

**WYROK**  
**z dnia 21 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Varian Deutschland GmbH, Alsfelder Strasse 2, 64-289 Darmstadt, Niemcy** od czynności Zamawiającego **Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk, ul. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań.**

przy udziale **Bruker Polska Sp. z o.o., ul. Budziszewska 69, 60-179 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Varian Deutschland GmbH, Alsfelder Strasse 2, 64-289 Darmstadt, Niemcy**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Varian Deutschland GmbH, Alsfelder Strasse 2, 64-289 Darmstadt, Niemcy,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4006 zł 40 gr** (słownie: cztery tysiące sześć złotych 40 groszy) przez **Varian Deutschland GmbH, Alsfelder Strasse 2, 64-289**

**Darmstadt, Niemcy** na rzecz **Instytutu Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk, ul. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie wyroku z dnia 21.09.2010 r. sygn. akt KIO 1916/10

W dniu **6 września 2010 roku** Odwołujący Varian Deutschland GmbH w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę spektrometru NMR 700 MHz przez Instytut Chemii Bioorganicznej PAN wniósł odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), - „ustawą PZP” od rozstrzygnięcia Zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2010 roku polegającego na zaniechaniu wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP i odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty konkurencyjnej złożonej przez Bruker Polska Sp. z o.o.

Powyższemu rozstrzygnięciu Odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego i zaniechanie wezwania go do dostarczenia brakujących dokumentów;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez niezgodne z prawem zaniechanie odrzucenia oferty konkurencyjnej Bruker Polska Sp. z o.o. (dalej „Bruker”);
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZP tj. nierówne traktowanie uczestników przetargu poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o wyjaśnienia otrzymane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, które stanowiły rozszerzenie zakresu oferty, a także poprzez podjęcie kroków mających na celu wyjaśnienie zawartości oferty lub uzupełnienie dokumentów dołączonych do oferty w odniesieniu jedynie do jednego wykonawcy.

Wobec powyższego na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy PZP oraz art. 192 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP Odwołujący żądał uwzględnienia niniejszego odwołania oraz nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w przetargu i odrzucenia oferty Bruker, a także wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy ZP oraz wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając interes we wniesieniu środka ochrony prawnej Odwołujący wskazywał, że w przetargu uczestniczą jedynie dwaj wykonawcy, tj. Odwołujący oraz Bruker. Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego. Jednocześnie oferta konkurencyjna została wybrana jako najkorzystniejsza. Wybór ten został dokonany pomimo faktu, że oferta Bruker winna była zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Gdyby, zatem decyzja Zamawiającego została podjęta zgodnie z żądaniami niniejszego odwołania, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana. Oznacza to, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy PZP.

Uzasadniając zarzut zaniechania wezwania i bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący wskazywał, że Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego nie odpowiada specyfikacji i w konsekwencji ją odrzucił. Uzasadnieniem dla powyższego był

fakt, że zaproponowane przez Odwołującego stacje robocze nie spełniały minimalnych wymagań określonych w specyfikacji.

Z treści rozstrzygnięcia wynika, że Zamawiający uznał w większości przypadków, że stosowny wymóg został pominięty w specyfikacji technicznej. W dwóch natomiast przypadkach wskazał on na rozbieżność opisanych danych technicznych ze specyfikacją.

Odwołujący oświadczył w odwołaniu, że zaoferowany przez niego sprzęt spełnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji, co stanowi jedynie potwierdzenie stosownego oświadczenia złożonego w ramach oferty (pkt 4 formularza ofertowego). Odwołujący wskazywał, że zgodnie z pkt 2.2. SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do dostarczenia szeregu dokumentów związanych z przetargiem. Z ppkt 3 tego punktu wynika, że:

*„W celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda dołączenia do oferty:*

*- szczegółowego opisu urządzeń, który musi zawierać opis parametrów technicznych, eksploatacyjnych, użytkowych (w języku polskim lub angielskim) proponowanego przedmiotu zamówienia. Opis ten i ewentualne załączone do niego dokumenty muszą potwierdzać, że zaoferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia minimalne wymagania, które określone zostały przez Zamawiającego w Specyfikacji Technicznej zawartej w części IV SIWZ.*

*- fotografii lub prospektów producenta (w języku polskim lub angielskim) potwierdzających charakterystykę techniczną zaoferowanych urządzeń, opis urządzeń wraz ze specyfikacją techniczną zaproponowanych urządzeń składających się na przedmiot zamówienia.*

*Dołączone dokumenty muszą potwierdzać, że zaoferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia minimalne wymagania, które określone zostały przez Zamawiającego w części TV niniejszej SIWZ - Specyfikacji technicznej."*

Wskazane przez Zamawiającego braki dotyczą specyfikacji technicznej zawartej w ofercie Odwołującego (s. 52-122). Ta część dokumentacji ofertowej stanowi, co do zasady, jak wskazano w SIWZ, dokumenty, których celem jest wykazanie, że dostarczany sprzęt odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP Zamawiający wzywa do uzupełnienia wadliwych lub brakujących dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego. Żądanie takiego uzupełnienia jest, jak wiadomo, obowiązkiem Zamawiającego. W tym miejscu Odwołujący wskazuje na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 531/08). W ocenie Odwołującego obowiązek ten ma zastosowanie do wspomnianego dokumentu w zakresie danych, kwestionowanych przez Zamawiającego nie budzi najmniejszej wątpliwości. Wynika to stąd, że zastrzeżenia Zamawiającego będące podstawą jego rozstrzygnięcia odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego dotyczą

dokumentacji konkretnego i sprecyzowanego przedmiotu oferty. Z orzecznictwa KIO wynika jedynie, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy PZP nie może mieć zastosowania do uzupełniania oferty. Ma on natomiast zastosowanie do wszelkich dokumentów dołączanych do oferty, które mieszczą się w zakresie art. 25 ust. 1 ustawy PZP. Powyższe znajduje stosowne uzasadnienie w orzecznictwie KIO (KIO/UZP 381/10)

Nie ulega wątpliwości (choć jest to często kwestionowane w praktyce), że opisy techniczne zaoferowanego przedmiotu dostawy mogą być uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Warunkiem takiej możliwości jest - jak wspomniano powyżej - by charakter opisu mieścił się w zakresie art. 25 ust. 1 ustawy PZP. To, że warunek ten jest spełniony w przypadku Odwołującego jest dla niego oczywiste, gdyż domniemane braki oferty Odwołującego stanowiły podstawę do jej odrzucenia. Zamawiający uznał bowiem, że oferowany przedmiot dostawy nie spełniał jego minimalnych wymagań. Zdaniem Odwołującego istnieje możliwość uzupełnienia takiej dokumentacji (KIO/UZP 1057/09; KIO/UZP 1058/09).

Odwołujący zwracał uwagę, że wyrok ten został wydany w stanie prawnym obowiązującym przed zmianami prawnymi, które miały miejsce pod koniec ubiegłego roku. Odnosi się on do § 3 wspomnianego rozporządzenia, czyli do opisów których „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać... ” (fragment powołanego przepisu). Dotyczy on, zatem, w przypadku Odwołującego, opisów zawartych na str. 52-122 dokumentacji ofertowej Odwołującego.

Reasumując swoje wywody Odwołujący stwierdził, że Zamawiający przed podjęciem decyzji odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego mógł i powinien był zwrócić się o uzupełnienie dokumentów dołączonych do oferty. Dopiero po ich otrzymaniu mógł on podjąć stosowną decyzję, co do odrzucenia oferty, bądź też jej merytorycznego rozpatrzenia. Dokumenty, które Odwołujący dostarczyłby na skutek tego wezwania dotyczyłyby zaoferowanego sprzętu, zatem żadna modyfikacja oferty nie miałaby miejsca.

Uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty Bruker Odwołujący wskazywał, że Zamawiający wymagał, by wykonawcy zaoferowali m. in. „Oprogramowanie niezbędne do efektywnej obróbki widm 1D/2D/3D NMR oraz widm typu DOSY powinno posiadać licencję pozwalającą na nieograniczoną liczbę jednoczesnych użytkowników. Co najmniej 4 kolejne wersje oprogramowania powinny być dostarczane bezpłatnie.” (Rozdział IV pkt 3 SIWZ - s. 31). Oferta Bruker nie zawiera żadnego z tych elementów. W powyższej kwestii Zamawiający wystosował do Bruker zapytania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP. W odpowiedzi Bruker wskazał, że - co się tyczy bezpłatnego dostarczenia 4 kolejnych wersji oprogramowania - to złożył on stosowne oświadczenie. Oświadczenie to - zdaniem Bruker - oznacza, jednoznaczną wolę bezpłatnego dostarczenia powyższego oprogramowania.

Powyższy argument nie jest trafny. Wynika to z następujących okoliczności:

i. W swoim piśmie Bruker powołuje się na zapis na stronie 41 oferty, który brzmi następująco: „Our system fulfills all specification of the tender”. Powyższe zdanie winno być tłumaczone jako: „Nasz system spełnia specyfikację przetargu”. Pomijając niejasność tego sformułowania, to oświadczenie to nie może stanowić jednoznacznego stwierdzenia, co do bezpłatnego dostarczenia wersji oprogramowania. Pojęcie systemu nie jest tu, bowiem zdefiniowane. Należy przyjąć, że system, o którym mowa, to zestaw urządzeń i oprogramowania, który ma funkcjonować po jego zainstalowaniu w terminie wynikającym z SIWZ i umowy. Jest wątpliwe, by elementy dostarczane później były objęte tak rozumianą definicją systemu. Stwierdzić również należy, że wymóg bezpłatnego dostarczenia nowych wersji stanowi wymóg o charakterze ekonomicznym. W sposób oczywisty stwierdzenie o charakterze finansowym wykracza poza zakres art. 87 ust. 1 ustawy PZP zezwalający jedynie na wyjaśnianie znaczenia oferty. Oświadczenie w tym zakresie zawarte w odpowiedzi Bruker na zapytanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy ZP oznacza modyfikację oferty w jej aspekcie finansowym w stopniu znaczącym.

ii. Zgodnie z wykładnią art. 87 ust. 1 ustawy PZP wyjaśnienia, które są udzielane na jego podstawie mogą jedynie służyć eliminacji wątpliwości, co do konkretnego przedmiotu oferty. Nie mogą one natomiast służyć jako sposób jej rozszerzenia czy też zawężania. Powyższe wynika ze stosownego orzecznictwa KIO (KIO/UZP 1092/10, KIO/UZP 646/08, KIO/UZP 524/08).

Z innego orzeczenia jasno wynika, że art. 87 ust. 1 ustawy PZP nie może być wykorzystywany do uzupełniania braków w ofercie. Innymi słowy, jeśli coś się w ofercie znajduje i jest to niejasne, tak, że bez pomocy jej autora zamawiający nie może ustalić jednoznacznie treści oferty, to może wówczas zastosować art. 87 ust. 1 ustawy PZP. Nie może on na tej podstawie prawnej prosić o wyjaśnienie kwestii, których w ofercie nie ma. Byłoby to, bowiem wspomnianym powyżej uzupełnianiem, czy też rozszerzeniem oferty (KIO/UZP 1026/09).

Oferta Bruker nie zawierała, w jej oryginalnym brzmieniu, żadnej wzmianki odnośnie dostarczenia nowych wersji oprogramowania. Tak, więc gdyby zaakceptować wyjaśnienia Bruker i rozpatrywać merytorycznie jego ofertę, to oznaczałoby to, że na skutek odpowiedzi zakres przedmiotowy oferty został rozszerzony. Z powyższego wynika, że oferta Bruker w powyższym zakresie jest niezgodna ze specyfikacją - winna ona, zatem zostać odrzucona. Powyższe znajduje poparcie w stosownym orzecznictwie KIO (KIO/UZP 11/09).

Ustosunkowując się do kwestii pominięcia licencji na nieograniczoną liczbę użytkowników, Bruker podniósł, że specyfikacja nie zawiera wymogu zawarcia w ofercie odrębnego oświadczenia, co do udzielenia takiej licencji. W dalszej części swojej odpowiedzi Bruker oświadcza, że taka licencja zostanie udzielona. Oznacza to, że podobnie jak w przypadku nowych wersji oprogramowania Bruker udzielając odpowiedzi rozszerzył zakres swojej

oferty, co jak wskazano jest sprzeczne z art. 87 ust. 1 PZP. Podobnie również jak w przypadku nowych wersji oprogramowania rozszerzenie oferty w tym zakresie w aspekcie finansowym jest znaczne.

Jedynie z ostrożności Odwołujący wskazywał, że obie kwestie związane z ofertą Bruker omówione powyżej nie mogły być przedmiotem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Były one bowiem wyjaśniane przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP. Tryb ten nie został zakwestionowany przez Bruker. Oznacza to, że strony uznały, iż oba zagadnienia dotyczą oferty w rozumieniu kodeksu cywilnego, a nie jej dokumentacji. Jest to wniosek jak najbardziej prawidłowy, gdyż z zakresu przedmiotowego wspomnianej korespondencji wynika, że określają one, co jest przedmiotem oferty. Nie określają one natomiast, jaki ten przedmiot oferty jest. Z tego względu nie może do nich mieć zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do danego dokumentu nie powinno mieć charakteru mechanicznego. Wymaga to wstępnej oceny jego zawartości i ustalenia czy zawiera się ona w zakresie art. 25 ust. 1 ustawy PZP.

Uzasadniając zarzut nierównego traktowania wykonawców, Odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający winien w sposób równy traktować uczestników postępowania. Wskazywał, że w prowadzonym postępowaniu tak niestety nie jest. Po pierwsze sam fakt dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o wyjaśnienia otrzymane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, które stanowiły rozszerzenie zakresu oferty stanowi naruszenie równego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (powołany powyżej wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r. KIO/UZP 11/09). Nadto wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu złożono jedynie dwie oferty. W odniesieniu do obu Zamawiający miał wątpliwości. Pomijając oczywiste różnice dotyczące wad, czy też domniemanych wad obu ofert i ich dokumentacji w jednym przypadku Zamawiający podjął kroki w celu ich wyjaśnienia. W drugim z nich, tj. w odniesieniu do oferty Odwołującego żadne takie kroki nie zostały podjęte. Jak wspomniano na wstępie niniejszego pisma do podstawowych obowiązków Zamawiającego należy wnikliwe i bezstronne zbadanie ofert. Oznacza to, że identyczny standard badania winien dotyczyć wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu. Pominięcie wyjaśnienia wszelkich wątpliwości jednej z ofert stanowi w sposób oczywisty naruszenie tego obowiązku. Wobec powyższych okoliczności niniejsze odwołanie jest zasadne.

W dniu **9 września 2010 roku** wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszone przez Bruker Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy PZP. Przystępujący wniósł sprzeciw co do uwzględnienia każdego z zarzutów Odwołującego, stanowiący także sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w rozumieniu art. 186 ust. 4 ustawy w przypadku zaistnienia takiego faktu oraz z uwagi na fakt, iż w postępowaniu przetargowym

nie naruszono przepisów ustawy PZP, które (w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy PZP), miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania przetargowego, wnosił o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu Przystępujący wskazywał, że w pierwszej kolejności podkreślić należy, iż spektrometr Odwołującego ewidentnie nie spełnia wymogów opisanych w Specyfikacji Technicznej Przedmiotu Zamówienia (s. 30 i n. SIWZ). Przedstawiona przez Odwołującego na s. 3 odwołania tabela doskonale obrazuje, iż Odwołujący zaoferował sprzęt posiadający:

- 1) procesor dwurdzeniowy zamiast minimalnie czterordzeniowego;
- 2) pamięć RAM 2 GB zamiast minimalnie 4 GB;
- 3) dysk twardy 160 GB zamiast minimalnie 2 x 300 GB;
- 4) system operacyjny Linux zamiast Microsoft Windows;

Z tej jednoznacznej przyczyny oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na zasadzie określonej w art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy, ponieważ zaoferowany sprzęt jest niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warto dodać, że Odwołujący w odwołaniu nie zaprzeczył, iż jego sprzęt nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego parametrów.

W odniesieniu do podnoszonej w tej części przez Odwołującego argumentacji natury prawnej wskazywano, iż cytowane orzeczenia KIO nie znajdują zastosowania w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący opiera się na orzeczeniach z postępowań, w których doszło do uchybień w zakresie wymaganych przez zamawiających oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 i 26 ustawy PZP. Uchybienia Odwołującego były tymczasem innej natury - jego oferta nie była zgodna z treścią Specyfikacji. Oczywiście przy tym jest, że nawet przy zastosowaniu trybu uzupełnienia, Odwołujący nie byłby w stanie przedłożyć dokumentu, który wskazałby, iż wyżej wymienione rozbieżności pomiędzy treścią oferty a Specyfikacją nie istnieją, a jeżeliby to uczynił, to doszłoby do niedozwolonej zmiany treści oferty (w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy PZP).

Przystępujący podkreślił także, że przyjęcie wyżej wymienionej argumentacji jako zasadnej oraz konkluzja, iż oferta Odwołującego winna być odrzucona, prowadzi do wniosku, iż Odwołujący traci interes w składaniu odwołania na rzekomo niezgodne z prawem zaniechanie odrzucenia oferty Bruker. Podkreślić bowiem należy fakt, iż Odwołujący nie dysponuje spektrometrem, który jest przedmiotem zainteresowania Zamawiającego - sprzęt Odwołującego nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych. Nawet gdyby Zamawiający zmuszony został powtórzyć procedurę przetargową, to Odwołujący nie jest w stanie wygrać kolejnego przetargu, jego oferta będzie ponownie odrzucona z przyczyn technicznych. Odwołujący nie ma więc interesu w odrzucaniu oferty Bruker.



W dalszej kolejności Przystępujący wskazywał, że nie można uwzględnić tezy Odwołującego jakoby odpowiedzi na zapytania Zamawiającego stanowiły modyfikację, rozszerzenie lub zawężenie oferty Przystępującego. Odpowiedzi służyły wyjaśnieniu wątpliwości Zamawiającego. Warto wskazać, że Zamawiający kierował pytania co do kwestii, dla których nie żądał składania odrębnych oświadczeń stanowiących część oferty. Wyjaśniono więc zagadnienia, co do których nie było wymogu szczegółowego odnoszenia się w treści oferty, dla których zastosowanie znajduje tryb określony w art. 87 ust. 1 ustawy PZP.

Oferta Przystępującego zawsze uwzględnia przekazanie licencji na nieograniczoną liczbę użytkowników. Seryjne parametry produkcyjne oferowanego sprzętu są ustawione w ten sposób, że dostęp dowolnej liczby użytkowników jest zapewniony, a wprowadzenie ograniczeń wiązałoby się z koniecznością modyfikacji systemowych. Innym standardowym rozwiązaniem oferty Bruker od kilkunastu lat jest bezpłatne dostarczanie kolejnych wersji oprogramowania. Podobnie jak w przypadku zakupu innych programów (dla porównania: systemu operacyjnego Windows), jako sprzedawca oferuje on bezpłatny update kolejnych wersji programu. Spełnienie tych wymogów jest dla niego oczywiste i analogicznie do innych wymogów technicznych i operacyjnych wymienionych w Specyfikacji Technicznej. Nie składano w ofercie odrębnych oświadczeń w przedmiocie ich wypełnienia. Przyjęcie rozumienia odmiennego prowadziło do konieczności składania w ofercie dziesiątek oświadczeń o spełnieniu poszczególnych wymogów technicznych i operacyjnych — takiej konieczności ustawa PZP nie przewidywała. Przystępujący załączył oświadczenia zamawiających innych przetargów publicznych, którzy potwierdzają, że licencja na nieograniczoną liczbę użytkowników oraz bezpłatne kolejne wersje oprogramowania są jego standardem.

W ocenie Przystępującego, wobec oczywistej niezgodności oferty Odwołującego z treścią Specyfikacji, Zamawiający nie był zobowiązany kierować do Odwołującego także pism z żądaniem wyjaśnienia np. w zakresie karty dźwiękowej, gdyż ewentualne wyjaśnienie nie konwalidowałoby podstawowych niezgodności oferty Odwołującego.

Zarzut nierównego traktowania uczestników postępowania jest dlatego chybiony, ponieważ sytuacja każdego z oferentów była odmienna - oferta Brukera była zgodna ze Specyfikacją i wymagała jedynie wyjaśnień w drobnym zakresie, a oferta Odwołującego była niezgodna i żadne wyjaśnienia stanu tego nie zmieniłyby. Na marginesie Przystępujący dodaje, że art. 87 ust. 1 ustawy PZP uprawnia, a nie zobowiązuje Zamawiających do żądania wyjaśnień. Kierowane do spółki Przystępującego żądania wyjaśnień były uzasadnione i spowodowane koniecznością ostatecznego upewnienia się, że oferta Brukera spełnia wymogi SIWZ. W ocenie Przystępującego Zamawiający był już wtedy świadomy, iż oferta Odwołującego wymogów SIWZ nie spełnia, dlatego z podobnym żądaniem

w stosunku do Odwołującego nie wystąpił. Rzekome uchybienie w omawianym zakresie nie może być ocenione jako mające istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów nie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy oraz niewłaściwe odrzucenie jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

**Skład orzekający Izby ustalił, co następuje:**

Zamawiający, Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk prowadzi postępowanie na dostawę spektrometru NMR 700 MHz. Parametry sprzętu zostały określone przez Zamawiającego w Rozdziale noszącym nazwę Specyfikacja Techniczna będącej załącznikiem do SIWZ.

Zgodnie z punktem 6 SIWZ odnoszącym się do oświadczeń i dokumentów, jakie należy załączyć do oferty, Zamawiający wymagał, w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom przez niego określonym, załączenia do oferty:

- szczegółowego opisu urządzeń, który miał zawierać opis parametrów technicznych, eksploatacyjnych, użytkowych proponowanego przedmiotu zamówienia. Opis ten i ewentualnie załączone do niego dokumenty miały potwierdzać, że oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia minimalne wymogi, które określone zostały przez Zamawiającego w Specyfikacji Technicznej zawartej w części IV SIWZ;
- fotografii lub prospektów producenta potwierdzającej charakterystykę techniczną zaoferowanych urządzeń, opis urządzenia wraz ze specyfikacją techniczną zaproponowanych urządzeń składających się na przedmiot zamówienia.

**W związku z tak ustalonym we wstępie uzasadnienia stanem faktycznym, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:**

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania wezwania i bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podnosi, iż złożona przez niego oferta zawiera błędy, które mogą być uzupełnione w trybie zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego poprzez czynność odrzucenia oferty, art. 26 ust. 3 ustawy PZP, uznał, że zarzut ten nie potwierdził się. Skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, że wskazywane przez Odwołującego informacje stanowiące część oferty, nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP z przyczyn określonych poniżej.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy PZP, Zamawiający wzywa Wykonawców, którzy nie złożyli w określonym terminie wymaganych przez niego oświadczeń, dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo ich złożenia oferta takiego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu. Dokumenty wymienione w art. 25 ust. 1 ustawy PZP to dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bądź też dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego dokumenty, których żądał w niniejszym postępowaniu Zamawiający to właśnie dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego jako minimalne i co do zasady ich brak lub wadliwość podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Szczegółowy opis urządzeń zawierający opis parametrów technicznych to bez wątpienia dokument potwierdzający wymagane przez Zamawiającego parametry sprzętu. Jest to jednakże również dokument, który potwierdza i wskazuje w jaki sposób zostanie zrealizowany dany przedmiot zamówienia.

Dokumenty wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy, jak zauważono powyżej, podlegają uzupełnieniu w przypadku ich braku lub wadliwości. O takiej sytuacji nie może być mowy w niniejszym postępowaniu. Odwołujący złożył wraz z ofertą dokumenty wymagane przez Zamawiającego określające parametry oferowanego spektrometru wraz z oprogramowaniem. Nie może więc być w tym przypadku mowy o braku jakiegokolwiek dokumentu, czego z resztą Odwołujący nie kwestionuje. Jednakże, wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożone dokumenty, w ocenie składu orzekającego, nie zawierają również żadnych błędów, które mogłyby być na gruncie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy PZP naprawione. Przedłożone dokumenty wskazują po prostu na niespełnianie warunków odnoszących się do minimalnych wymagań sprzętowych wyspecyfikowanych przez Zamawiającego. Wada taka nie może zostać usunięta poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, ponieważ prowadziłaby de facto do zmiany treści złożonej oferty, co jest działaniem niedopuszczalnym. Nie może zostać zakwalifikowana jako brak dokumentacji do oferty wada polegająca na błędnym określeniu parametrów oferowanego sprzętu. Odwołujący nie udowodnił w składanych pismach ani też na rozprawie, że oferowany przez niego sprzęt spełnia wymogi Zamawiającego, a jedynie załączona została do oferty błędna dokumentacja tegoż sprzętu. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że w wyniku uzupełnienia oferowałoby ten sam sprzęt jak w ofercie z dnia 9 lipca 2010 roku, a jedynie uzupełniona zostałaby dokumentacja tego sprzętu. Wskazane w pismach Zamawiającego uzasadniających decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego parametry sprzętowe, w ocenie Izby, są na tyle istotne, że poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 Odwołujący zmieniłby oświadczenie woli złożone wraz z ofertą i w istocie zaproponował zupełnie „nowy”, spełniające minimalne wymagania sprzętowe spektrometr.

W konsekwencji należy stwierdzić, że treść złożonej przez Odwołującego oferty nie jest zgodna z treścią postanowień SIWZ, co oznacza, że czynność odrzucenia oferty nie naruszyła postanowień przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

#### Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Bruker nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z zapisami SIWZ, w Rozdziale IV – Specyfikacji Technicznej Przedmiotu Zamówienia, punkt 3, Zamawiający wymagał oprogramowania niezbędnego do efektywnej obróbki widm 1D/2D/3D NMR oraz widm typu DOSY wraz z licencjami pozwalającymi na nieograniczoną liczbę jednoczesnych użytkowników. Co najmniej 4 kolejne wersje oprogramowania powinny być dostarczone bezpłatnie.

Zamawiający dwukrotnie zwracał się do Wykonawcy Bruker Polska Sp. z o.o. o wyjaśnienie treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP w zakresie odnoszącym się do kwestii dostarczenia oprogramowania i 4 kolejnych wersji tegoż oprogramowania.

W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca potwierdził, iż dane odnoszące się do oprogramowania niezbędnego do efektywnej obróbki widm 1D/2D/3D NMR oraz widm typu DOSY znajdują się na stronach 32, 34 oraz 39 złożonej oferty, natomiast informacje o licencjach oraz kolejnych wersjach oprogramowania znajdują się na stronie 41 oferty.

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy PZP pozwala Zamawiającemu, w toku badania i oceny ofert, zwracać się do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyjaśnienie ich treści. Niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Po pierwsze należy zauważyć, że jest to uprawnienie przysługujące Zamawiającemu, który powziął wątpliwości co do treści złożonej oferty i bez udziału wykonawcy, który daną ofertę złożył, wątpliwości te nie mogą być wyjaśnione. Skład orzekający Izby zgadza się z tezami zawartymi w odwołaniu, iż przepis ten nie może być wykorzystywany do uzupełniania braków w ofercie lub zmiany jej treści. Jednakże sytuacja taka nie miała miejsca w prowadzonym postępowaniu.

Zgodzić się należy z twierdzeniami Przystępującego, że SIWZ nie zobowiązywała do złożenia jakiegokolwiek odrębnego oświadczenia w zakresie dotyczącym dostarczenia oprogramowania i jego kolejnych wersji. Złożone w toku prowadzonego postępowania wyjaśnienia potwierdziły jedynie, że wykonawca zaoferował, to czego wymagał Zamawiający. Są one wyczerpujące, nie zawierają treści sprzecznych ze złożoną ofertą, nie stanowią również zmiany (rozszerzenia lub zawężenia) jej treści, wskazują jedynie gdzie należy szukać informacji dotyczących danego zagadnienia. Wykonawca nie złożył również żadnych oświadczeń, które przeczyły jego wyjaśnieniom czy też treści już przedłożonej oferty. Składając wyjaśnienia Przystępujący potwierdził jedynie elementy, które już w ofercie się znajdują. Odwołujący natomiast nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość, iż oferta wybranego wykonawcy rzeczywiście nie zawiera kwestionowanych elementów i poprzez zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy PZP nastąpiło rozszerzenie czy też zmiana pierwotnej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie może być mowy o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający skorzystał z przysługujących mu zgodnie z ustawą PZP uprawnień co do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Uprawnienia tego w ocenie Izby nie nadużył. Oferta Odwołującego zawierała takie błędy, których na gruncie art. 87 ust. 1 nie można było wyjaśnić, nie podlegała również uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy

PZP ponieważ po pierwsze złożono wymagane dokumenty, a po drugie nie były one wadliwe, nie potwierdzały jedynie spełnienia minimalnych parametrów sprzętu określonych w Specyfikacji Technicznej, co nie uprawniało Zamawiającego do skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy PZP. W związku z tym nie doszło do naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców ponieważ zostali oni potraktowani adekwatnie do ich sytuacji w postępowaniu po złożeniu ofert.

Tym samym, decyzja Zamawiającego o nie odrzuceniu oferty wybranego Wykonawcy oraz odrzuceniu oferty Odwołującego nie naruszyła przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i była uzasadniona.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów wskazanych w petitum odwołania, tym samym odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1 wskazanej ustawy podlegało oddaleniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się i podjęte decyzje nie miały wpływu na wyniki postępowania .

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby w wysokości 26,40 zł za przejazd taksówką i 330,00 zł za bilety kolejowe oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 599,00 zł oraz 51,00 zł opłaty skarbowej za pełnomocnictwa z wyłączeniem zwrotu kwoty 330,00 zł stanowiącej równowartość kosztów powrotu z posiedzenia Izby ze względu na nieprzedłożenie rachunków.

**Przewodniczący:**

.....