

**WYROK**  
**z dnia 15 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**  
**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2014 r. przez wykonawcę CEZAR C. M. i P. G. spółkę jawną w Radomiu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Jedlnia - Letnisko w Jedlni – Letnisku, przy udziale wykonawcy Maxto spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo - akcyjną w Krakowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego CEZAR C. M. i P. G. spółkę jawną w Radomiu, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr [siedmiu tysięcy pięciuset złotych] uiszczoną przez Odwołującego CEZAR C. M. i P. G. spółkę jawną w Radomiu tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego CEZAR C. M. i P. G. spółki jawnej w Radomiu na rzecz Gminy Jedlnia - Letnisko w Jedlni - Letnisku kwotę 3 600 zł 00 gr [trzech tysięcy sześciuset złotych], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. 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 Radomiu.

**Skład orzekający:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający – Gminę Jedlnia - Letnisko w Jedlni – Letnisku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest *„dostawa zestawów komputerowych wraz z ubezpieczeniem i oprogramowaniem, drukarek i łącza internetowego oraz przeprowadzenie szkoleń w ramach realizacji projektu pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Jedlnia Letnisko” realizowanego z zakresie Działania 8.3 „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu - elInclusion” osi priorytetowej 8. „ Społeczeństwo informacyjne - zwiększenie innowacyjności gospodarki” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013”*. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. W dniu 1 października 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanego przez Zamawiającego odrzucenia jego oferty, stawiając zarzuty wobec bezpodstawne odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo zgodności jej treści z treścią specyfikacji oraz nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji;
- 2) art. 14 ustawy, w zw. z art. 701 § 4 K.c. poprzez odstąpienie od ogłoszonych warunków przetargu; 3. art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących przedmiotowych dokumentów oraz dokumentu zawierającego błąd;
- 3) art. 82 ust. 3 ustawy, poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez niezgodne z ustawą odrzucenie oferty Odwołującego;
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wybrania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego, wezwania w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia brakujących dokumentów oraz dokumentu zawierającego błąd, oceny oferty Odwołującego i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że okoliczności faktyczne przywoływane przez Zamawiającego są niegodne z warunkami przetargu określonymi w SIWZ. Zamawiający pomija w zawiadomieniu uwagę zawartą w § 13 [Opis sposobu przygotowania ofert] pkt 7 specyfikacji, zgodnie z którą „Załączniki do niniejszej SIWZ nie mają charakteru wymaganych formularzy, a jedynie stanowią wzory. Przy posługiwaniu się nimi prosimy o szczególne zwrócenie uwagi, aby ich treść odpowiadała faktycznej zawartości oferty”. Uwaga ta została przez Zamawiającego wyróżniona poprzez pogrubienie tekstu, co wskazuje na jej wagę. Tym samym Zamawiający dopuścił swobodę wykonawców w prezentowaniu oświadczenia woli, z zastrzeżeniem obowiązkowej zgodności treści oferty z treścią SIWZ, a następnie obarczył Odwołującego negatywnymi skutkami korzystania z uprawnień przyznanych przez Zamawiającego. Poczynione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu ustalenia należy uznać za błędne, sprzeczne z ustawą i utrwalonym orzecznictwem Izby potwierdzonym przez sądy powszechne. Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego odnosi się do oczekiwań formalnych związanych z prezentacją oferty. Wskazywane przez Zamawiającego rozbieżności pomiędzy minimalnymi parametrami wymaganymi w SIWZ oraz oświadczeniem o ich spełnianiu w ofercie potwierdzonym dokumentami przedmiotowymi załączonymi do oferty, nie wskazują niezgodności któregośkolwiek elementu oferty z wymaganiem SIWZ w zakresie merytorycznym. W każdym przypadku parametry oferowane są powyżej wartości minimalnych wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ. Potwierdzeniem tego są również dokumenty potwierdzające, że przedmiot oferty spełnia te wymagania minimalne. Nawet w przypadku parametru w teście PC Mark Vantage Professional 64-bit Edition: TV and Movies Score potwierdzono oświadczeniem spełnienie wymaganego wyniku min. 5100 punktów. Na skutek oczywistej omyłki załączono wydruk zawierający błąd, co winno skutkować wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wyniku tego testu. Jest to obowiązek Zamawiającego, a nie jego uprawnienie. Z obowiązku tego Zamawiający się nie wywiązał, a nie zachodziła żadna z wymienionych w ustawie przesłanek zwalniających Zamawiającego z czynności opisanej w art. 26 ust. 3. Zamawiający winien mieć świadomość, że dokładna powtarzalność wyników testów wydajnościowych komputera jest przypadkowa. Zatem załączenie testu z wynikiem potwierdzającym oferowaną wartość odpowiadającą wymaganej w SIWZ wartości minimalnej oznacza, że oferowany sprzęt spełnia wymagane minimum, a więc nie można mówić o merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Cena była jedynym kryterium oceny ofert, a nie wartości uzyskanych testów. Zamawiający zdaje się nie zauważać, że oczekiwał określenia przedmiotu dostawy poprzez określenie producenta /modelu. Według opinii językoznawców użycie ukośnika „/” oznacza alternatywę, która winna być zastępowana spójnikiem „lub”. Wobec podania modelu listwy zasilającej ACAR F5 oraz producenta oprogramowania antywirusowego F-Secure

z określeniem parametrów oferowanej listwy oraz oprogramowania, należy jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający miał pełną wiedzę o przedmiocie dostawy i jego zgodności z merytorycznymi wymaganiami SIWZ. Odwołujący w pełni zastosował się do wyartykułowanych w SIWZ merytorycznych wymagań. Korzystanie z nadanego przez Zamawiającego uprawnienia co do formy prezentacji oferty nie może stanowić podstawy do ponoszenia negatywnych skutków. Ponadto należy podkreślić, że uzasadnienie odrzucenia oferty przez Zamawiającego nie znajduje oparcia w wyartykułowanej treści SIWZ, zatem ta czynność Zamawiającego została dokonana w sprzeczności z ustawą i wiążącymi dla niego warunkami przetargu. Podkreślić należy, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz załączonych dokumentów przedmiotowych. Uprawdopodobnia to przekonanie, że Zamawiający na podstawie pozamerytorycznych faktów założył a priori, iż przedmiot oferty nie odpowiada jego wymaganiom.

III. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Maxto spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo - akcyjną w Krakowie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

## **I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia.

## **II. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Nie potwierdziły się bowiem zarzuty, zmierzające do zakwestionowania podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że – po pierwsze – dla uwzględnienia odwołania konieczne jest potwierdzenie zasadności zarzutów stawianych wobec wszystkich podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, tylko w takim bowiem wypadku czynność Zamawiającego

o odrzuceniu oferty Odwołującego może być uznana za nieprawidłową, a w konsekwencji tylko w takiej sytuacji będzie można mówić, że potwierdzenie się zarzutów ma wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Po drugie, analizowane postępowanie jest postępowaniem „poniżej progów”, od których ustawa uzależnia obowiązek przekazania ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Z tego względu nie podlegała rozpatrzeniu argumentacja odwołania dotycząca oferty wykonawcy Maxto spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowo - akcyjną w Krakowie. W art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Ustawodawca zatem, w postępowaniach o zamówienie publiczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ograniczył możliwość kwestionowania czynności i zaniechał zamawiającego do czterech, wymienionych wyżej kategorii zagadnień. Zgodnie zaś z brzmieniem art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest zatem dopuszczalne rozpatrywanie zarzutów dotyczących kwestii innych aniżeli wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na gruncie przedmiotowej sprawy – odwołanie może zatem być rozpatrywane jedynie w zakresie zarzutów kierowanych wobec odrzucenia oferty Odwołującego.

Po trzecie, podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie ustrzegł się w swoich czynnościach nieprawidłowości, które trafnie zakwestionował Odwołujący.

I tak, stwierdzenia Zamawiającego o niezgodności oferty Odwołującego, oparte na ustaleniu, że Odwołujący w kolumnie formularza ofertowego, w której należało dokonać charakterystyki technicznej oferowanych elementów sprzętu, skopiował zawartość wymagań Zamawiającego, łącznie z trybem użytym przez Zamawiającego [np. „*grafika powinna*

*umożliwić (...)*]<sup>1</sup> ewidentnie świadczą o niestaranności wykonawcy w przygotowaniu oferty, jednak nie mogą być przesądzające dla stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ. Istotna w tej mierze jest bowiem całość oferty Odwołującego. Jeśli więc w odpowiedniej części tabeli składającej się na formularz ofertowy wykonawca określił oferowane urządzenie, w taki sposób, że możliwe jest jego zidentyfikowanie, dalszy opis zawierający szczegółową charakterystykę tego sprzętu mógł i powinien być przedmiotem wyjaśnienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ powinno nastąpić, gdy Zamawiający uzyska całkowitą pewność co do oferowanego przedmiotu.

Podkreślenia wymaga, że ofertę należy traktować jako całość, zespół zawartych w złożonych dokumentach oświadczeń i informacji, które mówią o oferowanym przedmiocie. Podstawę oceny w przedmiocie zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powinno stanowić nie tylko jednostkowe, ujęte w formularzu oświadczenie wykonawcy dotyczące niewłaściwie oznaczonego urządzenia, ale całokształt dokumentów, jakie się na ofertę składają, a które opisują oferowany przedmiot.

Należy bowiem mieć na uwadze, że postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się, co do zasady, przez przystąpienie przez wykonawcę do jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu. Zasadą jest bowiem, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i składając w nim swoją ofertę chce uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom i oczekiwaniom stawianym przez zamawiającego, w tym przede wszystkim w zakresie oferowanego przedmiotu, tak by odpowiadał on treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwania. W tym miejscu należy powołać stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku [sygn. akt X Ga 23/07], iż „*formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)*”.

Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia.

Konsekwentnie, celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy [udzielenie zamówienia]. Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trudno, w świetle zasad doświadczenia życiowego, uznać za racjonalne działanie wykonawcy, polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Innymi słowy, zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki czy przeoczenia.

Tym samym, należy przyjąć, że w postępowaniu o zamówienie publiczne, służącym do wyłonienia wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa nie zostały wyłączone, charakterystyczne dla prawa cywilnego mechanizmy, służące ustaleniu treści składanego oświadczenia woli [oferty]. W myśl art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisy ustawy – Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z brzmieniem art. 65 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje; w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się jej dosłownym brzmieniu. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera instrumenty, mające służyć ustaleniu treści oświadczenia woli, w tym ocenie, czy oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W pierwszym rzędzie przepis art. 87 ust. 1 przewiduje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 87 ust. 2 ustawy obliuguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich; oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie w takim wypadku zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty – w razie braku wyrażenia braku zgody na

taką poprawę [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Opisane instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Osiągnięciu tego celu służą również, opracowywane przez zamawiającego dokumenty mające służyć prezentacji oświadczenia woli, w tym zwyczajowo stosowane wszelkiego rodzaju formularze ofertowe, formularze opisujące w jednakowym, ustandaryzowanym kształcie oferowany przedmiot.

Istotne jest bowiem, czy na podstawie treści oferty możliwe jest ustalenie, czy oferowany przedmiot spełnia stawiane przez zamawiającego wymagania. Dla ustalenia powyższego konieczne jest uwzględnienie wszystkich dokumentów składających się na ofertę i prezentujących oferowany przedmiot, nie wystarczy poprzestanie na wybranym elemencie tej oferty, nawet jeśli pomiędzy dokumentami opisującymi oferowany przedmiot zachodzi niespójność. Wyeliminowaniu tej niespójności służą przewidziane przepisami instrumenty służące ustaleniu treści oświadczenia woli w zakresie oferowanego przedmiotu.

Temu celowi, w szczególności, służy opisana w art. 87 ust. 1 ustawy instytucja wyjaśnienia treści oferty, zaś jedyną granicą w stosowaniu tego przepisu jest zakaz negocjowania treści oferty oraz jej zmiany w wyniku takich wyjaśnień [za wyjątkiem dialogu konkurencyjnego i poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy]. Zgodnie z tym przepisem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Sam fakt dosłownego powielenia w treści oferty wymagań postawionych przez Zamawiającego nie oznacza jeszcze niezgodności oferty z SIWZ. Kwestia ta mogła być przedmiotem wyjaśnienia – w granicach cech, właściwości i parametrów sprzętu w tej ofercie podanych. Jeśli więc wykonawca określił producenta i model określonego sprzętu, nic nie stało na przeszkodzie by wyjaśnić kwestię szczegółowych parametrów tak opisanego sprzętu – nie stanowiłoby to bowiem negocjowania ani zmiany treści oferty, którym sprzeciwia się treść art. 87 ust. 1 ustawy.

W części tej oceny dokonanej przez Zamawiającego oferty Odwołującego należy więc stwierdzić bezpodstawne, a w każdym razie przedwczesne uznanie oferty za niezgodną z SIWZ.

Następnie, w zakresie, w jakim Zamawiający uznał ofertę za niezgodną z SIWZ z powodu niezłożenia prawidłowego [odpowiadającego charakterystyce oferowanego



sprzętu] wydruku testu, stwierdzić wymaga, że wbrew niekonsekwentnemu stanowisku Zamawiającego oraz opozycyjnemu stanowisku Przystępującego, na gruncie tego postępowania Zamawiający nadał testom znaczenie dokumentu przedmiotowego w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy, a zatem takiego który podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Świadczy o tym wyraźne zakwalifikowanie tego dokumentu w § 6 pkt 8 ppkt 1) SIWZ, jako dokumentu potwierdzającego, że oferowany sprzęt spełnia wymagania stawiane treścią SIWZ, jak i sama konstrukcja wzoru tabeli stanowiącej formularz ofertowy, gdzie każdorazowo mówi się: „dokumentem potwierdzającym spełnienie ww. wymagań będzie dołączony do oferty wydruk testu (...)”. Zatem dokument ten mógł i powinien być przedmiotem wezwania do uzupełnienia. Granicą takiego uzupełnienia jest bowiem wskazany, wynikający z art. 87 ust. 1 ustawy zakaz negocjowania i zmiany oferty. Zasadą jest bowiem, że ofertę składa się w nieprzekraczanym terminie składania ofert [art. 84 ust. 1 ustawy]. Po tym terminie oferta nie może być modyfikowana, zaś usuwanie jej ewentualnych niedoskonałości za pomocą dostępnych zamawiającemu instrumentów [art. 87 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy] nie może powodować zmiany treści oferty, za wyjątkiem dialogu konkurencyjnego i poprawienia niezgodności oferty z SIWZ. Jeśli więc w ofercie zaprezentowano oferowany przedmiot w sposób nie pozostawiający wątpliwości co do jego identyfikacji, nie złożono jednak właściwego dokumentu przedmiotowego, to nic nie stoi na przeszkodzie uzupełnieniu tego dokumentu, jeśli przedmiot tej oferty nie uleganie zmianie [a takiej zmianie ulec nie może, skoro jednoznacznie podano go w ofercie].

Zatem w odniesieniu do tej oceny Zamawiającego należało stwierdzić, że stwierdzenie o niezgodności oferty z SIWZ było przedwczesne i wymagało uprzedniego wyczerpania ścieżki przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy.

Następnie, ocena dokonana przez Zamawiającego, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ, a to z tego względu, że wykonawca nie zawarł oświadczenia o tym, że oferowane komputery będą na obudowie opatrzone niepowtarzalnym numerem seryjnym a także, że taki numer seryjny będzie wpisany w BIOS, nie zasługuje na aprobatę: wykonawca zawarł ogólne oświadczenie, że oferowane komputery są w konfiguracji zgodnej z SIWZ, podał też ich ogólne, stosowane przez siebie oznaczenie. Brak wyraźnego oświadczenia w tej mierze mógł być przedmiotem wyjaśnienia, jeśli kwestia ta pozostawiła niedosyt informacyjny Zamawiającego, co nie zmieniałoby oferty. Brak ten mógł też, dla wyeliminowania jakiegokolwiek cienia wątpliwości, być przedmiotem poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3) ustawy. Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu z tego powodu oferty zdaje się być wyrazem nadmiernego, nieuzasadnionego formalizmu, pomijając zarazem regulacje, do stosowania których Zamawiający jest obowiązany.

Następnie, wskazywane przez Zamawiającego jako powody odrzucenia oferty Odwołującego sytuacje w których podano jedynie model sprzętu [zgodnie z opisem w ofercie: „*listwy zasilające ACAR F5*” oraz „*drukarki dla gospodarstw domowych EPSON WorkForce AL-M200DN*”], bez podania producenta także mogły być przedmiotem wyjaśnienia, jeśli tak dokonany opis pozostawiał niedosyt po stronie Zamawiającego, a takie wyjaśnienie nie dokonywałoby modyfikacji przedmiotu oferty, który określono poprzez wskazania modelu sprzętu. Znamienne jest, że identyfikacja tego sprzętu, na podstawie tak uznanych przez Zamawiającego za niedookreślone oznaczeń, nie stwarzała najmniejszego problemu dla Przystępującego, który złożył na rozprawie wydruki ze stron internetowych dotyczące tego sprzętu. Oznacza to tyle, że nazwy oferowanego sprzętu, w tym wyraźne wskazanie oferowanego modelu, nawet jeśli podano je w sposób niepełny [bez określenia producenta], w sposób wystarczający charakteryzowały przedmiot oferty.

Pomimo opisanych niedoskonałości w działaniu Zamawiającego, oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Poprawna okazała się bowiem ocena Zamawiającego, wyrażająca się stwierdzeniem niezgodności oferty z SIWZ w części dotyczącej oprogramowania antywirusowego. W tej mierze opis zawarty w ofercie nie pozwala na identyfikację przedmiotu oferty. Jakakolwiek próba wyjaśnienia przedmiotu oferty – dokładnego oprogramowania, w tym jego wersji, skutkowałaby wykroczeniem poza dokonany opis, co z kolei stanowiłoby wykreowanie treści oferty, tę zaś można złożyć jedynie w nieprzekraczalnym terminie składania ofert, wynikającym z ogłoszenia i SIWZ. W ofercie podano bowiem, co do programu antywirusowego: „*oprogramowanie antywirusowe F-Secure o parametrach jak poniżej; (...)*”. Odwołujący opatrzył ponadto ofertę o charakterystykę funkcjonalną programu. Podkreślenia jednak wymaga, że sama charakterystyka oprogramowania, choćby bardzo szczegółowa, nie może zastępować obowiązku oznaczenia oferowanego przedmiotu w sposób pozwalający na jego identyfikację. Takiej identyfikacji przedmiotu Zamawiający wszak wymaga, oczekując podania producenta i nazwy oprogramowania oraz pozostałych oferowanych urządzeń. Samo wskazanie ogólnie nazwy oprogramowania, które posiada wiele wersji [w istocie jego kategorii], nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, jaki produkt został zaoferowany z szerszej gamy oprogramowania antywirusowego, oferowanego na rynku pod nazwą „F-Secure”. Próba wyjaśnienia tej kwestii sprowadzałaby się nie do uszczegółowienia oferty, a raczej dopiero do jej wytworzenia. Stąd trafną i poprawną była ocena dokonana w tej mierze przez Zamawiającego, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ, a przez to, że podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy. Nie jest przy tym trafną argumentacja prezentowana w odwołaniu, zgodnie z którą, opis wymagania dotyczącego prezentacji oferowanego przedmiotu w następujący sposób: „*producent/nazwa*”, dawał możliwość alternatywnego podania producenta lub nazwy oferowanego

oprogramowania. Powyższe wskazuje, że rzeczą wykonawcy było podanie zarówno producenta jak i nazwy oferowanego urządzenia, a także że miało to być wyrażone w kolejności i konwencji jak w opisie podanym przez Zamawiającego.

Podobnie, nie mają znaczenia rozważania zawarte w odwołaniu, dotyczące możliwości zaprezentowania oferty w inny sposób, aniżeli w formule wzorów opracowanych przez Zamawiającego. Po pierwsze, uwaga uczyniona przez Zamawiającego dotycząca zachowania w takim wypadku ostrożności oznacza konieczność zawarcia elementów, które w formularzach zaakcentowano. Po drugie, w analizowanej sprawie dostrzeżone niezgodności oferty z SIWZ nie wynikają z zastosowania innej formuły prezentacji oferty [przeciwnie, Odwołujący korzystał z formularzy opracowanych przez Zamawiającego], ale z niezamieszczenia w tych formularzach wszystkich wymaganych informacji.

Reasumując, czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, znalazła potwierdzenie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł, maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

**Skład orzekający:**