

Sygn. akt: KIO 1176/14

WYROK

z dnia 18 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2014 r. przez **wykonawcę SuperMemo World spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Romana Maya 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnikę Rzeszowską z siedzibą w Rzeszowie, Al. Powstańców Warszawy 12**

z udziałem **wykonawcy Globalskills spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Saperów 57/1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1176/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę SuperMemo World spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Romana Maya 1 i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę SuperMemo World spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Romana Maya 1** tytułem wpisu od odwołania,

2.1 zasądza od **wykonawcy SuperMemo World spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Romana Maya 1** na rzecz **Politechniki Rzeszowskiej z siedzibą w Rzeszowie, Al. Powstańców Warszawy 12** kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 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 Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i wdrożenie w politechnice Rzeszowskiej kompleksowej platformy e-learningowej do nauczania języków obcych zostało wszczęte przez zamawiającego Politechnikę Rzeszowską z siedzibą w Rzeszowie, ul. Powstańców Warszawy 12 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 12 maja 2014r. za numerem 2014-101721.

W dniu 3 czerwca 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy SuperMemo World spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Romana Maya 1 (dalej odwołujący) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy), gdyż w ocenie zamawiającego odwołujący nie potwierdził spełnienia wymogu określonego w kolumnie opis pkt 2 formularza oferty, a wprowadzonego zmianą do siwz z dnia 16 maja 2014r. Ob. [] Platforma umożliwia naukę minimum 7 języków obcych on – line w tym obowiązkowo języka angielskiego, języka niemieckiego, języka francuskiego, języka hiszpańskiego, języka włoskiego, języka chińskiego.

W dniu 9 czerwca 2014r. (8 czerwca 2014r. niedziela – dzień ustawowo wolny od pracy) odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 czerwca 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 9 czerwca 2014r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, mimo że jej treść jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonej czynności przez unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu wykonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego,
- 2) obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy. W przedmiotowym

postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Cena oferty odwołującego to 246.000,00 zł brutto. Z kolei cena oferty wybranej przez zamawiającego to 272.463,20 zł brutto. W przypadku uwzględnienia odwołania - oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza i uzyskałaby on zamówienie.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zgodnie z szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do siwz oraz zgodnie z punktem 2 (kolumna nr 2) formularza oferty w wersji opublikowanej pierwotnie, zawarty został zapis: „Platforma umożliwia naukę minimum 7 języków obcych on-line.”

W dniu 16 maja 2014 roku zamawiający dokonał zmiany załącznika nr 2 do siwz oraz zmiany treści formularza oferty w pkt 2 (kolumna nr 2) tabeli. W jej wyniku otrzymały one następujące brzmienie: „Platforma umożliwia naukę minimum 7 języków obcych on-line w tym obowiązkowo: języka angielskiego, języka niemieckiego, języka francuskiego, języka Hiszpańskiego, języka włoskiego, języka chińskiego.

Odwołujący złożył ofertę na formularzu o pierwotnej treści, tzn. z oświadczeniem: „Platforma umożliwia naukę minimum 7 języków obcych on- line:

Odwołujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, posiadał wiedzę o dokonanych zmianach z dnia 16 maja 2014 roku i w pełni je zaakceptował. Ponadto, zgodnie treścią ust. 7 formularza oferty oświadczył, że oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Zdaniem odwołującego przez siwz należy rozumieć kompletną dokumentację przetargową, tj. siwz oraz towarzyszące jej załączniki, w tym między innymi szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik nr 2 do siwz.

Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2010 sygn. akt KIO\UZP 2191/10.

Pojęcie „treść oferty” w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy utożsamiane jest ze świadczeniem wykonawcy, zakresem jego zobowiązania względem zamawiającego w związku z zamiarem realizacji przyszłej umowy. Niezgodność treści oferty z treścią siwz oznacza niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w aspekcie merytorycznym związanym z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że żaden element złożonej przez odwołującego oferty nie jest sprzeczny (odmienny, niezgodny) z treścią siwz, w tym w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik do siwz. Jednocześnie sam fakt złożenia oferty w postępowaniu świadczy o wyrażeniu zgody na warunki określone w siwz, w tym także w opisie przedmiotu zamówienia. Żadne oświadczenie odwołującego zawarte w ofercie nie wskazuje na niezgodność jego oferty z wymaganiami zamawiającego i zapisami siwz.

Jedynie - ewentualne - uchybienie odwołującego (o charakterze czysto formalnym, a nie merytorycznym) polega na niewpisaniu do formularza oferty sformułowania: „w tym obowiązkowo: języka angielskiego, języka niemieckiego, języka francuskiego, języka hiszpańskiego, języka włoskiego, języka chińskiego.” Odwołujący oświadczył, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązał się do realizacji zamówienia zgodnie z wymogami siwz - a więc także w zakresie dotyczącym wymienionych języków. W ofercie nie zawarto żadnego oświadczenia, które uprawniałoby zamawiającego do przyjęcia odmiennego stanowiska.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W niniejszej sprawie, według odwołującego, brak było podstaw do zastosowania tego przepisu, ponieważ treść oferty odwołującego jest zgodna z treścią siwz. Brak powołanego wyżej sformułowania nie może świadczyć o rzekomej niezgodności. W związku z tym, zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył powołany wyżej przepis.

Wskazał jednocześnie, że informacje zawarte w kolumnie 2 tabeli w formularzu ofertowym są składane przez wykonawców na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymogów określonych przez zamawiającego - wykonawcy składający ofertę zobowiązani byli do zaznaczenia w nawiasach kwadratowych znaku „X” na potwierdzenie spełniania warunków określonych przez zamawiającego, dotyczących poszczególnych funkcjonalności. Nie zmienia powyższego stanu rzeczy okoliczność, że informacje te zawarte są w formularzu ofertowym. Przedmiotowy dokument ma w związku z tym charakter złożony - składają się na niego zarówno oświadczenia stanowiące treść oferty, jak i informacje na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymogów określonych w siwz. Te drugie - podlegają wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy oraz uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Jeżeli zatem zamawiający uznał, że odwołujący nie potwierdził spełniania przez oferowane dostawy określonych wymogów - powinien był zastosować te przepisy, a nie odrzucać ofertę odwołującego. Nie jest bowiem dopuszczalne odrzucenie oferty bez uprzedniego wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Powyższą interpretację tego, czym są informacje określone w kolumnie nr 2 formularza oferty potwierdził zresztą sam zamawiający, który w uzasadnieniu odrzucenia stwierdził: „Wykonawca nie potwierdził spełnienia wymogu określonego w kolumnie opis punkt 2 formularza oferty a wprowadzonego zmianą do siwz z dnia 16.05.2014r”.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli

wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego naruszył zatem także powyższe przepisy. Jednocześnie także, bezpodstawnie odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy, a także art. 7 ust. 3 ustawy, nakazujący udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy

W dniu 10 czerwca 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13 czerwca 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Globalskills spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Saperska 57/1. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż odrzucenie lub oddalenie odwołania umożliwi mu uzyskanie zamówienia, w myśl wyboru dokonanego w pełni prawidłowo i zgodnie z przepisami ustawy. Wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego, zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 czerwca 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 12 czerwca 2014r.

W uzasadnieniu przystąpienia przystępujący podniósł, że zarzuty odwołującego są niezasadne. Przytoczył treść uzasadnienia przez zamawiającego czynności odrzucenia odwołującego. Odwołał się do pierwotnego brzmienia załącznika nr 2 do siwz oraz pkt 2 kolumny 2 formularza oferty o treści „Platforma umożliwia naukę minimum 7 języków obcych

on-line" i wskazał, że w dniu 16 maja 2014r. zamawiający dokonał istotnej zmiany załącznika nr 2 do siwz oraz istotnej zmiany treści formularza oferty pkt 2 (kolumna 2), które otrzymały następujące brzmienie „Platforma umożliwi naukę minimum 7 języków obcych on-line”. Odwołując się do treści art. 12 a ust. 1 i 2 ustawy wywiódł, że fakt, iż zamawiający przedłużył termin składania ofert wskazuje, że dokonana w dniu 16 maja 2014r. zmiana jest zmianą istotną o charakterze merytorycznym. Przystępujący podkreślił, że odwołujący miał tego świadomość, bo na str. 3 odwołania dał temu wyraz, a mimo to nie złożył oferty czyniącej zadość istotnym postanowieniom siwz. Zdaniem przystępującego brak sformułowania dotyczącego możliwości zapewnienia możliwości nauki w trybie on-line wymienionych języków obcych świadczy o niezgodności z siwz, bo zmiana siwz miała charakter istotny i merytoryczny, ponadto, gdyby wystarczające było samo oświadczenie w formularzu, że oferowany przedmiot jest zgodny z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie oraz określonymi przez zamawiającego w siwz, to stawałoby to pod ogromnym znakiem zapytania sens ustanawiania jakichkolwiek wymogów w siwz i sankcjonowaną prawem konieczność ich skrupulatnej weryfikacji. Cytując treść art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przystępujący uznał, że niedopuszczalne byłoby uzupełnienie lub wyjaśnienie oferty, bo już na starcie powinna być ona poprawna i spełniać wymogi określone w siwz, a uzupełnienie czy poprawienie godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji wskutek dopuszczenia do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływanie na ich treść, co wypaczałoby całą istotę przedmiotowego przetargu. Uznał także, iż nie wolno uzupełniać dokumentów, które – zupełnie hipotetycznie – mogłyby się odnosić do spełnienia przedmiotowej istotnej zmiany siwz.

W dniu 17 czerwca 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według załączonego rachunku.

Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest "Dostawa i wdrożenie w Politechnice Rzeszowskiej kompleksowej platformy e-learningowej do nauczania języków" znak sprawy NA/P/68/2014. Załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest załącznik nr 2 "Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia" W pkt I ppkt. I) tego załącznika Zamawiający początkowo wskazał, iż wymaga aby Portal Studenta umożliwiał naukę przynajmniej 7 języków obcych w formie on-line. Informacja ta znalazła swoje odzwierciedlenie w treści formularza oferty w tabeli, kolumna 2: Wymagania ogólne dla platformy e-learningowej pkt.2 "Platforma umożliwi naukę minimum 7 języków obcych on-line".

W dniu 16 maja 2014r zamawiający zmodyfikował treść zawartą w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, wskazując, iż dodaje wymóg zgodnie z treścią którego "Platforma umożliwi naukę minimum 7 języków obcych on-line w tym obowiązkowo: języka angielskiego, języka niemieckiego, języka francuskiego, języka hiszpańskiego, języka włoskiego, języka chińskiego (pkt.IV zmian) oraz dokonał modyfikacji w formularzu oferty w kolumnie opis punkt. 2, który otrzymał brzmienie: "OB:[] Platforma umożliwi naukę minimum 7 języków obcych on-line w tym :języka angielskiego, języka niemieckiego/języka francuskiego, języka hiszpańskiego, języka włoskiego, języka chińskiego"

Wprowadzona przez zamawiającego zmiana miała istotne znaczenie z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem siwz, wykonawcy mogli zaproponować platformę do nauki języków obcych z dowolnymi językami, jedyny wymóg w tym zakresie dotyczył wymaganej liczby tj.7 języków obcych, W związku z takim opisem, który dawał de facto całkowitą dowolność wykonawcom co do języków, jakie mogli zaproponować, Zamawiający dokonał modyfikacji siwz jak wyżej, precyzując jakie w ramach platformy e-learningowej będą wymagane jako obowiązkowe, języki obce. Zamawiający uważa, że jednoznacznie, dokonując zmiany treści siwz w załączniku dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, dokonał zmiany również w formularzu oferty, tak by nie było żadnych wątpliwości jakich jako obowiązkowych języków obcych, wymaga zamawiający.

Odwołujący złożył ofertę w ramach w/w postępowania. W treści formularza oferty wskazał w tabeli, w kolumnie 2 pkt.2 jako element obowiązkowy, iż "Platforma umożliwi naukę minimum 7 języków obcych on-line". Tym samym w ocenie zamawiającego należało uznać, iż odwołujący zaproponował platformę z jakimikolwiek 7 językami obcymi, niekoniecznie zgodnymi z wymaganiami siwz w tym zakresie.

W związku z powyższym, w dniu 3.06.2014 zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy jako, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odpowiadając na zarzuty odwołania zamawiający stwierdził, iż oferta złożona przez odwołującego jest sprzeczna z siwz w zakresie dotyczącym oferowanego przedmiotu zamówienia, gdyż nie wskazuje żądanych przez zamawiającego jako obowiązkowych języków jakie winny być dostępne za pośrednictwem platformy e-learningowej.

Zamawiający wskazał, iż postawione wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w postaci konkretnych języków oraz konieczność jednoznacznego ich zaoferowania przez wykonawcę, nie można potraktować jako wymóg li tylko o charakterze formalnym. Uchybienia o charakterze formalnym dotyczące złożonych ofert to np. brak ponumerowanych stron, wymóg zaopatrzenia oferty w spis treści czy inne wymogi formalne które są pożądane ale nie obowiązkowe w tym sensie, iż nie dostosowanie się do nich nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89ust.1 pkt.2 pzp. Zmiana wprowadzona przez

zamawiającego polegająca na sprecyzowaniu jakich konkretnie języków żąda zamawiający, miała fundamentalne znaczenie dla określenia czy oferowana platforma jest zgodna z siwz czy nie i z całą stanowczością należy stwierdzić, iż miała ona charakter merytoryczny.

Z uwagi na fakt, iż złożona przez odwołującego oferta była sporządzona "odmiennie niż określają to postanowienia siwz, w szczególności gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada lub jest niezgodny z opisanym przez zamawiającego w siwz." (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1242/09, KIO/UZP 1243/09) zamawiający stwierdził, iż oferta odwołującego jest sprzeczna z siwz i jako taka podlega odrzuceniu. Wykonawcy ubiegający się o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązani są dostosować się do wymagań stawianych przez zamawiającego w siwz. To siwz wraz ze zmianami stanowi bowiem dla wykonawców instrukcję, w jakim zakresie i w jaki sposób należy złożyć ofertę, a zadaniem zamawiającego jest jej przygotowanie w taki sposób, by otrzymać w niej wymagane informacje. Skoro wykonawca nie stosuje się do wymagań o charakterze merytorycznym, należy uznać, iż taka oferta musi być uznana za sprzeczną z siwz. Co więcej, to właśnie treść złożonej oferty jest odzwierciedleniem znajomości przez wykonawcę wymagań zamawiającego (podobnie wyrok KIO z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 302/09).

Tym samym należy stwierdzić, iż nie dostosowanie się do. wymagań zamawiającego świadczy o tym, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co uzasadniało odrzucenie oferty odwołującego.

Równocześnie zamawiający wskazał, iż nie można uznać ofert składanych przez wykonawców za zgodnych: z siwz w sytuacji gdy z jednej strony na formularzu ofertowym, w którym znajdują się stosowne sformułowania, deklarują wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami siwz i równocześnie w części szczegółowej ofert, oferują wykonanie przedmiotu zamówienia, który nie jest zgodny w szczegółach z wymaganiami zamawiającego. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Konsekwencją przyjęcia odmiennego stanowiska, jak chciałby odwołujący, byłoby uznawanie przez zamawiającego za zgodne z siwz, tych ofert które zawierają w sobie wewnętrzną sprzeczność, co na etapie realizacji zamówienia mogłoby powodować istotne trudności w wyegzekwowaniu przez zamawiającego tego co zostało wskazane jako przedmiot zamówienia w siwz.

W niniejszej sprawie brak zadeklarowania przez odwołującego, iż dostarczy platformę e-learningową z 7 konkretnymi językami i pozostawienie pierwotnych zapisów formularza ofertowego, może według zamawiającego świadczyć, iż oferuje on platformę z 7 językami ale niekoniecznie takimi jakie wymagał zamawiający. W takiej sytuacji zamawiający musiał uznać ofertę za sprzeczną z siwz.

Co do zarzutu odwołującego, iż zamawiający powinien był w trybie art. 26 ust. 3 zwrócić się do odwołującego o uzupełnienie informacji zawartych w formularzu ofertowym poprzez wskazanie przez wykonawcę wymaganych, obowiązkowych języków, to należy stwierdzić iż jest to zarzut całkowicie nieuzasadniony. Oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym dotyczącym zaoferowania platformy o określonych parametrach, nie jest, zdaniem zamawiającego, dokumentem ani oświadczeniem o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt.2 ustawy, o których uzupełnienie lub wyjaśnienie zwraca się zamawiający na podstawie art. 26 ust.4 lub 26 ust.3 ustawy, Dokumenty lub oświadczenia . potwierdzające przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego są to dodatkowe dokumenty, które winny wykazywać, iż zaoferowany w tym wypadku przedmiot dostawy pokazuje zgodność oferowanego przedmiotu z tym co deklaruje wykonawca w treści złożonej oferty.

Te dokumenty i oświadczenia są wskazane przykładowo w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 poz.231) i należą do nich m.in. próbki, zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, opisy, fotografie itd. W niniejszym postępowaniu zamawiający stoi na stanowisku, że nie żądał żadnych dokumentów ani oświadczeń w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Oświadczenie zawarte w formularzu jest oświadczeniem woli wykonawcy, iż wykonana przedmiot umowy zgodnie ze wskazanymi parametrami, co nie jest tożsame z dokumentami i oświadczeniami o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4.06.2013r sygn. akt KIO 1207/13. Skoro zawarte w treści formularza ofertowego oświadczenie woli, stanowi treść oferty, to nie podlega ono w żaden sposób uzupełnieniu. Art. 26 ust.3 ustawy miałby, według zamawiającego, zastosowanie tylko wówczas gdyby, zamawiający żądał dokumentów lub oświadczeń na potwierdzenie, iż oferowana dostawa spełnia wymagania zamawiającego. W takiej sytuacji obok oświadczenia o wykonaniu przedmiotu zamówienia o określonych parametrach zamawiający żądałby dodatkowych dokumentów lub oświadczeń i to braki w zakresie tych ostatnich można by było uzupełniać w trybie art. 26 ust.3 ustawy lub je wyjaśniać na podstawie art. 26 ust.4 ustawy (podobnie KIO w wyroku z dnia 8.8.2013r KIO 1807/13).

Tym samym, zdaniem zamawiającego, należy uznać za całkowicie nietrafną argumentację odwołującego o obowiązku wzywania zamawiającego do uzupełnienia przez wykonawcę treści złożonej oferty i tym samym naruszeniu przez zamawiającego art. 26 ust.3 pzp. Niezależnie jednak od powyższego należy zawsze mieć na uwadze, iż czynność

uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, nie może prowadzić do zmiany treści złożonego oświadczenia woli, a w tym konkretnym przypadku zapewne by do tego doprowadziło.

Wobec faktu, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający nie żądał dokumentów ani oświadczeń na potwierdzenie, iż oferowana dostawa spełnia warunki określone w siwz, bezzasadnym jest również zarzut naruszenia art. 26 ust.4. Skoro dokumenty te nie były wymagane, brak było podstaw do występowania do wykonawcy o wyjaśnienie treści dokumentów lub oświadczeń, które nie były składane w tym postępowaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, zmiany ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, powiadomienia o zmianach siwz z dnia 16 maja 2014r., odpowiedzi na zapytania w sprawie siwz z dnia 20 maja 2014r., oferty odwołującego.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że w rozdziale 3 pot. 3.2. siwz zamawiający w pkt 1.1) podał jako ogólną charakterystykę przedmiotu zamówienia – Portal studenta umożliwiający naukę przynajmniej 7 języków obcych w formie on-line. W rozdziale 7 – Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz innych wymaganych dokumentów w pkt 7.4.mowa jest o innym wymaganym dokumencie – wzorze oferty na dostawy – formularz oferty na dostawy stanowi załącznik nr 1 do siwz. Forma dokumentu oryginał. W załączniku nr 1 wzorze formularza oferty zamawiający objaśnił użyte skróty :

- a) „Ob.” Oznacza, że funkcjonalność jest wymagana, Dla każdej z wymienionych funkcjonalności należy potwierdzić gotowość jej dostarczenia w ramach oferowanego systemu, umieszczając odpowiedni znak w nawiasie kwadratowym w następujący sposób [x] oznacza potwierdzenie dostarczenia funkcjonalności, a [-] oznacza brak potwierdzenia funkcjonalności. Wymagane jest wypełnienie wszystkich pól [].

W pkt 2 zamawiający zawarł treść Ob.: [] platforma umożliwi naukę minimum 7 języków obcych on-line.

W załączniku nr 2 do siwz w pkt. 2 ppkt. 2 zamawiający wprowadził wymaganie ogólne dla platformy: „ Platforma umożliwi naukę minimum 7 języków obcych on-line”

W dniu 16 maja 2014r. zamawiający powiadomił o zmianach w siwz w tym w pkt I o zmianie terminu składania i otwarcia ofert z dnia 23 maja 2014r, na dzień 26 maja 2014r.

W pkt IV zamawiający dodał wymóg w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia:

„Platforma umożliwi naukę minimum 7 języków obcych on – line, w tym obowiązkowo: języka angielskiego, języka niemieckiego, języka francuskiego, języka hiszpańskiego, języka włoskiego, języka chińskiego”

W pkt V w formularzu oferty w kolumnie opis pkt 2 otrzymuje brzmienie:

„Ob.: [] Platforma umożliwi naukę minimum 7 języków obcych on – line, w tym obowiązkowo: języka angielskiego, języka niemieckiego, języka francuskiego, języka hiszpańskiego, języka włoskiego, języka chińskiego”

W dniu 20 maja 2014r. zamawiający odpowiadając na pytanie 1 wskazał, że w zmianie siwz wprowadzonej w dniu 16 maja 2014r. wskazał języki obowiązkowe on-line: angielski, niemiecki, francuski, hiszpański, włoski, chiński. Siódmy język obcy, jaki zaoferuje wykonawca jest dowolny i zamawiający go nie określił.

Odpowiadając na pytanie 6 zamawiający podał, że nie określił języków interfejsu, wymienił tylko ich minimalną liczbę wskazując na język obowiązkowy interfejsu – czyli język polski.

W odpowiedzi na pytanie 13 wskazał na różnice pomiędzy nauką języków, a językiem interfejsu i podał, że mówiąc w zamówieniu o 7-miu językach obcych, do takich nie mógł zaliczyć języka polskiego jako obcego. Wielojęzyczny interfejs powinien zapewnić każdej grupie obcokrajowców nieograniczony dostęp do treści platformy.

Udzielając odpowiedzi na pytanie 16 wskazał, że w żadnym punkcie Wzoru Formularza Oferty (załącznik nr 1) nie określił potrzeby tworzenia treści dla minimum 7 języków, więcej określił wyraźnie w pkt 3 „Platforma posiada gotowe treści do nauczania w wymiarze min. 7000 godzin oraz minimum 40 gotowych typów ćwiczeń”. Zamawiający pisząc o minimum 7 językach, określił niezbędne dla niego języki wyszczególniając je po części w Powiadomieniu o zmianach w siwz z dnia 16 maja 2014r. Nie jest rolą zamawiającego ingerencja w wycenę oferty przez wykonawcę.

W ofercie odwołującego na str. 2 znajduje się treść „2. Ob.: [x] Platforma umożliwi naukę minimum 7 języków obcych on-line.”, a na str. 5 znajduje się treść „7) oświadczamy, że oferujemy przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz określonymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy. W przedmiotowym

postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Cena oferty odwołującego to 246.000,00 zł brutto. Z kolei cena oferty wybranej przez zamawiającego to 272.463,20 zł brutto. W przypadku uwzględnienia odwołania - oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza i uzyskałby on zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu wykonania zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, mimo że jej treść jest zgodna z treścią siwz.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeśli treść tej oferty nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Stan faktyczny pomiędzy stronami jest bezsporny. Sporna jest natomiast ocena prawna tego stanu faktycznego. W sporze tym rację należy przyznać zamawiającemu. Wbrew twierdzeniom odwołującego bowiem zawartym w odwołaniu oświadczenia o właściwościach przedmiotu zamówienia, w tym oświadczenie w przedmiocie pkt 2 kolumny 2 formularza ofertowego nie było dokumentem na potwierdzenie, że przedmiotowa dostawa spełnia wymagania zamawiającego. Sam zamawiający zakwalifikował ten dokument jako dokument potwierdzający inne wymagania. Z żadnego z postanowień siwz nie wynika, że zamawiający deklarację w przedmiocie oferowania określonych funkcjonalności zawartą w formularzu ofertowym traktował wyłącznie jako opis oferowanej dostawy. Przeciwnie z instrukcji zawartej w tym formularzu wynikało, że oczekuje zaoferowania mu określonych funkcjonalności obowiązkowo i w tym zakresie jak słusznie zauważa zamawiający było to oświadczenie woli wykonawcy, co do tego jaki przedmiot zamówienia oferuje zamawiającemu. Tym samym nie był to dokument, który mógł podlegać uzupełnieniom czy wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Zamawiający dokonał prawidłowej oceny dokumentu i prawidłowo nie zastosował art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w odniesieniu do oferty odwołującego. Co do twierdzeń odwołującego, że brak jest niezgodności pomiędzy złożoną przez niego treścią oferty, a treścią siwz, to należy wskazać, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie wymaga wykazania sprzeczności pomiędzy treścią obu dokumentów, ale dla jego zastosowania wystarczający jest brak odpowiedniości pomiędzy tymi treściami. Treść oferty odwołującego nie zawiera fragmentu występującego w treści siwz tj. sformułowania „w tym obowiązkowo: języka angielskiego, języka niemieckiego, języka francuskiego, języka hiszpańskiego, języka włoskiego, języka chińskiego”. Należy zatem rozważyć taki brak jest elementem treści oferty, czy elementem wyłącznie o charakterze formalnym. W ocenie Izby ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika,

że dla zamawiającego element ten był elementem oferty, albowiem nie dokonał w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jedynie wykładni autorskiej, ale uznał, że dotychczasowe brzmienie treści siwz musi ulec zmianie w zostać rozszerzone o przedmiotowy fragment. Dokonał tej czynności w trybie zmiany siwz odwołując się do art. 38 ust. 4 ustawy ten zaś wskazuje na uprawnienie zamawiającego do zmiany treści siwz. Zatem także wskazanie podstawy prawnej dokonywanej modyfikacji świadczy o charakterze prawnym dodanego tekstu. Dodatkowo zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania z dnia 20 maja 2014r. wskazywał, jakie znaczenie ma dla niego precyzyjne określenie obowiązkowych 6 języków obcych, również zatem z odpowiedzi zamawiającego na pytania 1, 13 i 16 wynika, że zmiana dotyczyła treści, a nie formy siwz. Również z tych właśnie odpowiedzi a dodatkowo z odpowiedzi na pytanie 6 wynika, że nowo ustalona treść siwz miała dla zamawiającego istotne znaczenie. Odwołujący nie zadeklarował zamawiającemu w swoim formularzu ofertowym w pkt 2 tabeli, że wykona zamówienie obejmujące nauczanie języków angielskiego, niemieckiego, francuskiego, hiszpańskiego, włoskiego i chińskiego i co najmniej jednego dodatkowego. Z treści złożonej oferty wynika jedynie, że wykonawca oferuje platformę mogącą uczyć w co najmniej 7 językach obcych. Wbrew stanowisku odwołującego nie jest oczywiste, że okoliczności złożenia oferty świadczą o tym, że złożone oświadczenie woli należy tak rozumieć, że zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią siwz w brzmieniu ustalonym po zmianie z dnia 16 maja 2014r. Odwołujący nie przedstawił dowodów na to, że korzystając z formularza w brzmieniu pierwotnym w dacie składania oferty miał wiedzę, że zamawiający zmodyfikował treść siwz. To twierdzenie odwołania nie zostało udowodnione. Z dowodów dopuszczonych przez Izbę z urzędu nie da się tej okoliczności wywieść. Brak jest dowodu na to, że odwołujący zapoznał się z treścią modyfikacji z dnia 16 maja 2014r. zamieszczoną na stronie internetowej zamawiającego, a treści wyjaśnień z dnia 20 maja 2014r. nie przesłano do odwołującego i nie ma dowodu na to, że z treścią wyjaśnień odwołujący zapoznał się ze strony internetowej zamawiającego. Faktem jest, że oferta odwołującego została złożona zamawiającemu w dniu 26 maja 2014r., a więc w terminie późniejszym niż wynikający z pierwotnej treści siwz. Nie może być to jednak uznane za dowód rozstrzygający o stanie wiedzy odwołującego o dokonanej modyfikacji, albowiem o zmianie terminu składania ofert odwołujący mógł powziąć informację z Biuletynu Zamówień Publicznych z dnia 16 maja 2014r. nr 106183-2014, w którym z kolei nie było informacji o zmianie opisu przedmiotu zamówienia czy zmodyfikowaniu formularza ofertowego. Z tego względu twierdzenie odwołującego co do okoliczności towarzyszących składanemu przez niego oświadczeniu woli nie zostało udowodnione, a z mocy art. 190 ust. 1 ustawy obowiązek dowodowy, w tym zakresie ciążył na odwołującym. Rację zatem należało przyznać zamawiającemu, że z samego generalnego oświadczenia wykonawcy zawartego w pkt 7 formularza ofertowego nie można było ustalić

zgodność z jakimi wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca deklaruje. Dlatego Izba uznała, że deklaracji tej nie można uznać za rozstrzygającą w przedmiocie oceny czy treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu nadanym zmianą z dnia 16 maja 2014r. Biorąc pod uwagę, że zamawiający ustalił treść siwz w ten sposób, że wymagał, aby platforma zapewniała możliwość nauki przynajmniej 7 języków obcych w formie on-line, w tym obowiązkowo: języka angielskiego, języka niemieckiego, języka francuskiego, języka hiszpańskiego, języka włoskiego, języka chińskiego, a z oświadczenia woli odwołującego nie wynika, że zadeklarował on spełnienie tego obowiązku, to należało uznać, że zamawiający prawidłowo ocenił ofertę odwołującego jako zawierającą brak określonej treści oferty (nie odpowiadającą) wymaganej zmodyfikowanym siwz. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający prawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prowadziłoby do zmiany treści oferty w sposób istotny. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się także w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu i nakazując odwołującemu zwrócić zamawiającemu poniesione przez niego koszty zastępstwa prawnego, w wysokości wynikającej ze złożonego przez zamawiającego rachunku.

Przewodniczący: