

Sygn. akt KIO 1416/18

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Technical Innovation Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bernardyńska 16A lok. 121, 02-904 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Polski Komitet Normalizacyjny, ul. Świętokrzyska 14, 00-050 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **AppNet sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Nowy Świat 3, 15-453 Białystok** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Technical Innovation Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bernardyńska 16A lok. 121, 02-904 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Technical Innovation Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bernardyńska 16A lok. 121, 02-904 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) 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 Polski Komitet Normalizacyjny, ul. Świętokrzyska 14 B 00-050 Warszawa, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa i wdrożenie systemu kopii zapasowych«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 20.06.2018 r. pod nrem 575699.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 13.07.2018 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy AppNet Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Nowy Świat 3/28, 15-453 Białystok;
- 2) odrzuconiu oferty wykonawcy Technical Innovation Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bernardyńska 16A lok. 121, 02-904 Warszawa, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (do oferty nie zostały załączone oświadczenia wymagane w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ).

Wykonawca Technical Innovation Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bernardyńska 16A lok. 121, 02-904 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 18.07.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, pomimo że przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że oferta odwołującego jest ważna i zgodna z treścią SIWZ;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji braku wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ;

- 4) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej, pomimo, że oferta wybranego wykonawcy nie jest najkorzystniejszą ofertą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu, a w konsekwencji wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów wskazanych w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ;
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Pismem z 13.07.2018 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że wykonawca nie dołączył dokumentów, o których mowa w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ, a więc oświadczeń producenta sprzętu (lub autoryzowanego przez niego podmiotu świadczącego serwis), że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy serwisującej producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego wskazał, że cyt.: „Wskazane powyżej dokumenty nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Oznacza to, że niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały określone w specyfikacji. Zgodnie z treścią oferty oferowane urządzenia są objęte gwarancją spełniającą jedynie wymagania określone w rozdz. 2 pkt 5 SIWZ i nie są objęte zabezpieczeniem wymaganym przez zamawiającego polegającym na zapewnieniu uprawnienia do żądania od producenta lub autoryzowanego przez niego podmiotu realizującego serwis polegającym na przejęciu zobowiązań wynikających z gwarancji w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy serwisującej, które to wymaganie zostało określone w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ. Podkreślić należy, że oświadczenia niemające charakteru informacyjnego tj. mające potwierdzić, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, ale stanowiące oświadczenie woli podmiotu trzeciego (tu producent lub autoryzowany przez niego podmiot realizujący serwis), które powodują istotną zmianę warunków realizowania przez zamawiającego uprawnień

wynikających z serwisu gwarancyjnego i nie mogą być przedmiotem uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp”.

Co istotne dla przedmiotowego postępowania i na co odwołujący zwraca uwagę, to fakt, że w tym samym uzasadnieniu zamawiający wskazał, że odstępuje od wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów wskazanych w rozdz. 2 pkt 1.6 i 1.7 SIWZ tj. deklaracji zgodności CE i certyfikatu potwierdzającego wdrożenie u producenta sprzętu Systemu Zarządzania Jakością zgodnie z normą PN-EN ISO 9001 (lub innego powszechnie uznawanego w Unii Europejskiej), ponieważ pomimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Odwołujący wskazuje, że oświadczenie producenta wskazane w rozdz. 2 pkt 1.4, 1.5 SIWZ zamawiający uznał za dokument „nieuzupełniany”, podczas gdy dokumenty wskazane w rozdz. 2 pkt 1.6 i 1.7 SIWZ, a więc bezpośrednio po spornych dokumentach zostały zaklasyfikowane jako dokumenty uzupełnialne.

Wobec powyższego odwołujący nie zgadza się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego.

Na błąd w decyzji zamawiającego wskazuje chociażby systematyka dokumentu – SIWZ. Sporne dokumenty zostały wskazane w rozdz. 2 SIWZ określonej jako „Opis przedmiotu zamówienia”, co mogło sugerować wykonawcom, że dokumenty te będą żądane podczas realizacji zamówienia, czy też żądane tylko od podmiotu, który złoży ofertę najwyższej ocenioną. Ponadto w tym samym rozdz. 2 pkt 1.6 i 1.7 SIWZ zamawiający zakwalifikował kolejne już dokumenty, jako „uzupełnialne”.

Zupełnie zatem niezrozumiała jest decyzja zamawiającego, dlaczego jedne dokumenty wskazane w tym samym rozdziale specyfikacji są traktowane jako uzupełnialne, a inne jako dokumenty, których nie można uzupełnić.

Analizując dalej systematykę specyfikacji odwołujący wskazał, że dokument ten nie został wskazany także w rozdz. 4 pkt 9 SIWZ – „Opis sposobu przygotowania oferty”, nie wymieniono go wprost, jako dokument będący częścią oferty, co mogłoby sugerować wykonawcom, że dokument ten należy zakwalifikować jako dokument będący treścią oferty, który nie może być uzupełniony. Dokument ten został dopiero wskazany w treści formularza oferty wraz z innymi dokumentami, ale między innymi z dokumentami „uzupełnialnymi”, takimi jak chociażby oświadczenia wykonawców o spełnieniu warunków, niepodleganiu wykluczeniu, czy też pełnomocnictwo, a także co istotne z dokumentami rozdz. 2 pkt 1.6 i 1.7 SIWZ, które zamawiający uznał także za dokumenty niestanowiące treści oferty. Dodając kolejny argument dotyczący systematyki specyfikacji, odwołujący wskazał, że sporny dokument nie został także wprost wskazany w treści rozdz. 4 pkt 10 SIWZ noszącego tytuł – „Zawartość oferty”, co mogłoby sugerować, że jest to dokument stanowiący treść oferty.

Analizując postępowanie odwołujący zwrócił uwagę, że postanowienia SIWZ są tak niejasne i niespójne w zakresie przedmiotowego dokumentu, że aż 3 wykonawców zostało odrzuconych przez zamawiającego z tego samego powodu, to jest z powodu niedołączenia do oferty dokumentów z rozd. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ. Takie zachowanie wykonawców nie jest przypadkowe, trudno uznać, żeby, aż tylu wykonawców nie dołożyło należytej staranności przy składaniu ofert. Przecież celem wykonawcy jest złożenie ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty.

Nie bez znaczenia jest także fakt, że termin składania ofert był bardzo krótki, zatem wykonawcy nie mieli zbyt wiele czasu, by uzyskać wymagane przez zamawiającego dokumenty.

Zatem działanie wszystkich wykonawców, którzy zostali odrzuceni z powodu niedołączenia dokumentów wymaganych w rozd. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ należy uznać za uzasadnione.

Biorąc bowiem pod uwagę systematykę specyfikacji, a także krótki termin składania ofert oraz rodzaj dokumentu („obcy”) wykonawcy mogli działać w świadomości, że dokument ten jest uzupełnialny.

Co istotne i wymagające podkreślenia zdaniem odwołującego, to właśnie „owa obcość” dokumentu i krótki termin składania ofert. Dokumenty wymagane przez zamawiającego w rozd. 2 pkt 1.4, 1.5 SIWZ to dokumenty, które nie są dokumentami własnymi wykonawcy, jak oświadczenie czy KRS, a zatem dokumentami, które wykonawca jest w stanie bez trudu uzyskać. Dokumenty sporne w postępowaniu są bowiem dokumentami będącymi oświadczeniem producenta sprzętu, oświadczeniem autoryzowanego podmiotu realizującego serwis, o które wykonawca musi się zwrócić i nie wiadomo w jakim czasie oświadczenia takie wykonawca może uzyskać. W kontekście bardzo krótkiego czasu na składanie ofert, a tym samym na uzyskanie takich dokumentów ma to bardzo istotne znaczenie.

