwierdzenie jej przesłania i odbioru.

Odwołanie zawiera następujące uzasadnienie formalne i prawne.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze Odwołanie jest dostawa e-usług wraz ze sprzętem do gmin partnerskich Euroregionu Bug, która jest realizowana w ramach projektu „Wzrost efektywności i dostępności e-usług gmin partnerskich na terenie Euroregionu Bug” Numer referencyjny: IP.271.8.2019.AL.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) podstawowym celem projektu objętego postępowaniem jest zwiększenie poziomu dostępu do usług publicznych poprzez wykorzystanie technologii informatycznych, w celu uruchomienia e-usług administracji i zwiększenia poziomu dojrzałości e-usług dotychczas funkcjonujących. Podczas realizacji ww. celu mają zostać uwzględnione potrzeby osób niepełnosprawnych. Realizacja celu ma nastąpić przez działania związane z zakupem nowoczesnego sprzętu teleinformatycznego, wdrożeniem nowych systemów informacyjnych oraz realizacją usług podnoszących ucyfrowienie urzędów. Realizacja przedmiotu zamówienia obejmuje w szczególności:

1. dostawę, instalację, konfigurację i uruchomienie sprzętu komputerowego, serwerowego, biurowego, elementów sieci komputerowych, podpisów elektronicznych, zabezpieczeń serwerowni, oprogramowania antywirusowego niezbędnego do realizacji e-usług,
2. uruchomienie/rozbudowę systemu elektronicznego zarządzania dokumentacją,
3. modernizację aplikacji mobilnej,
4. rozbudowę funkcjonalności portalu internetowego - dostosowanie do wymagań osób niepełnosprawnych,
5. uruchomienie Portalu Interesanta i e-usług na platformie Portalu Interesanta oraz modułu e-należności,
6. rozbudowę infrastruktury telekomunikacyjnej - poprzez zakup dedykowanych aparatów telefonicznych,
7. dostawę, wdrożenie i uruchomienie e-usługi udostępniającej miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego i umożliwiającej generowanie wypisów,
8. przeprowadzenie audytu, wdrożenie polityki bezpieczeństwa oraz przeprowadzenie szkoleń dla pracowników.

Wartość zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została określona na 2 341 350,00 zł.

Projekt jest współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020. Numer projektu: RPLU.02.01.00-06-0031/16, Umowa nr RPLU.02.01.00-06-0031/16-00 wraz z aneksem nr RPLU.02.01.00-06-0031/16-01.

Odwołujący są uprawnieni do wniesienia niniejszego odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tej regulacji, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy

W postępowaniu którego dotyczy niniejsze odwołanie, Odwołujący występuje w charakterze wykonawców (w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp) i posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, a ponadto mogą ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

W wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy oraz zaniechaniem wykonania przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany, odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne, do którego odnosi się niniejsze odwołanie.

W tym względzie odwołujący podkreśla, że jego interes wynika z woli realizacji zamówienia, którego zakres mieści się w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Szkada, którą może ponieść na skutek odrzucenia oferty przejawia się w utraconych korzyściach z tytułu dostawy towarów i usług, które zostałyby dostarczone Zamawiającemu w ramach realizacji zamówienia, a ponadto w szkodach rzeczywistych związanych z kosztami poniesionymi w celu uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu oferty Odwołujących na braku w ofercie dwóch dokumentów, których znaczenie z perspektywy treści SIWZ (kluczowych cech dostarczanych produktów/usług oraz ich ceny), pozostaje bez wpływu na treść oferty Wykonawców. Braki dokumentacji wskazane przez Zamawiającego w ofercie złożonej przez Wykonawców (liczącej łącznie całość 125 stron) dotyczą:

- 1) wyniku testów (w formatach FDR - Full Disclosure Report i PDF programu MobileMark® 2014) lub karty katalogowej produktu, potwierdzającej czas pracy baterii urządzenia przenośnego

Odwołujący wskazują, że wynik testu, o którym mowa powyżej jest ogólnodostępny na stronie producenta urządzenia i mógł zostać, w sposób nieangażujący żadnych środków (zarówno Wykonawców jak i Zamawiającego), pobrany ze strony internetowej producenta, zwłaszcza,

że Zamawiający przedstawili modele i symbole produktów, umożliwiające ich jednoznaczną identyfikację. Karta katalogowa:

[http://psref.lenovo.com/Detai!/ThinkPad/ThinkPad\\_E590?M=20NB001APB](http://psref.lenovo.com/Detai!/ThinkPad/ThinkPad_E590?M=20NB001APB) Karta zawierająca wynik testu:

[http://psref.lenovo.com/syspool/TempFile/cache/bl39ac58-f03a-446e-ac4c-7albab503948/ThinkPad\\_E590\\_single\\_model\\_J201906030421.pdf](http://psref.lenovo.com/syspool/TempFile/cache/bl39ac58-f03a-446e-ac4c-7albab503948/ThinkPad_E590_single_model_J201906030421.pdf)

2) karty katalogowej routera, dostarczanego w ramach modernizacji sieci LAN

Odwołujący wskazują, że podobnie, jak w przypadku wyników testu baterii, karta katalogowa routera jest ogólnodostępna na stronie internetowej jego producenta: <https://mikrotik.com/product/RB3011UiAS-RM>

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający dopuścił się w ocenie Odwołujących, w pierwszej kolejności, naruszenia przepisu art. 26 ust. 1, 3 i 4 Pzp.

Zgodnie z ust. 1 art. 26 Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Ponadto zgodnie z dalszym brzmieniem tej regulacji:

3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

W świetle przywołanej powyżej regulacji art. 26 ust. 1, 3 i 4 Pzp, identyfikując stosowne braki, które jakkolwiek nie miały wpływu na treść oferty, Zamawiający powinien wezwać Wykonawców do przedłożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

— zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Mając na uwadze treść art. 25 ust. 1 pkt. 2) Pzp, odnoszącego się do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku braku takich dokumentów, prawidłowe działanie zamawiającego powinno polegać na wezwaniu do uzupełnienia oferty i przesłania dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy/usługi wymagań określonych przez zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego analizowane dokumenty, na których brak wskazał Zamawiający mają w przedmiotowym postępowaniu charakter dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp i nie stanowią merytorycznego elementu oferty. W konsekwencji dokumenty te mogły być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, tj. na wezwanie Zamawiającego. Takiego wezwania wbrew spoczywającemu na nim obowiązкови, Zamawiający jednak zaniechał.

Przywołane powyżej brzmienie art. 26 Pzp, posługuje się sformułowaniem „wzywa”, a zatem w świetle zasad prawidłowej wykładni aktów prawnych, regulacja ta nie pozostawia Zamawiającemu dyspozycji w tym zakresie, ale nakazuje ich podjęcie - obliguje Zamawiającego do tego.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”). Przykładowo w wyroku z 17 kwietnia 2013 r. sygn. KIO 719/13, KIO stwierdziła: przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (i.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) mają charakter bezwzględnie obowiązujących i nakładają na zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych”.

Również doktryna prawa potwierdza powyższe stanowisko. W tym zakresie w Komentarzu do art. 26 Pzp (red. M. Jaworska, wyd. 8, 2019), autorzy wskazują, że: „Obecne brzmienie



przepisu nie usunęło wątpliwości co do skuteczności samodzielnego uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę z własnej inicjatywy, bez wezwania zamawiającego. Problem ten powinien być rozstrzygany w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy, z uwzględnieniem ich konsekwencji i specyfiki. Co do zasady, to zamawiający określa wymagania związane z udziałem w postępowaniu a wykonawca składa w celu potwierdzenia ich spełnienia oświadczenia lub dokumenty, które uznaje za właściwe. Zamawiający dokonuje ich oceny w odniesieniu do postawionych wymagań, a w przypadku dokonania oceny negatywnej - wzywa wykonawcę do ich uzupełnienia w określonym zakresie i terminie, [wyszczególnienie Odwołujących] Przepis art. 26 ust 3 PrZamPubl skierowany jest bowiem do zamawiającego i nie może być realizowany przez wykonawcę. Z powyższej zasady wynika, że uzupełnienie możliwe jest jedynie w odpowiedzi na uprzednie wezwanie zamawiającego, a dokonane z inicjatywy wykonawcy należy potraktować za niebyłe i niepodlegające ocenie. Jednak — jak słusznie wskazuje KIO w nadal aktualnym wyr. z 4.3.2015 r. (KIO 245/15, KIO 305/15, Legalis), nie można wykluczyć sytuacji prostych i oczywistych, wiadomych wszystkim uczestnikom postępowania, czytelnych i łatwych do zidentyfikowania oraz zakwalifikowania, gdzie mnożenie kolejnych czynności zamawiającego i postulowanie uzupełnienia dokumentów uzupełnionych, należałoby ocenić jako zbędny formalizm postępowania, prowadzący do jego przewlekłości, co kłóciłoby się z jego racjonalnością i ekonomią

W świetle powyższego, postępowanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołujących, bez uprzedniego wezwania Wykonawców do uzupełnienia, w sposób rażąco naruszyło treść art. 26 ust. 1, 3 i 4 Pzp. Naruszenie, którego dopuścił się Zamawiający jest tym bardziej jaskrawe, że dokumenty, które nie zostały dołączone do oferty nie mają wpływu na jej materialną treść, tj. ani na wycenę zaproponowaną w ofercie złożonej przez Odwołujących, ani na faktyczny przedmiot dostarczanych towarów/usług, a ponadto są powszechnie dostępne dla każdego zainteresowanego.

Z ostrożności procesowej Wykonawcy podnoszą również zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, zgodnie z którym, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty — niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przywołany powyżej przepis nie definiuje w sposób jednoznaczny pojęcia „omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”.

W ocenie Odwołujących, analizowane pominięcie przez Wykonawców w rozbudowanej dokumentacji ofertowej dwóch (w rzeczywistości mało znaczących) dokumentów, może

stanowiąc omyłkę, którą Zamawiający, w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, jest zobowiązany samodzielnie poprawić w ofercie. Zdaniem Wykonawców istniały do tego przesłanki zwłaszcza w kontekście tego, że brakujące informacje są informacjami powszechnie dostępnymi i nie wymagały od Zamawiającego dodatkowej istotnej aktywności połączonej z jakimikolwiek wydatkami. Nadto do dokumentacji przetargowej Wykonawcy dołączyli kod produktu, po którym Zamawiający winien dokonać identyfikacji potrzebnych danych zawartych w kartach produktu.

Również ta regulacja (tj. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) nie pozostawia Zamawiającemu luzu decyzyjnego i obliguje go do samodzielnego poprawienia omyłek, o których mowa w tym przepisie.

Konsekwencją naruszenia ww. przepisów ustawy tj. art. 26 i art. 87 ust 2 pkt 3) ustawy było naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołujących pomimo, że jej treść, w przypadku zastosowania przez Zamawiającego art. 26 lub art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy odpowiadała treści SIWZ i jako najkorzystniejsza podlegałaby wyborowi.

W tym zakresie Zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie na stanowisku, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Stanowisko takie jest błędne i nie zasługuje na aprobatę.

Zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie KIO (przykładowo wyrok z 7 marca 2016 r. sygn. KIO250/16), niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego wykonywania w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

W ocenie Odwołującego, w analizowanej sprawie brak dołączenia do oferty dwóch kart informacyjnych (dotyczących wyniku testu baterii laptopa oraz karty katalogowej routera), w sytuacji przedstawienia pełnej specyfikacji technicznej i opisu tych produktów, nie może być w żadnym stopniu postrzegane jako niezgodność / nieodpowiadanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, Wykonawcy pragną dodatkowo powołać stanowisko KIO przedstawione w wyroku z 24 maja 2017 r. (sygn. KIO 954/17), w którym KIO stwierdziła:

„ ...poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawione wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw.

Przeniesienie treści powyższego wyroku KIO a contrario na sytuację Odwołującego, powinno prowadzić do konkluzji, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp jest dopuszczalne pod warunkiem, że dostosowanie treści oferty do wymagań Zamawiającego wyartykułowanych w treści SIWZ, nie doprowadzi do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy.

Tym samym, zaniechanie zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, w analizowanych okolicznościach faktycznych, również stanowiło jego naruszenie.

W efekcie poczynionych błędów na wcześniejszym etapie postępowania, Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołujących. Konsekwencją powyższego było unieważnienie Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na uznanie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt) 1 Pzp.

Końcowo Odwołujący pragną wskazać, że złożenie niniejszego odwołania jest podyktowane nie tylko względami czysto ekonomicznymi. Wykonawcy jako podmioty działające głównie lokalnie - JB Multimedia jako dostawca sprzętu elektronicznego z siedzibą w Białej Podlaskiej, operujący głównie na ścianie wschodniej, a Mikrobit sp. z o.o. jako lubelska firma operująca w branży informatycznej - kładą znaczący nacisk na społeczną odpowiedzialność prowadzonego przez nich biznesu.

Według wiedzy odwołującego, brak rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, w praktyce z wysokim prawdopodobieństwem będzie skutkował tym, że środki finansowe z których ma zostać sfinansowane zadanie (pochodzące ze środków Unii Europejskiej) po prostu przepadną. W efekcie, wspólnota samorządowa gmin z północnej części woj. lubelskiego zostanie pozbawiona możliwości korzystania z nowoczesnych technologii informatycznych w codziennej pracy, co odbije się negatywnie nie tylko na samych urzędnikach, ale również na mieszkańcach tego regionu kraju.

Biorąc to pod uwagę, postawa Zamawiającego może budzić szczególne wątpliwości w kontekście przestrzegania zasad dyscypliny finansów publicznych, szczególnie, że postępowanie przetargowe w tym zakresie toczy się już blisko od dwóch lat. W ocenie Odwołujących przesadna, nazbyt formalistyczna postawa Zamawiającego i zawężająca interpretacja przepisów Pzp nie ma uzasadnienia ani prawnego, ani z punktu widzenia racjonalności i zasad prawidłowej gospodarki budżetowej.

Zdaniem Wykonawców, działania Zamawiającego, które doprowadziły do braku rozstrzygnięcia postępowania nie mogą być postrzegane jako realizowane w trosce o dobro wspólnoty samorządowej (do której miał trafić przedmiot zamówienia), ale wyłącznie jako nakierowane na asekuracyjne zabezpieczenie własnych interesów pracowników urzędu i uniknięcie narażenia się na czysto hipotetyczne/teoretyczne zarzuty niegospodarności. Z czym tu przecież nie mamy do czynienia.

Zdaniem Odwołujących niepodjęcie przez Zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany stosownie do art. 26 i art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, pozwala wręcz na stwierdzenie, że Zamawiający swoim działaniem doprowadził do narażenia jednostek samorządu terytorialnego na szkody majątkowe, w postaci utraconych korzyści z powodu niedojścia do skutku zamówienia i potencjalnego przepadku” środków pochodzących z UE.

W tym kontekście, obowiązek niejako podjęcia prób panowania” wadliwych decyzji Zamawiającego przed KIO przejęli na siebie Wykonawcy, mając na względzie, że głównym poszkodowanym braku wyboru oferty Wykonawców będzie nie kto inny, jak tylko wspólnota samorządowa, a jak już wcześniej wspomniano wcześniej, Wykonawcom „leży na sercu” równie silnie dobro lokalnej społeczności północnych gmin woj. lubelskiego (które nie należą do najzamożniejszych w kraju) czego dowodzi złożenie niniejszego odwołania, które było związane również z dodatkowymi kosztami do poniesienia przez Wykonawców (m.in. w postaci kosztów doradztwa prawnego oraz koniecznością uiszczenia wpisu od odwołania).

Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosi jak powyżej.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

#### **Izba ustaliła**

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest .: Dostawa e-usług wraz ze sprzętem do gmin partnerskich Euroregionu Bug w ramach projektu „Wzrost efektywności i dostępności e-usług gmin partnerskich na terenie Euroregionu Bug” nr referencyjny: IP.271.8.2019.AL

Zamawiający po przeprowadzeniu oceny ofert w dniu 28 maja 2019 roku postanowił unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia w oparciu o art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy w związku z odrzuceniem wszystkich ofert złożonych w postępowaniu to jest dwóch ofert wykonawców w tym odwołującego.

Na tę czynność zamawiającego, odwołujący złożył odwołanie, w którym zarzucił:

1. błędne uznanie przez zamawiającego okoliczności nie dołączenia do oferty dwóch kart informacyjnych, jako nie podlegających uzupełnieniu w wyniku wezwania zamawiającego lub też samodzielnego uzupełnienia braków kart informacyjnych przez samego zamawiającego,
2. odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na opisane powyżej braki, pomimo że oferta ta była najkorzystniejszą ze złożonych ofert;
3. unieważnienie postępowania na skutek uznania przez zamawiającego, że nie doszło do złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu w tym oferty odwołującego.

W związku z powyżej zaistniałymi okolicznościami odwołujący zarzucił następujące naruszenie przepisów ustawy:

1. art. 26 ust. 1, 3 i 4 przez zaniechanie wezwania odwołującego, do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów (kart informacyjnych), których brak stał się dla zamawiającego przyczyną odrzucenia oferty odwołującego. Tymi kartami informacyjnymi, których odwołujący nie załączył do oferty były:

1. wyniku testu [żywołności baterii urządzenia przenośnego] MobileMark® 2014 (MobileMark 2014 Battery Life) w formatach FDR i PDF programu MobileMark® 2014 lub karty katalogowej produktu;
2. karty katalogowej routera będącego częścią modernizowanej sieci LAN.

Z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił również naruszenie przepisu ustawy:

2. art. 87 ust. 2 pkt 3) przez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w sytuacji, gdy stwierdzone przez zamawiającego braki nie powodowały żadnych istotnych zmian w treści oferty i jako powszechnie dostępne, mogły zostać uzyskane przez zamawiającego bez konieczności angażowania dodatkowych środków;

Ponadto odwołujący podniósł naruszenie przywołanych w decyzji zamawiającego z dnia 28.05.2019 r. o unieważnieniu postępowania przepisów ustawy to jest:

3. art. 89 ust. 1 pkt 2) przez odrzucenie oferty odwołujących pomimo, że jej treść w przypadku zastosowania przez zamawiającego treści art. 26 ust. 1, 3 lub 4 Pzp lub art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, odpowiadałaby treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

4. art. 93 ust. 1 pkt 1) przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na skutek błędnego uznania, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) podstawowym celem projektu objętego postępowaniem jest zwiększenie poziomu dostępu do usług publicznych poprzez wykorzystanie technologii informatycznych, w celu uruchomienia e-usług administracji i zwiększenia poziomu dojrzałości e-usług dotychczas funkcjonujących. Podczas realizacji ww. celu mają zostać uwzględnione potrzeby osób niepełnosprawnych. Realizacja celu ma nastąpić przez działania związane z zakupem nowoczesnego sprzętu teleinformatycznego, wdrożeniem nowych systemów informacyjnych oraz realizacją usług podnoszących ucyfrowienie urzędów. Realizacja przedmiotu zamówienia obejmuje w szczególności:

1. dostawę, instalację, konfigurację i uruchomienie sprzętu komputerowego, serwerowego, biurowego, elementów sieci komputerowych, podpisów elektronicznych, zabezpieczeń serwerowni, oprogramowania antywirusowego niezbędnego do realizacji e-usług,
2. uruchomienie/rozbudowę systemu elektronicznego zarządzania dokumentacją,
3. modernizację aplikacji mobilnej,
4. rozbudowę funkcjonalności portalu internetowego - dostosowanie do wymagań osób niepełnosprawnych,
5. uruchomienie Portalu Interesanta i e-usług na platformie Portalu Interesanta oraz modułu e-należności,
6. rozbudowę infrastruktury telekomunikacyjnej - poprzez zakup dedykowanych aparatów telefonicznych,
7. dostawę, wdrożenie i uruchomienie e-usługi udostępniającej miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego i umożliwiającej generowanie wypisów,
9. przeprowadzenie audytu, wdrożenie polityki bezpieczeństwa oraz przeprowadzenie szkoleń dla pracowników.

Jak ustalono w toku postępowania odwoławczego zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na braku w ofercie dwóch dokumentów:

1. wyniku testów (w formatach FDR - Full Disclosure Report i PDF programu MobileMark® 2014) lub karty katalogowej produktu, potwierdzającej czas pracy baterii urządzenia przenośnego.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że wynik testu, jest ogólnodostępny na stronie producenta urządzenia i mógł zostać pobrany ze strony internetowej producenta w sytuacji gdy zamawiający przedstawił modele i symbole produktów, umożliwiające ich jednoznaczną identyfikację.

2. karty katalogowej routera, dostarczanego w ramach modernizacji sieci LAN

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że podobnie, jak w przypadku wyników testu baterii, karta katalogowa routera jest ogólnodostępna na stronie internetowej jego producenta.

Odwołujący wskazał na naruszenie przepisu art. 26 ust. 1, 3 i 4 ustawy.

W myśl art. 26 ust. 1 ustawy, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy a takim jest to zamówienie, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Żądania odwołania oparto przede wszystkim na treści art.26 ust.3 ustawy zgodnie z którym Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Kończąc w tej części zarzuty odwołania wskazano na naruszenie art.26 ust.3 ustawy w związku z treścią art.25 ust.1 ustawy.

Należy nadmienić, że zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

— zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Mając na uwadze treść art. 25 ust. 1 pkt. 2) Pzp, odnoszącego się do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku braku takich dokumentów, prawidłowe

działanie zamawiającego powinno polegać na wezwaniu do uzupełnienia oferty i przesłania dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy/usługi wymagań określonych przez zamawiającego.

Odwołujący również podkreślił, że analizowane dokumenty, na których brak wskazał zamawiający mają w przedmiotowym postępowaniu charakter dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy i nie stanowią merytorycznego elementu oferty. W konsekwencji dokumenty te mogły być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, tj. na wezwanie zamawiającego. Takiego wezwania wbrew spoczywającemu na nim obowiązki, zamawiający jednak zaniechał.

W ocenie odwołującego, w analizowanej sprawie brak dołączenia do oferty dwóch kart informacyjnych (dotyczących wyniku testu baterii laptopa oraz karty katalogowej routera), w sytuacji przedstawienia pełnej specyfikacji technicznej i opisu tych produktów, nie może być w żadnym stopniu postrzegane jako niezgodność / nieodpowiadanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W efekcie poczynionych błędów na wcześniejszym etapie postępowania, Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołujących. Konsekwencją powyższego było unieważnienie Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na uznanie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt) 1 Pzp.

### **Izba zważyła**

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania Izba ustaliła, iż stan faktyczny sprawy przedstawiony w odwołaniu znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania w związku z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia a w szczególności opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ, jak również w złożonej ofercie przez odwołującego.

Sam odwołujący przyznał w złożonym odwołaniu, że zgodnie ze szczegółowym opisem zamówienia nie dołączył do oferty to jest specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu wymaganych dokumentów wymienionych w odwołaniu to jest testu wytrzymałości baterii, jak również karty katalogowej routera.

Okolicznościom tym nie zaprzeczył na rozprawie zamawiający. Z tym że w jego ocenie brak tych dokumentów w ofercie kwalifikuje ofertę odwołującego do jej odrzucenia. Reasumując jest to błąd oferty nieusuwalny.



Decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia zaistniałego sporu mają postanowienia opisu przedmiotu zamówienia w myśl, których:

1. Nazwa zadania dostawa komputera przenośnego - 13 sztuk minimalne wymagania zawarte są w pkt od 1 do 16 opisują parametry techniczne sprzętu. Przy czym w pkt 16 określono wymóg baterii minimum 3 h. i określono „należy dostarczyć wyniki w formatach (...) lub kartę katalogową produktu potwierdzającą czas pracy na zasilaniu bateryjnym i dołączyć do oferty.
2. Z kolei w opisie przedmiotu zamówienia „minimalne parametry dostarczonego routera opisano parametry techniczne w pkt od 1 do 12 a w pkt 13 zapisano ”karta katalogowa – Dostarczenie wraz z ofertą karty katalogowej routera”.

W obydwu spornych przypadkach to jest testu/karty katalogowej baterii oraz karty katalogowej routera są to dokumenty, których dołączenia do oferty oprócz specyfikacji technicznej sprzętu wymagał zamawiający.

Rozstrzygnięcia wymaga kwestia czy karty katalogowe/testy potwierdzające spełnienie wymagań technicznych opisanych w SIWZ są elementem treści oferowanego przedmiotu zamówienia czy potwierdzeniem, że oferowany przedmiot spełnia wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu treść oferowanego przedmiotu zamówienia zawiera się w opisie technicznym oferty wskazującym na parametry techniczne oferowanego sprzętu. Natomiast sporne testy, karty katalogowe w przedmiotowej sprawie mają potwierdzać spełnienie wymagań zamawiającego przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia (zał. Nr 1 do siwz).

Tym samym Izba uznaje za trafną argumentację odwołującego co do obowiązku zamawiającego wezwania w trybie art.26 ust.3 w związku z art.25 ust.1 pkt 2 ustawy do uzupełnienia brakujących dokumentów to jest testu wytrzymałości/ karty katalogowej baterii i karty katalogowej routera. Brak wezwania do uzupełnienia dokumentów stanowi w konsekwencji o naruszeniu art.89 ust.1 pkt 2 i art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty odwołującego i unieważnieniem postępowania.

Izba nie podziela argumentacji odwołania co do, przywołanego z ostrożności procesowej naruszenia art.87 ust.2 pkt 3 ustawy, ponieważ testy i karty katalogowe w przedmiotowym postępowaniu nie stanowią treści oferty.

W związku z powyższym na podstawie art.192 ust.2 ustawy orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego.

Przewodniczący: .....