

**WYROK**

**z dnia 26 maja 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2014 r. przez **CEZAR C..... M..... i P..... G..... Spółka jawna w Radomiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łącko w Łącku**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **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** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **CEZAR C..... M..... i P..... G..... Spółkę jawną w Radomiu** tytułem wpisu od odwołania

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

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Łącko – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę zestawów komputerowych z oprogramowaniem dla gospodarstw domowych i jednostek podległych Gminie Łącko w ramach projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu mieszkańców Gminy Łącko”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 13 maja 2014 roku wykonawca CEZAR C..... M..... i P..... G..... Spółka jawna w Radomiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, tj.:

1. bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, pomimo zgodności jej treści z treścią specyfikacji;
2. bezpodstawnego unieważnienia postępowania wobec złożenia przez odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z ustawą odrzucenie oferty odwołującego;
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego;

3. oceny oferty odwołującego i jej wyboru jako najkorzystniejszą wobec braku innych ofert niepodlegających odrzuceniu oraz utraty statusu wykonawcy przez pozostałych uczestników przedmiotowego postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający poinformował go faksem (transmisja o godz. 12&) w dniu 08.05.2014 r. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, o odrzuceniu pozostałych ofert i w konsekwencji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odrzucenie oferty odwołującego zamawiający uzasadnił brakiem podania w załączniku nr 7 w tabeli, w kolumnie czwartej, w punktach: 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 i 18 informacji dotyczących oferowanego sprzętu tj. producenta, modelu, typu. W ocenie zamawiającego, powoduje to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ „Informacje dotyczące producenta, modelu, typu oferowanego sprzętu wpływają na zobowiązanie zawarte w ofercie Wykonawcy, gdyż konkretyzują zakres spełnienia świadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Brak wskazania na konkretny wyrób uniemożliwił zamawiającemu identyfikację zaoferowanych produktów

Odwołujący stwierdził, że przedmiotem zamówienia, a więc i oferty odwołującego, jest dostawa zestawów komputerowych. Nie stanowi zatem niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazanie producenta, modelu i typu sprzętu w rozumieniu potocznym, językowym (sprzęt - przedmiot użytkowy (np. komputer,...) - vide słownik SJP.pl), a nie poszczególnych podzespołów sprzętu (urządzenia) niezdolnych do samodzielnej pracy. Natomiast inny niż zawarty w SIWZ sposób (nad)interpretacji wymagań formalnych, co do sposobu prezentacji oferty, jest nieuprawniony. Tezy zawarte w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego nie mogą znaleźć oparcia w wyartykułowanej treści SIWZ, co czyni czynność tą sprzeczną z ustawą i wiążącymi również zamawiającego warunkami przetargu (SIWZ) „Art. 70[1] § 4 Kodeksu cywilnego stanowi, iż organizator od chwili udostępnienia warunków; a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Organizator przetargu, tj. zamawiający oraz oferent - wykonawca od chwili udostępnienia warunków są związani specyficznym stosunkiem zobowiązaniowym i tymi warunkami. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest to SIWZ” .

W ocenie odwołującego nieuprawnione jest twierdzenie zamawiającego, jakoby odwołujący nie sprecyzował swojego zobowiązania w ofercie w sposób umożliwiający jego identyfikację. Odwołujący stosując się do wyartykułowanych wymagań SIWZ, w celu uzyskania

przedmiotowego zamówienia publicznego złożył ofertę, która zawierała oznaczone świadczenie - przedmiot oferty.

Na marginesie odwołujący zauważył również, iż jakkolwiek zamawiający w przedmiotowym postępowaniu miał pełną wiedzę na temat przedmiotu oferty odwołującego, to wobec jakichkolwiek własnych wątpliwości (w ocenie odwołującego wyłącznie hipotetycznych] zaniechał przysługującemu mu uprawnienia do ich wyjaśniania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w takich sytuacjach „Zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2. ustawy Prawo zamówień publicznych należy bowiem interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne. Poza tym, biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 87 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy odczytywać nie tylko jako czyste uprawnienie zależne od uznania zamawiającego, lecz raczej jako kompetencję zamawiającego, a zatem prawo do żądania wyjaśnień połączone z obowiązkiem ich zażądania w celu zachowania należytej staranności w przeprowadzeniu badania i oceny oferty”\*. Zatem art. 87 ust. 1 ustawy może być wykorzystany przez zamawiającego w celu uzyskania wyjaśnień - wykładni autentycznej oświadczenia woli stanowiącego ofertę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, zasądzenie zwrotu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę oraz zasądzenie wynagrodzenia ustanowionego pełnomocnika.

Zamawiający podniósł, że podanie producenta, modelu i typu oferowanego sprzętu miało na celu sprawdzenie, czy oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Niepodanie danych dotyczących oferowanego sprzętu uniemożliwiło zamawiającemu jego identyfikację, a co za tym idzie – ocenę oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że informacje dotyczące producenta, modelu, typu oferowanego sprzętu wpływają na zobowiązanie zawarte w ofercie wykonawcy, gdyż konkretyzują zakres spełnienia świadczenia wymaganego przez zamawiającego. Brak wskazania na konkretny wyrób uniemożliwił zamawiającemu identyfikację zaoferowanych produktów. Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 kwietnia 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 547/10), zgodnie z którym formularz, w którym wykonawca określa, co oferuje, nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż dokumenty te należy odróżnić od samej treści oferty wykonawcy, który wskazuje, w jaki sposób zrealizuje dany przedmiot zamówienia. Jeżeli w załączniku do formularza ofertowego

wykonawcy mieli sprecyzować rodzaj, model, producenta oferowanych urządzeń, oprogramowania, to mając na uwadze jego zawartość merytoryczną, załącznik ten może być uznany za element oferty, który nie stanowi oświadczenia lub dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a jego uzupełnienie naruszałoby art. 26 ust. 3 tejże ustawy.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Szczegółową specyfikację techniczną zawiera załącznik nr 7 do SIWZ. Specyfikacja znajduje się w tabeli, która została podzielona na wiersze zawierające poszczególne atrybuty składające się na przedmiot zamówienia. W nagłówku kolumny 4 tabeli określono, iż wykonawca ma wskazać sprzęt, który oferuje i zobowiązany jest podać producenta, model i typ.

Odwołujący wraz z ofertą złożył załącznik nr 7, w którym w kolumnie 4 tabeli nie podał wymaganych informacji, tj. producenta, modelu i typu dla asortymentu określonego w wierszach 4 (płyta główna), 7 (łączność), 8 (pamięć operacyjna), 9 (pamięć masowa), 10 (napęd optyczny), 11 (obudowa), 12 (klawiatura), 13 (mysz), 14 (czytnik kart pamięci), 15 (odbiornik GPS), 16 zasilacz i 18 (oprogramowanie dodatkowe).

Pismem z dnia 8 maja 2014 roku zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu przedmiotowego odrzuceniu wszystkich ofert. Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego zamawiający wskazał, że wymagał w SIWZ w załączniku nr 7 Szczegółowe Specyfikacje Techniczne w kolumnie czwartej podania informacji dotyczących oferowanego przez Wykonawcę sprzętu, tj. producenta, modelu, typu. Wykonawca w swojej ofercie w załączniku nr 7 w tabeli, w kolumnie czwartej, w punktach: 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 i 18 nie podał informacji dotyczących oferowanego sprzętu, tj. producenta, modelu, typu. Powyższe oznacza, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Informacje dotyczące producenta, modelu, typu oferowanego sprzętu wpływają na zobowiązanie zawarte w ofercie Wykonawcy, gdyż konkretyzują zakres spełnienia świadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Brak wskazania na konkretny wyrób uniemożliwił Zamawiającemu identyfikację zaoferowanych produktów.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego się jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy 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 musi 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 również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania Izba uznała, że brak wymaganych przez zamawiającego danych stanowi niezgodność polegającą na sporządzeniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że zamawiający uprawniony był do żądania od wykonawców tego rodzaju danych przede wszystkim po to, by móc ocenić, czy zaoferowany przez wykonawcę asortyment odpowiada wymaganym parametrom. Bez znaczenia jest tu podnoszony przez odwołującego fakt, iż dane, których nie podał, dotyczyły poszczególnych podzespołów sprzętu, niezdolnych do samodzielnej pracy. Wszystkie komponenty zamawianego sprzętu odnoszą się do przedmiotu zamówienia, zamawiający ma zatem uprawnienie i obowiązek zbadania, czy wszystkie jego elementy odpowiadają wskazanym w siwz wymogom. Jeżeli odwołujący kwestionował zasadność żądania tego typu informacji, swoje zastrzeżenia winien był formułować poprzez wniesienie odwołania na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia; mógł też zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie jej treści.

A zatem uznać należy, iż odwołujący, decydując się na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, winien był respektować ustalone przez zamawiającego zasady i podać wymagane informacje. Z kolei zamawiający, który zobligowany jest egzekwować od wykonawców dostosowanie się do warunków przetargu, nie może odstąpić od tego obowiązku wobec niektórych z wykonawców, uznając, iż brak wymaganych danych nie stanowi uchybienia postanowieniom siwz.

Nie można również przyjąć, że tego rodzaju uchybienie jest jedynie brakiem formalnym, a zatem nie powinno skutkować odrzuceniem oferty. O niezgodności formalnej możemy bowiem mówić wówczas, gdy oferta nie odpowiada przyjętemu przez zamawiającego szablonowi, np. nie jest sporządzana na przygotowanym przez zamawiającego formularzu ofertowym, niemniej jednak zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy, nie ma ponumerowanych stron bądź też jej strony są podpisane a nie parafowane. Brak podstawowych danych odnoszących się do przedmiotu zamówienia stanowi uchybienie nie dające się zakwalifikować jako uchybienie formalne.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby zamawiający winien był w tej sytuacji wezwać go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści



oferty, z wyjątkiem poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie.

Biorąc pod uwagę treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niezrozumiałym jest żądanie odwołującego się, by zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Wyjaśniać można bowiem to, co w ofercie już się znajduje, nie zaś to, czego w ofercie nie ma. Jakikolwiek wyjaśnienia złożone w danym stanie faktycznym prowadziłyby w istocie do uzupełnienia braków oferty stanowiących jej elementy przedmiotowo istotne. Izba zwraca uwagę, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może być podstawą do uzupełnienia tego rodzaju uchybień, ponieważ wykracza poza wykazanie, w jaki sposób należy rozumieć treść oferty.

Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego kosztów związanych z dojazdem na rozprawę oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, pomimo złożenia wniosków w tym zakresie.

Stosownie do art. 192 ust. 10 *in principio* ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. O tym, czym są koszty postępowania odwoławczego rozstrzyga § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). I tak – w myśl wzmiankowanego przepisu – do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie przedłożonych rachunków, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Z powyższego wynika, iż warunkiem przyznania zwycięskiej stronie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika jest złożenie do akt sprawy rachunków określających ich wysokość. Ze złożonego rachunku wynika bowiem kwota, jaką strona poniosła z tego tytułu i tylko taką kwotę Izba może zasądzić na jej rzecz. Fakt nie złożenia rachunku nie oznacza także, że stronie należy przyznać kwotę 3 600 zł, ponieważ jest to maksymalna, nie minimalna kwota, jaka może być zasądzona na rzecz strony. W tym zakresie wskazane wyżej rozporządzenie różni się od innych regulacji, np. w sprawach opłat za czynności adwokatów czy radców prawnych, które określają wysokość stawek minimalnych, należnych pełnomocnikowi co najmniej w tej wysokości, bez konieczności udowadniania ich poniesienia. Rozporządzenie z dnia 15 marca 2010 roku nie określa minimalnego wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi, co oznacza, że strona w każdym przypadku musi wykazać, że poniosła koszty, o których przyznanie wnosi.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie złożył wymaganych rachunków, a zatem Izba nie przyznała na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....