Działanie zamawiającego w postępowaniu przeczy zupełnie wprowadzonej nowelizacji, a już szczególnie procedurze odwróconej zastosowanej przez zamawiającego. Celem bowiem nowelizacji miało być odciążenie wykonawców, w szczególności MŚP (a takim podmiotem jest odwołujący) w zakresie wskazanych dokumentów. Wykonawcy ci bowiem wskazywali na uciążliwość w gromadzeniu dokumentów potrzebnych do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd ustawodawca znowelizował ustawę, odpowiadając na takie zapotrzebowanie wykonawców, między innymi wprowadzając procedurę odwróconą oraz eliminując tym samym obowiązek złożenia dokumentów wraz z ofertą. Obowiązek taki został bowiem przeniesiony tylko na wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną.

W opinii odwołującego wszystkie wyżej wskazane argumenty potwierdzają niezasadność działań zamawiającego, jednak na uwagę zasługuje, że przede wszystkim zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przepis ten bowiem stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wobec brzmienia przepisu należy wskazać, że zamawiający w swoim uzasadnieniu nie potrafił nawet wskazać na czym owa merytoryczna niezgodność oferty z treścią SIWZ miałyby polegać. Zamawiający nie był w stanie nawet wskazać prostego porównania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia na zasadzie informacji „Państwa oferta wskazuje, że oferowany przedmiot ma takie parametry, a zamawiający żądał takich parametrów. Zamawiający wskazał tylko w swoim uzasadnieniu, że cyt.: „Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia”, natomiast zamawiający nie potrafił wskazać owej niezgodności co do zakresu, ilości, jakości czy też warunków realizacji, na które zamawiający się powoływał. Uzasadnienie o odrzuceniu oferty odwołującego wskazuje tylko na charakter dokumentów i ich „nieuzupełnialność” w opinii zamawiającego oraz na objęcie gwarancją, ale nie zabezpieczeniem wymaganym przez zamawiającego.

Już sama treść tego uzasadnienia sugeruje, że dokument ten nie jest treścią oferty, ma to być bowiem dokument zapewniający uprawnienie do przejęcia zobowiązań, a nie dokument, który wskazuje na treść oferty. W tym miejscu należy wskazać, że odmienna byłaby sytuacja, gdyby wykonawca w ogóle nie zaoferował gwarancji, wtedy można by wskazywać, że przedmiot zamówienia jest niezgodny z treścią SIWZ. Natomiast w załączniku nr 9 w pkt 3.6 SIWZ, który jest wymaganiem zamawiającego i brzmi cyt.: „Oprogramowanie musi posiadać licencję wieczystą umożliwiającą korzystanie z zainstalowanej wersji oprogramowania po zakończeniu wykupionego okresu wsparcia producenta oraz w pkt 3.7 SIWZ, który brzmi cyt.: „Oprogramowanie musi mieć 3 letnie wsparcie techniczne producenta, z możliwością przedłużenia” odwołujący wyraźnie oświadczył, że oferuje wsparcie po zakończeniu wykupionego okresu wsparcia producenta oraz że deklaruje możliwość przedłużenia wsparcia producenta. Gdyby brak było takiego oświadczenia albo gdyby to oświadczenie zawierało w swej treści sformułowanie, że wykonawca nie deklaruje wypełnienia zobowiązań z pkt 3.6 i 3.7 SIWZ załącznika nr 9 to dopiero można by wskazywać na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Biorąc zatem pod uwagę wskazane powyżej argumenty odwołujący wskazał, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z treścią specyfikacji, podczas, gdy oferta odwołującego jest

zgodną z treścią specyfikacji. Zamawiający powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia spornych dokumentów na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż sporne dokumenty są dokumentami, które odwołujący może uzupełnić.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 18.07.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19.07.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

23.07.2018 r. poniedziałek wykonawca AppNet Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy i odpowiedzi na odwołanie – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. Art. 179 ust. 1 Pzp brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale [dział VI Pzp – przyp. Izby] 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 [Pzp – przyp. Izby]«.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Strony nie zgłosiły podczas rozprawy żadnych wniosków dowodowych.

Na posiedzenie ani na rozprawę nie stawił się żaden przedstawiciel przystępującego mimo właściwego zawiadomienia o terminie posiedzenia i rozprawy.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że oferta odwołującego jest ważna i zgodna z treścią SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający w rozd. 2 Opis przedmiotu zamówienia ust. 1 Wymagania ogólne pkt 1.4 i 1.5 SIWZ żądał od wykonawcy dostarczenia i załączenia do oferty oświadczeń producenta sprzętu lub autoryzowanego serwisanta, że oferowany przedmiot zamówienia będzie objęty gwarancją z opcją, że cyt. »w przypadku niewywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy serwisującej [producent lub autoryzowany serwisant – przyp. Izby] przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem«, a w przypadku awarii dysków twardej części te pozostają u zamawiającego.

Odwołujący nie załączył do oferty tych oświadczeń i w związku z tym oferta odwołującego została odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Zamawiający ponadto w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził, że przedmiotowe oświadczenia nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »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«. W związku z koniecznością odrzucenia oferty odwołującego zamawiający poinformował, że nie będzie stosować procedury uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do uzupełnienia brakujących dokumentów, a wymaganych na podstawie rozd. 2 pkt 1.6 i 1.7 SIWZ.

Odwołujący od tej decyzji zamawiającego złożył odwołanie argumentując, że:

- 1) sam zamawiający bezpodstawnie uznał, że tak samo wymagane dokumenty w rozd. 2 pkt 1.4 i 1.5 oraz rozdz. 2 pkt 1.6 i 1.7 SIWZ, jako nieuzupełnialne i uzupełnialne, a powinien wszystkie wymagane w SIWZ dokumenty uznać za uzupełnialne i próbować uzupełnić te dokumenty;
- 2) zamawiający nie wymienił przedmiotowych oświadczeń w rozd. 4 pkt 9 SIWZ – [Opis sposobu przygotowania oferty], jako dokumentów będących częścią oferty, a więc powinny być uzupełnialne;
- 3) zamawiający nie wymienił przedmiotowych oświadczeń w rozd. 4 pkt 10 SIWZ [Zawartość oferty], co mogłoby sugerować, że zamawiający uznaje przedmiotowe oświadczenia za treść oferty;
- 4) aż 3 wykonawców zostało odrzuconych przez zamawiającego z tego samego powodu, to jest z powodu niedołączenia do oferty dokumentów z rozd. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ;
- 5) termin składania ofert był bardzo krótki, zatem wykonawcy nie mieli zbyt wiele czasu, by uzyskać wymagane przez zamawiającego dokumenty, które nie były oświadczeniami własnymi wykonawcy, ale dokumentami niejako »obcymi«;
- 6) uzyskanie takich dokumentów jest trudniejsze dla małych i średnich przedsiębiorstw [MŚP], co nie jest zgodne z duchem nowelizacji ustawy Pzp, czyli odciążenie wykonawców ze zbędnego formalizmu;
- 7) zamawiający nie miał prawa odrzucać oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i zamawiający nie wykazał na czym polega niezgodność konkretnej oferty z treścią SIWZ;
- 8) odwołujący dołączając do oferty zał. nr 9 spełnił wymaganie zamawiającego zawarte w rozd. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ.

Odnosnie zarzutu drugiego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że oferta odwołującego jest ważna i zgodna z treścią SIWZ oraz zarzutu trzeciego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji braku wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozd. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ Izba stwierdza, że zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

Ad 1-3. Zamawiający ma prawo żądać od wykonawców do przeprowadzania postępowania tylko niezbędnych oświadczeń i dokumentów, zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, który brzmi »W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania«. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający może również żądać innych dokumentów niż dokumentów do przeprowadzenia postępowania, a mia-

nowicie dokumentów na wykazanie spełnienia przez oferowany przedmiot wymagań zamawiającego. W rozpoznawanym przypadku zamawiający wykazał, że szczególnie mu zależało na pewności obsługi gwarancyjnej i zachowaniu twardych dysków u zamawiającego mimo wystąpienia usterek w tych dyskach, co zamawiający zapisał w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ.

Izba podkreśla, że w procedurze zamówień publicznych nie został ustanowiony jakikolwiek schemat czy obowiązkowa systematyka specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dlatego specyfikację należy czytać całościowo, a nie fragmentarycznie czy tylko określonymi częściami abstrahując od pozostałej treści specyfikacji. Dlatego obok siebie zamawiający może w specyfikacji umieszczać różnorakie postanowienia. Może to nawet wydać się wykonawcom, że zamawiający sporządził specyfikację bez zachowania najwyższej staranności, ale Izba nie może się dopatrzeć, że specyfikacja zamawiającego narusza jakiegokolwiek przepisy.

Ponadto Izba musi stwierdzić, że natykając się na brak w ofercie oświadczeń, o których mowa w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ, zamawiający był obowiązany zastosować się do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucić taką ofertę wykonawcy. Jednocześnie zamawiający natykając się na braki w ofercie przytoczonych oświadczeń nie był uprawniony do przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż problemowe oświadczenia nie są oświadczeniami ani dokumentami, o których mowa w art. 25a ust. 1 ani art. 25 ust. 1 Pzp, a są dokumentami (oświadczeniami) dotyczącymi scharakteryzowania przedmiotu zamówienia. Również nie ma wpływu na konieczność odrzucenia oferty fakt braku opisanie takich sankcji w specyfikacji za brak dołączenia do oferty odpowiednich dokumentów czy oświadczeń, gdyż obowiązek odrzucenia oferty wynika z przepisów, a zwłaszcza z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawcy nie mieli także prawa sądzić, że przedmiotowe oświadczenia będą wymagane na etapie wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż zamawiający ustanowił w rozdz. 2 pkt 1.4 SIWZ, że cyt. »do oferty należy dostarczyć«, a w rozdz. 2 pkt 1.5 SIWZ cyt. »do oferty należy załączyć«. Skoro »do oferty należy dostarczyć« czy »załączyć« – to tylko w terminie składania ofert, bo procedura w zasadzie nie przewiduje innego terminu. W rozpoznawanym przypadku odwołujący nie dopełnił tego obowiązku i nie wniósł do zamawiającego wymaganych oświadczeń.

Również brak wymienienia przedmiotowych oświadczeń w rozdz. 4 pkt 9 SIWZ [Opis sposobu przygotowania oferty] nie może upoważniać wykonawców do pomijania tych oświadczeń w ofercie, gdyż wystarczy, że zamawiający jednokrotnie i jednoznacznie zażądał dołączenia do oferty przedmiotowych oświadczeń. Zamawiający wymagał dołączenia do oferty oświadczeń o gotowości przejęcia zobowiązań gwarancyjnych i o pozostawieniu twardych dysków u zamawiającego w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ.

Stwierdzenie Izby tyczy się także braku wymienienia kwestionowanych oświadczeń w rozdz. 4 pkt 10 SIWZ [Zawartość oferty]. Izba stwierdza, że zamawiający może w dowolnych miejscach specyfikacji zamieścić nawet najistotniejsze postanowienia, byle ich umiejscowienie nie wprowadzało wykonawców w błąd. Umiejscowienie wymagań załączenia do ofert spornych oświadczeń w rozdz. 2 [Opis przedmiotu zamówienia] ust. 1 [Wymagania ogólne] pkt 1.4 i 1.5 SIWZ zdaniem Izby nie powinno być przyjmowane, że zamawiający takich oświadczeń nie wymaga lub że zamawiający będzie wymagał tych oświadczeń w innym terminie niż termin składania ofert.

Ad 4. Nie może być argumentem dotyczącym treści postanowień specyfikacji liczba wykonawców, którzy inaczej zrozumieli postanowienia specyfikacji. Zamawiający w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ jasno określił jakich żąda dokumentów i oświadczeń oraz w jakim terminie. Dlatego konieczność odrzucenia oferty odwołującego i nawet innych wykonawców ze względu na poniechanie obowiązku załączenia do oferty żądanych oświadczeń nie może być podważana przez stwierdzenie, że podobny tok myślenia dał się zauważyć u większej liczby wykonawców.

Ad 5 i 6. Odwołujący wskazuje w odwołaniu na krótki termin składania ofert jednak termin ten nie był krótszy niż określony w odpowiednich przepisach i odwołujący nie zwrócił się o wyjaśnienie treści specyfikacji ani o przedłużenie terminu składania ofert, co mógł uczynić zgodnie z art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. W związku z tym na obecnym etapie postępowania wykonawca nie może kwestionować terminu składania ofert. Ponadto Izba stwierdza, że w dobie powszechności Internetu nie jest niemożliwe szybkie uzyskanie odpowiednich dokumentów czy oświadczeń nawet od partnerów mieszczących się na innych kontynentach.

Również Izba stwierdza, że zapewne im mniejszy podmiot gospodarczy tym może spotykać się z inną skalą trudności w funkcjonowaniu. Tym niemniej odwołujący nie wskazał, którym konkretnie przepisom uchybił zamawiający wprowadzając wymagania złożenia oświadczeń, o których mowa w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ.

Izba stwierdza także, że interpretowanie postanowień specyfikacji na korzyść wykonawców, a szczególnie wykonawców zaliczających się do grona MŚP, na co wskazuje odwołujący, może nastąpić tylko w przypadku niejasności specyfikacji, a przytaczane przez odwołujący postanowienia rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ są jednoznaczne i nie powinny nastęrczać kłopotów interpretacyjnych.

W związku z tym argument o zbyt krótkości terminu składania ofert oraz o działaniu zamawiającego wbrew znowelizowanym przepisom ustawy nie może być brany pod uwagę.

Ad 7. Zdaniem lżby zamawiający nie tylko miał prawo odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, napotykając się na brak w ofercie przedmiotowych oświadczeń, ale zamawiający miał obowiązek odrzucić tę ofertę. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Ponadto zamawiający informując o odrzuceniu oferty odwołującego odpowiednio powołał się na podstawę prawną oraz wskazał na brak załączenia do oferty oświadczeń wymaganych w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ. Ponadto zamawiający wytłumaczył dlaczego nie mógł wdrożyć procedury uzupełnienia oferty przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp. Dlatego argumentacja braku wykazania niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie może się ostać.

Ad 8. lżba stwierdza, że zamawiający w rozdz. 2 pkt 1.4 i 1.5 SIWZ wymagał konkretnych oświadczeń od sprecyzowanego podmiotu, którym nie jest wykonawca składający ofertę, a producent lub autoryzowany serwisant. Natomiast załącznik nr 9 do oferty był złożony przez wykonawcę składającego ofertę i w imieniu wykonawcy składającego ofertę (odwołującego). Dlatego nie można stwierdzić, że odwołujący spełnił wymagania złożenia oświadczenie przez osoby trzecie składając swoje oświadczenie i w swoim imieniu.

Wobec tego lżba stwierdza, że zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zarzutu trzeci naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp nie mogą być uwzględnione.

W ocenie lżby, zarzut czwarty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp – przez wybór oferty najkorzystniejszej, pomimo, że wybrana oferta nie jest najkorzystniejszą oraz zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, pomimo że przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów – nie zasługują na uwzględnienie, gdyż zamawiający dokonał prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a oferta odwołującego, która zdaniem odwołującego miałaby być wybrana jako najkorzystniejsza podlegała odrzuceniu, a więc nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«, a art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości».

Izba stwierdza, że stan faktyczny w rozpoznawanym postępowaniu jest znacząco inny niż w przytaczanych przez strony wyrokach sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, dlatego nie mogły te wyroki być wzięte pod uwagę przez Izbę.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

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

Przewodniczący: