

Sygn. akt: KIO 1716/11

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Gildia Sp. z o.o. ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Technologii Materiałów Elektronicznych, ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Gildia Sp. z o.o. ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Gildia Sp. z o.o. ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gildia Sp. z o.o. ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** na rzecz **Instytutu Technologii Materiałów Elektronicznych, ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Instytut Technologii Materiałów Elektronicznych ul. Wólczańska 133, 01-919 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę elektronolitografu (systemu do generacji wzorów wiązką elektronów) wraz z wyposażeniem dla Instytutu Technologii Materiałów Elektronicznych w Warszawie”.

Pismem z dnia 28 lipca 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy, tj. ze względu na nie złożenie żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty.

Od takiej decyzji zamawiającego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Gildia Sp. z o.o. ul. Dworska 15 b 20 -135 Lublin, zwany dalej „odwołującym”.

W złożonym odwołaniu zarzucił zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty złożonej przez odwołującego, w sytuacji, gdy zaniechanie złożenia takich wyjaśnień doprowadziło do niewłaściwej oceny oferty;
2. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ pomimo, iż Zamawiający nie mógł jednoznacznie stwierdzić, że oferta jest niezgodna ze specyfikacją;
3. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, iż wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, ze względu na błędną ocenę niezgodności oferty z SIWZ;
4. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez unieważnienie postępowania ze względu na brak ofert nie podlegających odrzuceniu, mimo, iż Odwołujący złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu.

Wobec powyższych zarzutów wniósł o:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. Przywrócenie odwołującego do udziału w postępowaniu oraz ewentualne wezwanie do uzupełnienia dokumentów;
3. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
4. Dokonanie ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów skazał, że zamawiający w odniesieniu do oferty odwołującego stwierdził, iż jest ona niezgodna ze specyfikacją w zakresie:

- 1) Parametru odchylenia wiązki - zamawiający wymagał wartości min. 1 x l mm, a

odwołujący wskazał w ofercie wartości 0,1x0,1 mm (Tab. Nr 1 pkt 8.1) Zał. nr 1 do siwz);

- 2) Parametru maksymalnego przekroju wiązki - Zamawiający wymagał wartości min. 2x2 um², natomiast Odwołujący określił tę wartość na 1x1 um².

Ponadto zamawiający wskazał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu gdyż jego ocenie zakres doświadczenia nie pokrywa się z opisem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nadto zamawiający zakwestionował również zobowiązanie JC Nabyty Litography do udostępnienia zasobów odwołującemu.

Uzasadniając wskazał, że w zakresie zarzutów merytorycznych jego oferta rzeczywiście była wewnętrznie sprzeczna, w zakresie dwóch w/w parametrów. Porównanie wartości wpisanych w tabelę minimalnych wymagań zamawiającego, oraz parametrów ponad standardowych, podlegających punktacji, prowadzi do wniosku, że oferta spełnia minimalne wymagania a jednocześnie dla wartości punktowanych nie spełnia wymagań minimalnych zamawiającego. To jednak nie oznacza automatycznej niezgodności oferty z SIWZ. Zamawiający jest uprawniony na podstawie art. 14 ustawy w związku z art. 65 oraz 66 KC do interpretacji oferty, jako oświadczenia woli wykonawcy. Zamawiający może także, na zasadzie art, 87 ust. 1 ustawy, żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Przywołał wyrok KIO 321/10) z którego wynika, że „*zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki. Istotą bowiem całego prawa zamówień publicznych jest zapewnienie uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania tychże zamówień*”.

Przyznał, że w analizowanej sytuacji, oferta odwołującego była niewątpliwie niejasna. Zamawiający dysponował dwoma załącznikami do oferty, których treść wzajemnie sobie przeczyła. Wartości odnoszące się do tych samych parametrów spełniały wymagania podstawowe siwz z jednej strony, z drugiej zaś wartości podlegające ocenie (dodatkowe) świadczyły o tym, że oferta może nie odpowiadać siwz.

Skoro wskazane w ofercie parametry spełniały wymagania podstawowe (minimalne), to zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią siwz i w razie powzięcia w tym zakresie jakichkolwiek wątpliwości, mógł, a nawet powinien wyjaśnić te rozbieżności.

Stwierdził, że skoro zamawiający nie przeprowadził w sposób prawidłowy badania oferty, w zakresie wątpliwości dotyczących parametrów odchylenia wiązki oraz maksymalnego przekroju wiązki, to odrzucenie oferty należy uznać za dokonane z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Wskazując na nieuzasadnione odrzucenie oferty wykonawcy stwierdził również, że zaniechanie wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy było nieuzasadnione. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu zamawiający jest zwolniony z

obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, bądź też zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Natomiast jak wynika z wyżej opisanej argumentacji, odrzucenie oferty było bezpodstawne i tym samym nieuzasadnione było zaniechanie do wezwania uzupełnienia dokumentów ze względu na przesłankę odrzucenia oferty, co spowodowało również skutek w postaci unieważnienia postępowania. Wobec tego, że nie wszystkie oferty podlegały odrzuceniu, to unieważnienie przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy postępowania, ze względu na brak ofert nie podlegających odrzuceniu, było nieuzasadnione. Tym samym zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Wobec powyższego wskazał, że zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień do treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, co w następstwie spowodowało nieuzasadnione odrzucenie oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Przystąpienie do udziału w postępowaniu po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Vistec Electron Beam GmbH, Goschwitzer Str 25, D-07745 Jena, popierając stanowisko zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Wskazał, iż posiada interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść zamawiającego, ponieważ osiąga korzyść w przypadku utrzymania w mocy decyzji zamawiającego o odrzuceniu także oferty odwołującego, a w konsekwencji unieważnieniu postępowania gdyż w jego wyniku nie dojdzie do udzielenia zamówienia konkurencyjnej firmie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i podniósł, że niezasadny jest zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W toku badania i oceny ofert zamawiający ustalił, iż treść oferty odwołującego, a zatem jego zobowiązanie w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom określonym w treści siwz w zakresie parametrów 8.1 (zakres odchylenia wiązki) oraz 5.2 (maksymalny przekrój wiązki) załącznika nr 1 do SIWZ, Tabeli nr 1, co powoduje, że oferta nie podlega ocenie w kryterium „parametry ponad standardowe”.

W pkt II siwz zamawiający wskazał, iż system do elektronolitografii musi spełniać wymagania określone w załączniku nr 1 do siwz tj. „Szczegółowej charakterystyce przedmiotu zamówienia”. W treści tego załącznika (zapis poniżej tabeli nr 2) Zamawiający wyraźnie określił sposób wypełnienia składających się na jego treść tabeli nr 1 (parametry określające minimalne wymagania Zamawiającego wobec przedmiotu zamówienia) oraz tabeli nr 2 (wybrane parametry techniczne o wartości równej lub lepszej niż wymagane według Tabeli 1, podlegające ocenie punktowej). Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż: „w przypadku jeżeli wykonawca nie poda wartości oferowanego parametru lub poda wartość gorszą od

wymaganej przez zamawiającego w Tabeli 1, to spowoduje to, odrzucenie oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia." Taki sposób oceny ofert m.in. wskazywał jednoznacznie jak zamawiający oceni sytuację w której wykonawca w treści tabeli nr 2 nie poda żadnej wartości lub też poda wartość gorszą od minimalnych i parametrów określonych w tabeli nr 1. Ze sposobu tego wynikało zatem, że ocena czy oferta spełnia wymagania minimalne podlegające ocenie punktowej w podstawowym kryterium (waga 60%) „parametry ponad standardowe” odbywać się będzie na podstawie Tabeli nr 2, a zatem, że wypełnienie wyłącznie rubryki „TAK” w Tabeli nr 1 nie będzie stanowiło wystarczającej podstawy do przyjęcia, że wykonawca oferuje minimalne parametry.

Przyjmując powyższe zamawiający wskazał, że zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp powinno znaleźć zastosowanie w każdym przypadku, gdy zamawiający ma jakieś wątpliwości, co do treści oferty. Z taką jednak sytuacją w przypadku oferty odwołującego zamawiający nie było do czynienia, z treści oferty wcale nie wynikało, że zamiarem odwołującego było złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego. Ponadto podniósł, że z treści odwołania wynika, że odwołujący nie podnosi, że jego oferta zawiera jakąkolwiek omyłkę o której mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Nie podniósł bowiem zarzutu, że zamawiający zaniechał skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto poprawienie oferty odwołującego prowadziłoby do ingerencji (zmiany) w zakresie istotnych postanowień oferty, które podlegały ocenie w kryterium oceny ofert „parametry ponadstandardowe” o wadze 60%.

Ponadto dodał, że zamawiający stosownie do wymagań określonych w treści załącznika nr 1 do siwz oraz §1 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) wymagał zdefiniowania przez wykonawców w ofercie, przedmiotu oferowanego urządzenia, poprzez wskazanie jego marki, typu oraz modelu. Badając ofertę odwołującego w tym w zakresie jej zgodności z wymaganymi siwz ustalił ponad wszelką wątpliwość, iż określone przez odwołującego urządzenie jako: marka GILDIA, typ JB. model 320 nie istnieje na rynku.

Stwierdził, że zamawiający w sposób bezsprzeczny ustalił sprzeczność oferty z treścią siwz, a tym samym zamawiający nie ma żadnych podstaw do uznania, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia z tego powodu oferty odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy

Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienie odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Odnosząc się do zgłoszonego przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego Izba stwierdziła, że zgłaszający przystąpienie w sposób niedostateczny wykazał posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. Oprócz uzasadnienia posiadania interesu, wskazanego w zgłoszeniu przystąpienia, w odpowiedzi na opozycję odwołującego wskazał, że jego interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego widzi na płaszczyźnie ekonomicznej, tzn. w sytuacji, kiedy zostanie unieważnione postępowanie, zostanie na pewno ogłoszony drugi przetarg i będzie miał możliwość ubiegać się o uzyskanie zamówienia. Ponadto stwierdził, iż uważa, że w sytuacji kiedy jego oferta została odrzucona to również oferta odwołującego, winna zostać odrzucona.

Izba postanowiła opozycję odwołującego uwzględnić, gdyż niezależnie od faktu iż interes w przystąpieniu, może odnosić się tylko do interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpił to jednak niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że interes ten musi wynikać z danego postępowania. Nie można wywodzić swojego interesu z ewentualnego ponownego ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia w przyszłości. Nadto należy wskazać, że celem postępowania o zamówienie publiczne jest wybór w danym postępowaniu wykonawcy, który wykona dla zamawiającego przedmiot zamówienia. Natomiast wskazanie interesu, w odrzuceniu każdej oferty złożonej w postępowaniu, po to, aby postępowanie zostało unieważnione, należy zadaniem Izby, uznać za sprzeczne z celem postępowania o zamówienie publiczne.

Izba ustalił następujący stan faktyczny będący przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Izbę.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie, dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii, potwierdzonej za zgodność z oryginałem i przedłożonej w oryginale w toku rozprawy do wglądu.

Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa elektronolitografu (systemu do generacji wzorów wiązką elektronów) wraz z wyposażeniem dla Instytutu Technologii Materiałów Elektronicznych w Warszawie".

Pismem z dnia 28 lipca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, ze względu na nie złożenie żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. W odniesieniu do oferty odwołującego zamawiający wskazał, że stosownie do treści tabeli nr 1 pkt 8.1) Zamawiający wymagał, aby zakres odchylenia wiązki wynosił co najmniej 1x1 mm², Tymczasem w treści swojej oferty, w pkt 1

tabeli nr 2 firma Gildia określiła oferowany przez siebie parametr jako 0,1x0,1 mm, w kolejnym punkcie tabeli nr 1 tj. 5.2) zamawiający wymagał, aby maksymalny przekrój wiązki w płaszczyźnie naświetlanego podłoża wynosił co najmniej 2x2 μm^2 . Tymczasem, w treści swojej oferty, w pkt 2 tabeli nr 2 firma Gildia określiła oferowany przez siebie parametr jako 1 μm x 1 μm co nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w siwz. Wobec powyższego stosownie do treści art. 89 ust.1 pkt 2 pzp zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę odwołującego. Nadto zamawiający wskazał, że odwołujący nie załączył do oferty dokumentów niezbędnych do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także podniósł, że załączone do oferty Gildia dokumenty nie stanowią dowodu dysponowania zasobami podmiotu trzeciego – firmy JC Nabity Lithography Systems w zakresie realizacji zamówienia, gdyż do oferty załączony został dokument określony przez JC Nabity Lithography Systems jako „list intencyjny”. Jednakże w związku z odrzuceniem oferty z powodu jej niezgodności z treścią siwz, nie wzywał do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, gdyż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 PZP, nie wzywa się do uzupełnienia dokumentów, jeżeli oferta i tak podlega odrzuceniu.

Tak więc, osiã sporu w przedmiotowym postępowaniu jest odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z treścią siwz. Ujawnione na tym etapie oceny oferty błędy w załączonych dokumentach w przypadku uwzględnienia odwołania będą podlegały ocenie dopiero po ich uzupełnieniu na wezwanie zamawiającego. Tym samym merytorycznemu rozpoznaniu podlegają zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust.1; art. 89 ust.1 pkt.2 i art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

W zakresie ustalonego stanu faktycznego należy również zwrócić uwagę na fakt, że odwołujący przesłał do Izby w dniu 11 sierpnia 2011 roku, odwołanie z dnia 10 sierpnia 2010 roku. Natomiast wraz z kopią dokumentacji postępowania, została przesłana do Izby, również kopia odwołania z dnia 12 sierpnia, w którym to odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie z dnia 10 sierpnia 2011 roku. Oryginał tego odwołania nie został przesłany do Izby. Odwołujący na rozprawie najpierw oświadczył, że uważa odwołanie z dnia 10 sierpnia za nieistniejące i rozpoznaniu winno podlegać tylko odwołanie z dnia 12 sierpnia. Jednakże po chwili odwołujący cofnął to oświadczenie.

Wobec powyższego zamawiający złożył wniosek o umorzenie postępowania z powodu jego cofnięcia, stwierdzając, że zgodnie z art. 61 §1 kc „*oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią*”. Uzasadniając swoje stanowisko wskazał, że dla ważności cofnięcia odwołania nie jest wymagane zachowanie formy pisemnej, tym samym przesłanie go w kopii nie czyni go bezskutecznym. Ponadto podniósł, że odwołanie z 12 sierpnia zawierające cofnięcie odwołania z 10 sierpnia br. zawiera prawidłowe wskazanie adresata i nie zostało

odwołane przez odwołującego, tym samym winno wywierać co do cofnięcia, skutek prawny w postaci umorzenia postępowania odwoławczego.

W tej sytuacji odwołujący podniósł iż jego celem, nie było cofnięcie odwołania w całości lecz tylko cofnięcie go w celu zastąpienia go odwołaniem z dnia 12 sierpnia, w którym to zostały podtrzymane w całości zarzuty zawarte w odwołaniu z dnia 10 sierpnia i ponadto został dodany nowy zarzut.

Odnosząc się do wniosku zamawiającego, zdaniem Izby prezentowane przez niego stanowisko jest zasadne o tyle, że faktycznie do cofnięcia odwołania nie jest wymagane zachowanie formy pisemnej oraz doręczenia do Izby oryginału takiego oświadczenia. Wystarczające jest aby pismo od odwołującego w tej sprawie, było podpisane przez osobę uprawnioną oraz aby nie budziło wątpliwości co do rzeczywistego zamiaru piszącego to oświadczenie. W przedmiotowej sprawie za nieuwzględnieniem stanowiska zamawiającego przemawiała argumentacja odwołującego, iż jego zamiarem nie było cofnięcie odwołania jako całości, ale cofnięcie go w celu poszerzenia zgłoszonych zarzutów, przy jednoczesnym utrzymaniu wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu z dnia 10 sierpnia 2011 roku.

Wobec powyższego Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku zamawiającego, o umorzenie postępowania.

Rozpatrując merytorycznie w/w zarzuty Izba wskazuje, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest specyficznym aktem prawnym ustalonym w oparciu o przepisy ustawy pzp przez zamawiającego, na potrzebę konkretnego postępowania o zamówienie, określającym jego potrzeby w zakresie przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, a także określająca kryteria oceny ofert.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, / np. wyrok KIO 24/10/ treść siwz to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast treść oferty, to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w siwz potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści siwz.

Niezgodność treści oferty z treścią siwz zachodzi wtedy gdy dotyczy ona merytorycznej treści oferty dotyczącej przedmiotu zamówienia ,a nie poprawności formalnej samej oferty.

W przypadku zrodzenia się u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, a dotyczących rozbieżności z wymogami siwz, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty, co wynika z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze pzp.

Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom.

Izba w tym składzie podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie Izby i piśmiennictwie, że generalne oświadczenie wykonawcy- o zaakceptowaniu postanowień siwz i deklaracji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem wskazanym w postanowieniach siwz, nie zastępuje potrzeby dokonania szczegółowych opisów dotyczących przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji itp. Podobną rolę w tym postępowaniu pełni również tabela nr 1 załącznika nr 1 do oferty. Tym samym prawidłowe wypełnienie tabeli nr 1 załącznika nr 1 do siwz w żaden sposób nie przesądza o oferowaniu wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z postanowieniami siwz.

Odnosząc się do zarzutu nie wezwania odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości co do treści zapisów oferty, Izba stwierdza, że z przepisu art. 87 ust.1 pzp nie wynika, aby zamawiający w każdej sytuacji wskazującej na wątpliwości co do zgodności oferty z siwz był bezwzględnie zobowiązany, do występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień. Ustawodawca takiego wymogu nie zawarł, nie określił również katalogu spraw o których wyjaśnienie zamawiający winien zwracać się do wykonawcy. Tym samym to zamawiającemu pozostawiono swobodę w ustaleniu, kiedy zachodzą uzasadnione wątpliwości co do treści złożonej oferty, w stopniu uzasadniającym skorzystanie z dyspozycji art. 87 ust.1 ustawy pzp.

Niezgodność treści oferty z treścią siwz zachodzi wtedy, gdy dotyczy ona merytorycznej treści oferty dotyczącej przedmiotu zamówienia ,a nie poprawności formalnej samej oferty. Zamawiający odnosząc się do stwierdzonych niezgodności dwóch parametrów przedmiotu zamówienia, zawartych w ofercie wskazał, że sam odwołujący stwierdził w odwołaniu, iż „*oferta odwołującego rzeczywiście była wewnętrznie sprzeczna, w zakresie dwóch parametrów*” i „*dla wartości punktowanych nie spełniała wymagań minimalnych zamawiającego*”. Odwołujący odnosząc się do tych stwierdzeń wskazał, że w zakresie parametru pierwszego z tabeli nr 2 taki wpis był wynikiem omyłki pisarskiej, natomiast parametr wpisany w pkt 2 był on wynikiem nieprecyzyjnego sformułowanie tego wymagania

przez zamawiającego, ponieważ zamawiający nie wskazał precyzyjnie, co jest lepszym, a co jest gorszym parametrem.

Przenosząc powyższe rozważania i ustalenia na grunt zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt.2 w związku z nie zastosowaniem trybu wyjaśniania z art. 87 ust.1 ustawy pzp, należy wskazać, że czym innym jest wyjaśnianie przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego treści oferty, w sytuacji spowodowanej przerwaniem logicznego ciągu arytmetycznego czy opisowego składanej oferty, a czym innym byłoby wyjaśnianie błędu w opisie konkretnego parametru, polegającego na potrzebie jego zmiany na inny parametr.

Tym samym należy wskazać że czym innym jest możliwość przedstawienia wyjaśnień poszczególnych elementów oferty, które wzbudziły podejrzenie instytucji zamawiającej, a czym innym byłoby wyjaśnienie zmierzające do zastąpienia jednego z podstawowych parametrów przedmiotu urządzenia, innym, nie mającym żadnego potwierdzenia w innych elementach oferty, że odwołujący właśnie taki parametr miał zamiar wskazać.

Dlatego też wpisanie w tabeli nr 1 załącznika nr 1 zwrotu „TAK” nie jest wystarczającym dowodem na to, że oferta odwołującego spełnia wymagane dla przedmiotu zamówienia parametry w minimalnym zakresie.

Wykonawca nie jest w myśl przepisów ustawy pzp uprawniony, aby ustalać za zamawiającego jakie parametry przedmiotu zamówienia mają mieć charakter istotny i wystarczający dla uznania, iż przedmiot zamówienia wskazany w ofercie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w postanowieniach siwz. Treść oferty stanowi jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania na rzecz zamawiającego oznaczonego świadczenia i ma ono merytorycznie odpowiadać opisanym w siwz potrzebom zamawiającego.

Odnosząc się do rzekomo niejasnego sformułowania wymogu z poz. nr 2 tabeli nr 2 należy stwierdzić, że nawet gdyby w rzeczywistości miało to miejsce, to odwołujący winien był zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści postanowień siwz na właściwym etapie postępowania, a nie dopiero teraz podnosić ten zarzut.

Wskazać należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym wymagającym od jego uczestników profesjonalizmu. Profesjonalizm wykonawcy polega na dokładaniu należytej staranności na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jego wyrazem jest m.in adekwatna reakcja na kolejno ujawniające się okoliczności, które mogą stać na przeszkodzie uzyskaniu zamówienia przez wykonawcę.

Tym samym odrzucenie oferty odwołującego Izba uznała, za prawidłowe z powodu jej sprzeczności z merytorycznym wymogiem siwz, a nie jakimś brakiem, czy błędem formalnym złożonej oferty.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez bezprawne unieważnienie postępowania. Izba stwierdza, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższego ustalenia, że oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, oraz fakt podniesiony przez zgłaszającego przystąpienie, że nie kwestionuje on prawidłowości odrzucenia swojej oferty, to w sytuacji kiedy w postępowaniu złożono jedynie te dwie oferty, to zamawiający prawidłowo dokonał czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. W postępowaniu, bowiem nie było żadnych ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo, iż wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, ze względu na błędną ocenę niezgodności oferty z siwz, Izba stwierdza, że w sytuacji nie potwierdzenia się zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z odpowiednimi postanowieniami siwz, zarzut ten nie może być uwzględniony.

Odnosząc się do przywołania przez odwołującego przy każdym zarzucie dodatkowego zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy pzp. należy wskazać, że nierówne traktowanie wykonawców przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie przez zamawiającego tych samych faktów, czy wyciąganie różnych następstw z takich samych okoliczności, czego w przedmiotowej sprawie Izba nie stwierdziła

Tym samym Izba stwierdza, że nie potwierdziły się zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp wymienionych w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Tylko „istotność wpływu” naruszenia przepisów ustawy pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia, daje Izbie możliwość uwzględnienia odwołania.

Kwestię istotności wpływu naruszeń prawa na postępowanie o zamówienie Izba ocenia w każdym przypadku indywidualnie, odnosząc ją do wpływu danego naruszenia, na wynik postępowania, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący

