

WYROK
z dnia 14 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2014 r. przez nFinity.pl Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Województwo Kujawsko-Pomorskie z siedzibą w Toruniu,

przy udziale VOBACOM Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Województwu Kujawsko-Pomorskiemu z siedzibą w Toruniu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez nFinity.pl Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę i wdrożenie portalu internetowego e-Kultura wraz z dedykowaną aplikacją na platformy mobilne, budowa nowych stron internetowych dla partnerów projektu wraz z transferem treści istniejących stron oraz modernizacja istniejących stron www partnerów projektu, wykonanie aplikacji multimedialnej z przeznaczeniem na monitory dodatkowe oraz na stronę internetową (Pakiet A) oraz powtórzenie oceny ofert w tej części zamówienia z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy,

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Kujawsko-Pomorskie w Toruniu i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez nFinity.pl Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu na rzecz nFinity.pl Sp. z o.o. we Wrocławiu kwotę 18 075 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Toruniu.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Województwo Kujawsko-Pomorskie z siedzibą w Toruniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowę i wdrożenie portalu internetowego e-Kultura wraz z dedykowaną aplikacją na platformy mobilne, budowa nowych stron internetowych dla partnerów projektu wraz z transferem treści istniejących stron oraz modernizacja istniejących stron www partnerów projektu, wykonanie aplikacji multimedialnej z przeznaczeniem na monitory dodatkowe oraz na stronę internetową (Pakiet A) oraz usługa digitalizacji obiektów kultury i dziedzictwa narodowego i regionalnego będących w posiadaniu partnerów projektu (Pakiet B).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 27.06.2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 121-215496.

W dniu 19.09.2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez nFinity.pl Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części pierwszej zamówienia (Pakiet A) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 29.09.2014 r. nFinity.pl Sp. z o.o. wniosła do Prezesa KIO odwołanie względem ww. czynności, zarzucając Zamawiającemu, że odrzucając ofertę Odwołującego i dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, naruszył art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Przedmiot Przetargu obejmował usługę polegającą na budowie i wdrożeniu portalu internetowego e-Kultura wraz z dedykowaną aplikacją na platformy mobilne, budowie nowych stron internetowych dla partnerów projektu wraz z transferem treści istniejących stron oraz modernizacji istniejących stron www partnerów projektu, wykonaniu aplikacji multimedialnej z przeznaczeniem na monitory dodatkowe oraz na stronę internetową (Pakiet A) oraz usługę digitalizacji obiektów kultury i dziedzictwa narodowego i regionalnego będących w posiadaniu partnerów projektu (Pakiet B). Ostatecznie Zamawiający zgodził się na składanie ofert częściowych, których zakres przedmiotowy odpowiadał poszczególnym Pakietom. Stosownie do treści Załącznika nr 3A do siwz, stanowiącego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (w części odpowiadającej Pakietowi A), jednym z elementów zamówienia była usługa wsparcia technicznego, świadczona przez wykonawcę w okresie 60 miesięcznego okresu gwarancji, przy czym Zamawiający wymagał, aby usługa ta świadczona była co najmniej w wymiarze 4 godzin w każdym miesiącu okresu gwarancyjnego.

Zgodnie z Rozdziałem XIV siwz, Zamawiający - dokonując opisu „Kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” - określił, że kryteriami oceny ofert w części, odpowiadającej Pakietowi A, będzie: Cena (waga 80%), a także Typ licencji (waga 10%) oraz Liczba dodatkowych godzin wsparcia technicznego (waga 10%). W zakresie sposobu oceny ofert, przy uwzględnieniu kryterium liczby dodatkowych godzin wsparcia technicznego, Zamawiający postanowił, że:

„Liczba dodatkowych godzin bezpłatnego wsparcia technicznego w miesiącu zadeklarowana przez wykonawcę:

$$\frac{O \text{ badana}}{O \text{ max}} \times 10 \text{ pkt}$$

gdzie:

O - oznacza ilość punktów uzyskanych w kategorii

O max - oznacza maksymalną łączną liczbę punktów przyznaną w danej kategorii przez wszystkich merytorycznych członków komisji przetargowej

O badana - oznacza łączną liczbę punktów przyznaną ofercie podlegającej ocenie."

W świetle wyjaśnień Zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2014 r. dotyczących wątpliwości, zgłoszonych przez wykonawców, biorących udział w Przetargu przed upływem terminu do składania ofert, dotyczących m.in. wsparcia technicznego (pyt. nr 6,13 - 18), wynika, że:

1/ opis przedmiotu zamówienia w zakresie wsparcia technicznego został przedstawiony w siwz w części Pakietu A, dotyczącego wymagań ogólnych, związanych z gwarancjami i wsparciem technicznym (odp. na pyt. 6, str. 3),

2/ Zamawiający wymagał zapewnienia co najmniej 4 godzin (miesięcznie) - tzw. godziny podstawowe (odp. na pyt. 6, str. 3),

3/ Zamawiający postanowił, że zakres zadań realizowanych w ramach godzin dodatkowych będzie tożsamy z katalogiem zadań określonych dla godzin podstawowych (odp. na pyt. 6, str. 3),

4/ Zamawiający postanowił, że „nie przewiduje procedury przechodzenia niewykorzystanych godzin (czy podstawowych, czy dodatkowych) na kolejny miesiąc” (odp. na pyt. 6, str. 3),

5/ Zamawiający - po mimo zastrzeżeń podniesionych przez wykonawców - postanowił pozostać przy określeniu wymiaru czasu gwarantowanego na wsparcie techniczne wyłącznie poprzez wyznaczenie minimalnej liczby godzin (podstawowych) w skali jednego miesiąca w perspektywie 60 - o miesięcznego okresu gwarancji (odp. na pyt. 13, str. 6),

6/ Zamawiający - po mimo propozycji przedstawionych przez wykonawców w zakresie określenia maksymalnej liczby gwarantowanego na wsparcie techniczne lub określenia takiej liczby w podziale na poszczególne zadania wsparcia technicznego - postanowił pozostać przy wyznaczeniu wyłącznie minimalnej liczby godzin (podstawowych) w skali jednego miesiąca (odp. na pyt. 13, str. 6),

7/ Zamawiający - po mimo identyfikacji ryzyka przez wykonawców w zakresie nierzetelnego określenia wymiaru czasu gwarantowanego na wsparcie techniczne wobec braku określenia maksymalnej liczby godzin dodatkowych -

postanowił pozostać przy wyznaczeniu wyłącznie minimalnej liczby godzin (podstawowych) w skali jednego miesiąca, nie podając jakiegokolwiek uzasadnienia swojej decyzji (odp. na pyt. 1, str. 31),

8/ Zamawiający dopuścił możliwość udzielania wsparcia technicznego w dowolny skuteczny sposób, w tym również z zastosowaniem nowoczesnych środków komunikacji (odp. na pyt. 14, str. 7),

9/ Zamawiający, precyzując nazwy poszczególnych czynności w ramach wsparcia technicznego:

a) dopuścił możliwość zarówno udzielania „asysty przy rozwiązywaniu zaistniałych problemów”, jak i przeprowadzania „konsultacji, które będą dotyczyły aplikacji CMS oraz Portalu”, metodami zdalnymi (telefonicznie lub online) - odp. na pyt. 15 i 16, str. 7,

b) nie określił sposobu wykonania czynności przez wykonawcę, polegającej na „analizowaniu problemów zgłaszanych przez użytkowników systemu”, w szczególności nie

sprecyzował w jakiej formie zgłaszane będą problemy przez użytkowników systemu (odp. na pyt. 15 i 16, str. 7).

Zgodnie z treścią Formularza ofertowego, dotyczącego Pakietu A, podpisanego w dniu 8 sierpnia 2014 r. przez osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy, złożone zostały m.in. :

- 1) oświadczenie o tym, że w cenie oferty Wykonawcy zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia,
- 2) oświadczenie o tym, że zapoznał się z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte.

Przy uwzględnieniu cen ofertowych pozostałych wykonawców, biorących udział w Przetargu, a także wskazanych przez nich typów licencji oraz liczby dodatkowych godzin wsparcia technicznego oraz zapisów w siwz, stwierdzić należy, że oferta Odwołującego się powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Znamienne, że ze względu na dodatkowe punkty, przy uwzględnieniu kryterium „Typ licencji”, otrzymane za zastosowanie przez Wykonawcę rozwiązania wyżej punktowanego niż w przypadku oferty Konkurenta, to właśnie oferta Wykonawcy powinna zostać uznana za najbardziej korzystną, niezależnie od uzyskanej przewagi w omawianym kryterium liczby dodatkowych godzin wsparcia technicznego.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2014 r. Zamawiający, opierając się na podstawie Art. 87 ust. 1 Ustawy, zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, kwestionując rzetelność podanej przez Wykonawcę liczby dodatkowych godzin wsparcia technicznego. Zamawiający uznał, że zadeklarowany przez Wykonawcę wymiar czasu pracy jest nierealistyczny. Zamawiający oświadczył, że maksymalna liczba godzin dodatkowych w każdym miesiącu okresu świadczenia wsparcia technicznego wynosi około 170 jednostek godzinowych. W odpowiedzi Wykonawca w piśmie z dnia 29 sierpnia 2014 r. potwierdził prawidłowość dokonanych obliczeń i zadeklarowanego wymiaru czasu pracy, szczegółowo uzasadniając obiektywną możliwość świadczenia przedmiotowej usługi w takim wymiarze, w tym zwracając uwagę na dostępność świadczenia usługi metodami zdalnymi (m.in. konsultacje za pomocą infolinii). Wykonawca potwierdził, że w ramach „przyznanego abonamentu” zobowiązuje się do świadczenia usługi wsparcia technicznego zgodnie z siwz.

W dniu 19 września 2014 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego się o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający wskazał, że ofertę najkorzystniejszą w części odpowiadającej Pakietowi A, złożyła firma: „VOBACOM Technologies z siedzibą w Toruniu („Konkurent”), która uzyskała 85, 17 pkt. Jednocześnie w uzasadnieniu faktycznym przedmiotowej decyzji,

Zamawiający wskazał, że oferta Konkurenta „uzyskała największą ilość punktów w zakresie kryteriów oceny ofert.”

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym decyzji w sprawie odrzucenia oferty Wykonawcy, stwierdził, że - na podstawie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę - uznał, że jego oferta zakłada wykonywanie usługi wsparcia technicznego w oparciu działanie infolinii Wykonawcy, a to - w ocenie Zamawiającego - jest zaledwie gotowość do przyjęcia zgłoszenia, nie zaś pensum dodatkowych godzin przeznaczonych na prace programistyczne, administracyjne i konserwacyjne. Dodatkowo Zamawiający (ponownie) zwrócił uwagę, że maksymalna liczba godzin dodatkowych w każdym miesiącu okresu świadczenia wsparcia technicznego wynosi około 170 jednostek godzinowych.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego w sprawie odrzucenia jego oferty, w tym z interpretacji jego wyjaśnień przez Zamawiającego.

Podnieść należy, że okoliczność niezgodności oferty z treścią siwz mogłaby wystąpić tylko w przypadku, gdy sposób sporządzenia oferty (np. w zakresie określenia liczby godzin dodatkowych w ramach wsparcia technicznego, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia) zostałby wcześniej określony w siwz. Tymczasem z treści siwz (w tym z treści wyjaśnień Zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2014 r., udzielonych wykonawcom przed terminem składania ofert) nie wynika, aby Zamawiający ustalił warunki do szczegółowego określenia tego elementu oferty. Przeciwnie - Zamawiający - mimo wniosków ze strony wykonawców w zakresie doprecyzowania tego elementu oraz identyfikacji ryzyka, jakie łączy się z brakiem jego doprecyzowania - konsekwentnie trwał przy ogólnym opisie sposobu określenia liczby godzin dodatkowych, a także przy nieprecyzyjnym opisie kryterium oceny ofert dotyczącego wymiaru udzielonego wsparcia technicznego.

Odwołujący się podkreśla; że interpretacja Zamawiającego złożonych wyjaśnień z dnia 29 sierpnia 2014 r. jest nieuprawniona, albowiem Wykonawca nie zawęzał (ani też nie miał takiego zamiaru) sposobu wykonania usługi wsparcia technicznego wyłącznie do świadczenia tego wsparcia w oparciu o działanie serwisu zgłoszeniowego wykonawcy (infolinii). W konsekwencji twierdzenia Zamawiającego, że Wykonawca - w ramach przyznanej liczby godzin dodatkowych wsparcia technicznego - nie zamierza podejmować faktycznych czynności związanych z wykonaniem prac programistycznych, administracyjnych i konserwacyjnych jest bezpodstawne.

Podkreślenia wymaga fakt, że Wykonawca, składając ofertę w Przetargu, zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w siwz. Ewentualną zmianę oświadczenia woli Wykonawcy w zakresie sposobu wykonania usługi wsparcia technicznego (w ramach udzielonych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy, a więc po terminie składania ofert) należałoby uznać za niedopuszczalną. Zdaniem Odwołującego się, ocena

Zamawiającego w przedmiocie oferowanego sposobu wykonania usługi wsparcia technicznego przez Wykonawcę, jest arbitralna, a w konsekwencji narusza zasadę obiektywizmu równego traktowania wykonawców.

W świetle zapisów art. 29 i nast. Ustawy, zamawiający jest zobowiązany m.in. do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Powołana zasada dotyczy zarówno konwencjonalnego opisu przedmiotu zamówienia, polegającego na posłużeniu się przy opisie cechami technicznymi i jakościowymi oraz odniesieniu się do istniejących norm (art. 30 ust. 1-5 pzp), jak i funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia (art. 30 ust. 6 pzp), który odnosi się do dokładnego przedstawienia wymagań funkcjonalnych oraz tworzy podstawę do określenia zobowiązań wykonawcy, a w konsekwencji określa wszystkie warunki i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty.

Z opisu powinien zatem wynikać zarówno cel zamówienia, jak i wymagania dotyczących aspektów technicznych, ekonomicznych, organizacyjnych i funkcjonalnych, tak by zagwarantowana była porównywalność ofert. Za dopuszczalne uznać należy przedstawienie w siwz opisu przedmiotu zamówienia w sposób mieszany, tj. częściowo przez wskazanie wymaganych parametrów, a częściowo przez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Warunkiem koniecznym do uznania opisu za prawidłowy jest takie jego przedstawienie aby wykonawca mógł dokładnie na podstawie opisu przedmiotu zamówienia określić swoje zobowiązanie.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, co zostało zreferowane powyżej.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Zał. nr 3A do SIWZ (str. 5) opisał materialne wymagania, które składały się na część przedmiotu zamówienia jako stanowiły usługi określone jako „Wsparcie techniczne”, które będą realizować wykonawcy w trakcie wykonywania umowy. Zamawiający określił minimalny poziom godzin wsparcia technicznego jaki oczekuje od wykonawców (4 godziny miesięcznie), a także przewidział, że wykonawcy mogą w swoich ofertach zaoferować dodatkowe godziny wsparcia technicznego, których ilość będzie punktowana w ramach jednego z kryteriów oceny ofert (według rozdz. XIV SIWZ preferowano jak największą ilość godzin dodatkowych, bez jakichkolwiek ograniczeń w tym zakresie).

W treści SIWZ Zamawiający nie wymagał od wykonawców podawania i opisywania w ofercie w jaki sposób zamierzają realizować usługi wsparcia technicznego (zarówno w ramach godzin obowiązkowych, jak i dodatkowych) i nie pozostawiał im żadnej dowolności w tym zakresie. Zakres rzeczowych zobowiązań wykonawcy z tego tytułu określały postanowienia SIWZ, a wykonawca miał się jedynie ograniczyć do zaakceptowania wymagań Zamawiającego, czyli potwierdzenia, że oferują świadczenie opisane w SIWZ. Przy czym obowiązkowe usługi wsparcia technicznego opisano w SIWZ zarówno w wymiarze czasowym jak i rzeczowym, natomiast dodatkowe usługi wsparcia technicznego jedynie w wymiarze rzeczowym, pozostawiając wykonawcy dowolność, co zakresu czasowego zobowiązania jakie zaciągnie w swojej ofercie. Według stanowiącego Zał. nr 1 do SIWZ Formularza ofertowego, wykonawca miał podać ile godzin miesięcznie dodatkowego wsparcia technicznego oferuje.

Odwołujący w swojej ofercie zobowiązał się do wykonania 300 godzin dodatkowego wsparcia technicznego miesięcznie.

Zamawiający pismem z dnia 27.08.2014 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień nierealistycznie wysokiej ilości dodatkowych godzin wsparcia zaoferowanej w ofercie.

Pismem z dnia 29.08.2014 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu własną wizję sposobu realizacji usług wsparcia technicznego w wymiarze 300 godzin miesięcznie, z których zamawiający może potencjalnie korzystać. Generalnie wskazywał przy tym na możliwość korzystania z infolinii wykonawcy, ale także wszystkich innych czynności i elementów wsparcia wymaganych w SIWZ.

W następstwie powyższego, pismem z dnia 19.09.2014 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ, wskazując przy tym, że z wyjaśnień wykonawcy wynika, że będzie świadczył usługi wsparcia technicznego za pośrednictwem

infolinii, co jest jedynie gotowością do przyjęcia zgłoszenia, nie zaś pensum dodatkowych godzin składających się na wsparcie techniczne. Ponadto liczba 300 godzin miesięcznie była nierealistyczna – według Zamawiającego maksymalna liczba godzin dodatkowego wsparcia technicznego możliwa do zaoferowania to ok. 170 h miesięcznie. Przy tym Zamawiający powołał się na jakieś bliżej nieokreślone własne „zapisy” w tym zakresie, które naruszyć miał wykonawca w swojej ofercie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego).

W informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie wskazał i nie powołał żadnych niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w scharakteryzowanym powyżej rozumieniu. Zamawiający wskazał

co najwyżej na niezgodność treści wyjaśnień Odwołującego (lub raczej niezgodność własnej interpretacji treści tych wyjaśnień) z treścią SIWZ.

Tymczasem zgodnie z art. 82 ustawy nie ma innej treści oferty w zamówieniach publicznych niż wyrażona na piśmie w sposób przewidziany przepisami prawa oraz wymaganiami SIWZ. Właśnie z tak sporządzonej i złożonej oferty (często zestawionej z dokumentami, do których oferta referuje) wynika opis zobowiązania zaciąganego przez wykonawcę składającego ofertę. Jasnej, złożonej i wyrażonej w ten sposób treści oferty nie są w stanie zmienić żadne wyjaśnienia wykonawcy składane w jakimkolwiek trybie (jedynie dopuszczalne zmiany treści oferty przewidziano w przepisie art. 87 ust. 2 Pzp i są one dokonywane przez zamawiającego). Bez znaczenia jest więc w tym przypadku – i w tym kontekście – ocena treści wyjaśnień Odwołującego.

Zamawiający wymagał w SIWZ podania w ofercie ilości dodatkowych godzin wsparcia technicznego. Odwołujący wypełnił w swojej ofercie wymagania Zamawiającego i podał ilość dodatkowych godzin, w których zobowiązuje się świadczyć usługi wsparcia technicznego na rzecz Zamawiającego (świadczyć w sposób, który został zadekretowany w treści SIWZ). Oferta wykonawcy pozostaje więc w tym zakresie idealnie zgodna z treścią SIWZ i nie mogą ją zmienić żadne wyjaśnienia wykonawcy.

W świetle zaciągniętych zobowiązań Zamawiający ma więc potencjalną możliwość skorzystania z 300 godzin miesięcznie oferowanych przez Odwołującego usług wsparcia technicznego, w sposób, który opisał w SIWZ. Ilość ta w żadnym aspekcie ani zakresie nie jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty ani na rozprawie przed Izłą nie podał żadnych konkretnych postanowień SIWZ z którymi zastana treść oferty Odwołującego miała być niezgodna.

Nie są również zrozumiałe sugestie Zamawiającego, że tak zakreślone czasowo zobowiązanie wykonawcy miałoby dotyczyć świadczenia niemożliwego. Każdy miesiąc kalendarzowy, w tym luty, ma ponad dwa razy więcej godzin niż wskazane w ofercie 300. Wykonanie zobowiązań w takim wymiarze pozostaje więc jedynie kwestią nakładów rzeczowo-finansowych jakie wykonawca będzie musiał ponieść w tym zakresie. Również okoliczność, iż ze względu na organizację pracy Zamawiającego i jego partnerów, Zamawiający prawdopodobnie nie będzie w stanie wykorzystać wszystkich godzin wsparcia wykonawcy, do których jest uprawniony, pozostaje irrelevantna dla oceny niemożliwości świadczenia, a tym bardziej nie ma nic wspólnego z oceną zgodności oferty z SIWZ. Zamawiający nie wykazał więc w jaki sposób zobowiązanie Odwołującego zaciągnięte w ofercie ma być zobowiązaniem do wykonania świadczenia niemożliwego (w rozumieniu przepisów K.c.). Natomiast „nierealistyczność” ilości godzin zaoferowanych przez Odwołującego, albo rzeczywisty cel i intencje wykonawcy związane z podaniem takiej ich ilości, pozostają bez związku z kwestią oceny zgodności oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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).

.....