

**WYROK**  
z dnia 8 kwietnia 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2016 r. przez wykonawcę

**Symmetry Sp. z o. o. ul. Z. Vogla 8, 02-963 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów**  
**ul. Samorządowa 1, 02-601 Radom**

przy udziale wykonawcy **Net-o-logy Sp. z o.o. ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 3. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla zadania 3. z uwzględnieniem oferty Symmetry Sp. z o. o.,
2. kosztami postępowania obciąża Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Symmetry Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

**2.2. zasądza od Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów na rzecz Symmetry Sp. z o.o. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „usługi zintegrowanego środowiska teleinformatycznego dla nowych rozwiązań biznesowych – Zadanie 3 – Rozbudowa środowiska bezpieczeństwa danych w CPD MF na potrzeby realizacji I Fazy Projektów CVP, e-finanse oraz PUESC” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 grudnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 253-46268. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Symmetry Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jego bezpodstawne wykluczenie,
2. wyborze oferty złożonej przez Netology Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
3. niewezwaniu Odwołującego do złożenia brakujących oświadczeń do oferty, alternatywnie nieuznaniu, że dodatkowe oświadczenia złożone przez Odwołującego po terminie składania ofert są oświadczeniami wymaganymi przez Zamawiającego, niepowodującymi zmiany treści oferty, a co za tym idzie – że potwierdzają zakres informacji, jakich wymagał Zamawiający oraz spełnienie warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez ofertę Odwołującego, alternatywnie niewezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców,
2. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia brakujących oświadczeń,
3. art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści informacji zawartych w ofercie lub wyjaśnień dotyczących treści oferty,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienie czynności wykluczenia, a następnie odrzucenia oferty Odwołującego,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia brakujących oświadczeń lub nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia oświadczeń złożonych przez Odwołującego,
5. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
6. nakazanie Zamawiającemu uznania, że oferta Odwołującego spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
7. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, jednakże Zamawiający wykluczył Odwołującego i odrzucił jego ofertę bez wcześniejszego wezwania do uzupełnienia brakujących oświadczeń, wymaganych przez specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący, z ostrożności uzupełnił wszystkie wymagane przez Zamawiającego oświadczenia pismem z 9 marca 2016 r. (po upływie terminu składania ofert), co nie spowodowało zmiany treści oferty ani nie wpłynęło na zmianę punktacji przyznanej ofercie. Zamawiający oczekiwał złożenia wraz z ofertą szeregu oświadczeń, wskazując, że w tym celu istnieje możliwość wykorzystania formularza ofertowego A3 załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W efekcie zmian dokumentacji postępowania Odwołujący omyłkowo nie załączył formularza A3, jednak istniała możliwość złożenia oświadczeń wymaganych przez Zamawiającego i uwzględnienia ich w treści oferty, także bez konieczności wykorzystania formularza A3. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że oczekiwał złożenia oświadczeń w zakresie:

1. oferowanego okresu gwarancji,
2. akceptacji warunków gwarancji i płatności,
3. ewentualnego udziału podwykonawców,
4. o cenie brutto zawierającej wszelkie koszty,
5. że wykonawca zapoznał się z specyfikacją i nie wnosi do niej zastrzeżeń,
6. zobowiązania do zawarcia umowy w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego,
7. samodzielnego wykonania zamówienia.

Oferta Odwołującego nie zawierała niektórych ze wskazanych powyżej oświadczeń wyrażonych w sposób bezpośredni i wprost, co nie zmienia faktu, że podlegały one uzupełnieniu w drodze odpowiedniego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dopuścił możliwość pomijania niektórych oświadczeń wskazując także na konsekwencje braku takiego oświadczenia. Zgodnie z ust. 1 pkt 1.2. ppkt 1.2.2. rozdziału XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli wykonawca w ofercie nie zaznaczy oferowanego okresu gwarancji przyjmuje się, że wykonawca oferuje minimalny wymagany okres gwarancji wynoszący 48 miesięcy i otrzyma 0 punktów w kryterium „Okres gwarancji”. Wskazał także, że informacje dotyczące okresu gwarancji, jaką oferuje wykonawca, nie będą podlegały uzupełnieniu i nie będzie można uzyskać dodatkowej liczby punktów w tym kryterium w wyniku złożenia wyjaśnień po otwarciu ofert. Tym samym Zamawiający dopuścił nieskładanie oświadczeń w zakresie gwarancji, zaś nawet w efekcie uzupełnienia oferty przez Odwołującego nie doszło do modyfikacji tego oświadczenia, a co za tym idzie – modyfikacji oferty oraz zmiany punktacji oferty Odwołującego. W samej treści formularza A3 wskazano możliwość nieokreślania tego elementu.

W zakresie akceptacji warunków płatności i gwarancji – Zamawiający dopuścił złożenie oświadczenia o akceptacji warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie można domniemywać, że Odwołujący złożył inne oświadczenie o płatnościach niż zgodnie ze specyfikacją. Złożenie oferty oznacza akceptację warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wymogów Zamawiającego i jako takie nie może być kwestionowane, gdyż w przeciwnym razie przeczyłoby to sensowi prowadzenia postępowań przetargowych, w których zamawiający kształtują oczekiwane przez siebie warunki, których akceptacją jest niezaprzeczalnie złożenie oferty przez wykonawcę.

Co do podwykonawców lub samodzielnego wykonania zamówienia – Zamawiający dopuścił możliwość korzystania z podwykonawców, ale nie uczynił z tego obowiązku, jak też nie zobowiązał do wykonania osobiście. Tym samym oferta Odwołującego, która nie zawiera wskazania podwykonawcy, musi być interpretowana jako oczywiste wskazanie, że zostanie wykonana samodzielnie przez Odwołującego i nie można domniemywać, że przez brak wskazania podwykonawcy Odwołujący chciałby na etapie realizacji skorzystać z podwykonawców, gdyż byłoby to sprzeczne z warunkami umowy, której wzór został dołączony do dokumentacji postępowania.

Co do ceny brutto zawierającej wszystkie koszty – Odwołujący załączył do oferty szczegółowy wykaz elementów cenotwórczych, zgodnie z formularzem wymaganym bezwzględnie przez Zamawiającego. Wskazał także w treści oferty cenę zapłaty, której oczekuje, z podziałem na część podstawową oraz opcję. Nie można więc domniemywać, że cena ta nie zawierałaby wszystkich elementów i że Odwołujący mógłby domagać się wyższego wynagrodzenia, zwłaszcza że cena ta zostałaby przepisana do umowy i nie mogłaby ulec zmianie.

Zgodnie z rozdziałem XI pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta musi zawierać:

5.1 pełną nazwę Wykonawcy – zawarta w treści pierwotnej oferty,

5.2 adres siedziby Wykonawcy – zawarty w treści pierwotnej oferty,

5.3 cenę oferty zawierającą wszelkie koszty, wyliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału VI – zawarta w treści pierwotnej oferty,

5.4 dokumenty i oświadczenia określone w rozdziale IX – dokumenty zawarte w treści pierwotnej oferty oraz oświadczenia podlegające uzupełnieniu na wezwanie lub samodzielnie przez wykonawcę niepowodujące zmiany treści oferty,

5.5 termin realizacji przedmiotu zamówienia – dopuszczalny zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – brak obowiązku wskazania, skoro dopuszczalne były warunki zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5.6 załącznik A 3.1. do specyfikacji – zawarty w pierwotnej części oferty,

5.7 jeśli Wykonawca zamierza skorzystać z usług podwykonawców przy realizacji przedmiotowego zamówienia, obowiązany jest wskazać w ofercie część zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom – o ile dotyczy – skoro Odwołujący nie planował powierzenia realizacji podwykonawcom, to nie musiał składać tego oświadczenia.

Złożenie oferty – co do zasady – stanowi *de facto* zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty, chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji – jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów, złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie sposób zaakceptować stanowiska, że sam fakt złożenia oferty nie w pełni zgodnej ze specyfikacją jest dowodem woli złożenia przez wykonawcę oferty niezgodnej ze specyfikacją, gdyż wtedy przepis ten pozostałby martwy.

Tym samym, wobec powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do tego, czy złożona przez Odwołującego oferta jest potwierdzeniem akceptacji warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w elementach, które Zamawiający dopuszczał do pominięcia w treści oferty – Zamawiający mógł upewnić się kierując odpowiednie zapytanie do

Odwołującego. Niezależnie od tego, skoro Odwołujący samodzielnie uzupełnił brakujące oświadczenia, które nie doprowadziły do modyfikacji treści oferty, a jedynie rozwiały wątpliwości Zamawiającego, to Zamawiający nie może stać na stanowisku, że nie wykazano spełniania warunków udziału przez Odwołującego. Samodzielne uzupełnienie wywołuje takie same skutki, jak uzupełnienie na skutek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Samodzielnie uzupełnione przez Odwołującego dokumenty nie spowodowały modyfikacji treści oferty, a przede wszystkim nie miały wpływu na zastosowane kryterium oceny ofert.

Załączony (uzupełniony) formularz A3 nie zmienia treści oferty, nie powoduje zmiany punktacji, ceny lub innych elementów mogących mieć wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, przyznanej punktacji, gdyż zawiera tylko uzupełnienie brakujących oświadczeń.

## II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie zawiera informacji, jakich wymagał Zamawiający, zawartych w formularzu oferty, a mianowicie:

1. oferowanego okresu gwarancji,
2. akceptacji warunków gwarancji oraz warunków płatności,
3. ewentualnego udziału w postępowaniu podwykonawców,
4. oświadczenia, że zaoferowana cena brutto podana w niniejszym formularzu zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, jakie ponosi Zamawiający w przypadku wyboru oferty,
5. oświadczenia, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosi do niej zastrzeżeń, oraz że uzyskał wszystkie niezbędne informacje do przygotowania oferty,
6. zobowiązania do zawarcia umowy w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego,
7. oświadczenia w zakresie samodzielnego wykonania zamówienia.

W rozdziale XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał na wymagania, zgodnie z którymi treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; do przygotowania oferty zaleca się wykorzystanie formularza ofertowego, którego wzór stanowi załącznik A1-A3 do specyfikacji i zamieszczenie formularza na początku oferty, lub zawarcie wymaganych w ww. formularzu informacji na początku oferty; oferta musi zawierać: 4.1 pełną nazwę Wykonawcy; 4.2 adres siedziby Wykonawcy; 4.3 cenę oferty zawierającą wszelkie koszty, wyciczone zgodnie z postanowieniami rozdziału VI; 4.4 dokumenty i oświadczenia określone w rozdziale IX; 4.5 termin realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Zamawiającego nie nastąpiły żadne okoliczności, które uprawniałyby Odwołującego do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami i z należytą starannością dokonał badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym także oferty Odwołującego. Okoliczność, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy pozostałe oferty złożone w postępowaniu nie wykazują takich niezgodności i odrzuceniu nie podlegają, nie może być przez Odwołującego traktowana jako objaw nierównego traktowania wykonawców lub prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji. Niekorzystne dla Odwołującego czynności Zamawiającego są pochodną zaniedbań Odwołującego na etapie przygotowywania oferty. Niesporne jest, że Odwołujący omyłkowo nie załączył do złożonej przez siebie oferty formularza ofertowego, którego wzór stanowił załącznik A3 do specyfikacji, co Odwołujący sam przyznał. Ze względu na to przeoczenie Odwołującego, oferta złożona pierwotnie przez Odwołującego nie zawierała wszystkich elementów składających się na treść oferty, a których uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ani wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1, a tym bardziej w trybie określonym w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest w ocenie Zamawiającego możliwe. Z tych względów jedyną czynnością, którą mógł podjąć Zamawiający wobec oferty Odwołującego, było jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

W związku ze stwierdzeniem przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający skorzystał z ustawowego uprawnienia do zaniechania uzupełnienia niektórych oświadczeń, które mogłyby zostać uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca dokonał samodzielnego uzupełnienia formularza oferty w dniu 9 marca 2016 r. powołując się przy tym na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyjaśniając, że wszystkie informacje, których wymagał Zamawiający w formularzu ofertowym stanowią jedynie oświadczenia, które podlegają uzupełnieniu w trybie określonym w art. 26 ust. 3



ustawy Prawo zamówień publicznych, a późniejsze uzupełnienie tych oświadczeń, jako niemających skutków dla oceny oferty, powinno być wzięte pod uwagę Zamawiającego.

Zamawiający nie podziela tego poglądu. W szczególności, w ocenie Zamawiającego, nie podlegają uzupełnieniu oświadczenia stanowiące treść oferty w znaczeniu materialnym, jak i formalnym, które zgodnie z treścią art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych podaje się podczas otwarcia ofert (informacje dotyczące terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności). Uznanie złożonego przez Odwołującego w dniu 9 marca 2016 r. formularza ofertowego za prawidłowy skutkowałoby modyfikacją oferty, która prowadzi do istotnych zmian w jej treści, co prowadzi do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i przyjęciem oferty w brzmieniu określonym 9 marca 2016 r.

Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełniania oświadczeń, które podlegają uzupełnieniu, ponieważ oferta Odwołującego, mimo ich złożenia (uzupełniania) podlega odrzuceniu z przyczyn opisanych powyżej.

Dokonanego przez Odwołującego samoistnego uzupełnienia tych oświadczeń nie można uznać za skuteczne, ponieważ zostały złożone na dzień 9 marca 2016 r., to jest po terminie składania ofert, a zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Zamawiający stwierdził, że zakres braków w ofercie Odwołującego uniemożliwia ich wyjaśnienie w trybie przewidzianym w art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ takie działanie prowadziłoby jednoznacznie do zmiany treści oferty Odwołującego lub mogłoby zostać uznane za prowadzenie między Zamawiającym a Odwołującym negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zgodnie z art. 87 niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zamawiający uznał ponadto, że braki w ofercie są tego rodzaju, że nie kwalifikują się także do ich poprawienia w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu materialnym i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Po upływie terminu składania ofert nie jest możliwe ich uzupełnienie, albowiem doszłoby do niedozwolonej zmiany treści oferty.

Nie można również uznać, iż Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i na warunkach określonych w umowie, ponieważ w ofercie nie ma informacji, iż „Wykonawca oferuje wykonanie zamówienia

zgodnie z SIWZ”, nie można domniemywać również, że samo złożenie oferty potwierdza zapoznanie się z dokumentacją i akceptację warunków wykonania zamówienia.

Kryteriami oceny ofert były „cena” i „okres gwarancji”. W ust. 1 pkt 1.2. ppkt 1.2.2. rozdziału XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że jeśli wykonawca w ofercie nie zaznaczy oferowanego okresu gwarancji, przyjmuje się, że oferuje minimalny wymagany okres gwarancji wynoszący 48 miesięcy i otrzyma 0 punktów w kryterium „Okres gwarancji”. Odwołujący nie złożył w treści oferty w ogóle oświadczenia, iż oferuje jakikolwiek okres gwarancji (nie tylko nie oznaczył właściwego okresu gwarancji, co umożliwiłoby Zamawiającemu zastosowanie ww. mechanizmu. W tym stanie rzeczy oferta nie może być oceniona przez Zamawiającego zgodnie z przyjętymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriami oceny ofert.

Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, że oferta złożona przez niego 7 marca 2016 r., była ofertą zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ofertą kompletną, a w szczególności, że zawierała oświadczenia Odwołującego dotyczące terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności. Okoliczność, że oferta Odwołującego została uzupełniona o te brakujące elementy w dniu 9 marca 2016 r. potwierdza jedynie prawidłowość podjętych przez Zamawiającego działań.

## II Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treść oferty Odwołującego) nie jest sporny między stronami i odpowiada stanowi opisanemu przez Odwołującego w odwołaniu oraz przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i nie był on kwestionowany przez Strony ani Przystępującego.

Bezsporne jest, że Odwołujący nie przedstawił w ramach swojej oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert przygotowanego przez Zamawiającego wzoru formularza ofertowego (załącznika A3) ani innego dokumentu o odpowiadającej mu treści.

Z punktu widzenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i zasad udzielania zamówień publicznych, formularz oferty stanowi najściślejszą część oferty (zwaną popularnie

„merytoryczną”), która nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to bowiem oświadczenie, o którym mowa w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, czyli oświadczenie drugiej stronie (zamawiającemu) woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy.

Jednak należy zauważyć, że – biorąc pod uwagę różne rodzaje i wagę oświadczeń, które zamawiający mógł zamieścić w owym formularzu ofertowym – nie wszystkie poszczególne oświadczenia mają to znaczenie. Dlatego każdorazowo należy indywidualnie badać ich rodzaj i znaczenie dla złożonej oferty.

W przedmiotowej sprawie w formularzu ofertowym zawarto pojedyncze oświadczenia i informacje dotyczące:

1. danych wykonawcy,
2. nazwy zamówienia,
3. ceny (zamówienia podstawowego i opcji),
4. oferowanego okresu gwarancji (opcja do wykreślenia: 48/60 miesięcy),
5. warunków płatności,
6. terminu realizacji zamówienia,
7. potwierdzenia, że zaoferowana cena brutto podana w formularzu zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, jakie ponosi Zamawiający w przypadku wyboru oferty,
8. deklaracji co do wykonania zamówienia samodzielnie lub przy udziale podwykonawców,
9. zapoznania się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, braku do niej zastrzeżeń, oraz uzyskania wszystkich niezbędnych informacji do przygotowania oferty,
10. zobowiązania do zawarcia umowy w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego,
11. rachunku bankowego do zwrotu wadium,
12. osoby do kontaktów,
13. przynależności do grupy kapitałowej (które Odwołujący złożył w postaci osobnego dokumentu).

Jak wynika z powyższego, tylko część treści formularza ofertowego można uznać za oświadczenie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy. Są to oświadczenia dotyczące identyfikacji oferenta i przedmiotu oferty (nazwy zamówienia), ceny oferty, oferowanej gwarancji, warunków płatności, terminu realizacji oraz wykonania samodzielnie lub przy udziale podwykonawców – z tym zastrzeżeniem, że wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niektóre z tych oświadczeń tracą

przymiot istotności. Przy tym zasadnicze oświadczenia zostały przez Odwołującego złożone lub można je uznać za złożone.

Pomimo bowiem braku ww. formularza ofertowego w przedstawionych dokumentach Odwołujący zidentyfikował oferenta (określił swoje dane) oraz przedmiot oferty (nazwę zamówienia), podał również cenę oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Nie było to kwestionowane, a Zamawiający zidentyfikował przedstawiony dokument bez wątpliwości jako ofertę w tym postępowaniu dotyczącą zadania 3. W tym zakresie nie występują więc braki, które mogłyby powodować negatywne skutki dla losów oferty.

Kolejnym istotnym brakiem mógłby być brak oświadczenia dotyczącego oferowanej gwarancji – w szczególności, że element ten stanowił jedno z kryteriów oceny ofert. Zamawiający jednak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział sposób naprawy ewentualnych braków w tym zakresie, tj. w rozdziale XVI pkt 1.2. ppkt 1.2.2. wskazał, że jeśli wykonawca w ofercie nie zaznaczy oferowanego okresu gwarancji, przyjmie, że oferuje on minimalny wymagany okres gwarancji wynoszący 48 miesięcy (i w konsekwencji otrzyma 0 punktów w kryterium „Okres gwarancji”). Podobny komentarz został zamieszczony również w formularzu A3.

W rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający w sposób kategoryczny narzucił wykonawcom minimalny, 48-miesięczny, okres gwarancji, a wykonawcy nie mieli prawa zmienić owego warunku realizacji zamówienia (poza zaoferowaniem punktowanego terminu 60-miesięcznego).

Tym samym – wobec powyższego mechanizmu automatycznego uzupełniania oświadczenia woli wykonawcy – brak oświadczenia wykonawcy w tym zakresie traci swoje istotne znaczenie, gdyż wykonawca, składając ofertę, automatycznie zaoferował 48-miesięczny termin gwarancji. Zdaniem Izby, jeśli chodzi o konsekwencje, to wobec tak jednoznacznie określonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie ma też znaczącej różnicy pomiędzy pominięciem oświadczenia o gwarancji w całości, a pominięciem samego okresu gwarancji, gdyż i tak to wskazanie okresu gwarancji jest najistotniejszą treścią takiego oświadczenia.

Trzecim potencjalnie istotnym oświadczeniem mogłoby być oświadczenie dotyczące udziału podwykonawców w realizacji zamówienia lub też jego samodzielnej realizacji – ale pod warunkiem, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określiłby w tym zakresie jakieś wymogi. W przypadku braku takowych wymagań oraz dowolności decyzji wykonawcy o korzystaniu z podwykonawców, oświadczenie w tym zakresie należy uznać za wyłącznie informacyjne, a tym samym pozbawione przymiotu istotności dla treści oferty czy

przyszłej umowy. Tym samym jego brak nie może wywoływać tak daleko idących dla oferty skutków jak jej odrzucenie.

Również oświadczenia czy też informacje dotyczące terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności, nie mają w tym przypadku znaczenia, gdyż żadnego z tych elementów wykonawcy nie określali samodzielnie, lecz zostały one z góry narzucone przez Zamawiającego. Tym samym oświadczenia wykonawców w tym zakresie sprowadzały się do stwierdzenia „zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Nie były to więc elementy, które można by uznać za „istotne” z punktu widzenia treści oferty czy jej zmiany.

W przypadku wątpliwości, czy zaoferowana przez Odwołującego cena zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, jakie poniesie Zamawiający, Zamawiający mógł się o to dopytać w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w sumie bardziej, aby mieć zwerbalizowane oświadczenie w tym zakresie niż z rzeczywistej potrzeby prawnej, gdyż również i to zostało określone postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy (zwłaszcza § 10 dotyczący wynagrodzenia oraz § 16 dotyczący zmian umowy).

Również każdy z pozostałych elementów formularza ofertowego mógł stanowić przedmiot takiego zapytania. Zdaniem Izby pytanie typu: „Czy Wykonawca na pewno zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami i warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia?” i odpowiedź typu: „Tak, zaoferowaliśmy wszystko zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” trudno uznać za zmianę oferty. Nie można tu bowiem oderwać się od istoty stosunku przetargowego, jaki łączy wykonawców i Zamawiającego – a istotą tą jest właśnie to, że wykonawcy nie mogą zmieniać jakichkolwiek warunków realizacji zamówienia ustalonych odgórnie przez zamawiającego. Tym samym słuszne jest twierdzenie Odwołującego, że z owej istoty stosunku wynika domniemanie, że nawet bez dodatkowych oświadczeń, samo złożenie oferty oznacza, że wykonawca zamierzał złożyć ofertę zgodną z wymaganiami zamawiającego. Jest to więc sytuacja analogiczna do opisanej w art. 56 Kodeksu cywilnego, tj. w której czynność prawna wywołuje skutki nie tylko w niej wyrażone, ale także wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów.

Tym samym konsekwencje braku ww. oświadczeń w postaci odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała za zbyt daleko idące.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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).

**Przewodniczący:** .....