

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 23 stycznia 2017 r., w sprawie KIO 2439/16 Krajowa Izba Odwoławcza oddalił odwołanie wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. od zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : (...) S.A. w G., (...) S.A. w R., (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i o odrzuceniu oferty odwołującego; obciążył kosztami postępowania (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W..

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zamawiający - Miasto Ł. - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pod nazwą „Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami Miasta” (nr postępowania (...)271.71.2015). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr (...)047- (...) z dnia 29 stycznia 2016 r., w tym samym dniu zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {<http://przetargi.bip.uml.lodz.pl>}, na której również od tego dnia udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia. Ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp. W dniu 14 grudnia 2016 r. zamawiający przesłał drogą elektroniczną odwołującemu - (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) S.A. z siedzibą w G., (...) S.A. z siedzibą w R., (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., a także o odrzuceniu oferty Odwołującego. W dniu 23 grudnia 2016 r. odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności zamawiającego, której zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 - przez zaniechanie ich zastosowania i wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą w rozumieniu SIWZ.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez bezpodstawne jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego.
3. art. 7 ust. 1 - przez zaniechanie jego zastosowania i nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia odrzucenia oferty złożonej przez Sputnik
3. dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Skargę na ten wyrok Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca – (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.. Zarzucił skarżonemu wyrokowi naruszenie przepisów postępowania tj. art. 190 ust. 7 pzp oraz art. 233 k.p.c. w zw. z 185 ust.7 pzp w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. polegające na dowolnej i wybiórczej, a nie swobodnej i wszechstronnej ocenie zebranego materiału, wbrew zasadom logicznego rozumowania, skutkującej ustaleniami sprzecznymi z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, czyli nie przeprowadzeniu prawidłowego postępowania dowodowego, poprzez:

- a. bezpodstawne przyjęcie, że zestaw testowy wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ( (...)) stanowił element (część) oferty, bez którego ta oferta nie mogła być uznana za zgodną z SIWZ, pomimo że z treści tejże specyfikacji jasno wynika, że niezłożenie zestawu testowego w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego skutkowało będzie jedynie otrzymaniem przez Wykonawcę zera („0”) punktów w kryteriach oceny;

b. bezkrytyczne, a przy tym wybiórcze oparcie ustaleń faktycznych na twierdzeniach Zamawiającego, pomimo ich oczywistej sprzeczności ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, a w szczególności postanowieniami SIWZ, a w konsekwencji nieuprawnionym przyjęciu, że z opisu przedmiotu zamówienia wynikał obowiązek wykorzystania w oferowanym oprogramowaniu (a zwłaszcza w zestawie testowym) komponentu aplikacyjnego standardowego rozwiązania klasy (...);

c. wyprowadzenie przez Izbę wniosków nie wynikających ze zgromadzonego materiału dowodowego, a w szczególności nieuprawnione przyjęcie że Skarżący jako podmiot realizujący usługi dla Zamawiającego powinien zdawać sobie sprawę, że opisane w SIWZ dostawa, wdrożenie dostosowanie do potrzeb Zamawiającego, uruchomienie oraz serwis gwarancyjny i usługi asysty technicznej standardowego rozwiązania klasy (...) są równoznaczne z wymogiem użycia komponentu aplikacyjnego standardowego rozwiązania klasy (...);

d. nieuprawnionym przyjęciu jakoby Skarżący negocjował, że w przedmiotowym postępowaniu wymagane było zaoferowanie Systemu opierającego się na standardowym rozwiązaniu klasy (...) oraz nieuzasadnionym (nie mającym oparcia w SIWZ) przyjęciu, że oprogramowanie (...) miało być rozbudowane przez wykonawcę zamówienia jedynie w niezbędnym zakresie;

e. brak należytego i wszechstronnego odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności brak wyczerpującej i całościowej analizy materiału dowodowego (zwłaszcza SIWZ) pozwalającej na prześledzenie toku rozumowania I..

Zarzucił dalej ; naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a. art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez jego błędne zastosowanie w niniejszej sprawie na skutek bezpodstawnego uznania, że treść oferty Skarżącego jest niezgodna z treścią SIWZ;

b. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie zastosowania na skutek błędnego przyjęcia, że jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu jest oferta przystępującego uczestnika.

W konkluzji wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Skarżącego;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert,

oraz o zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Okręgowy zważył,**

**co następuje :**

Skarga jest bezzasadna . Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż wbrew intencji skarżącego , w sprawie nie doszło do zarzucanych naruszeń tak prawa materialnego jak i formalnego. Krajowa Izba Odwoławcza w sposób prawidłowy dokonała ustaleń faktycznych i wywiodła z nich nie naruszające prawa wnioski . Podnieść trzeba, że niesporne w postępowaniu odwoławczym było, że standardowe rozwiązanie klasy (...) produkcji O. o nazwie E-B. (...) dostępne jako oprogramowanie (...) zawiera moduły aplikacyjne wyznaczające zakres jego możliwego zastosowania, w tym w odniesieniu do zarządzania finansami moduł O. F. {powyżej nazywany również (...)}, to nie można jednocześnie twierdzić, że bez tego typu modułów nadal stanowi „standardowe rozwiązanie klasy (...), gdyż w takiej okrojonej postaci jest ono niekompletne i nie spełnia żadnych funkcji, do których jest przeznaczone, a zatem nie wspiera również zarządzania finansami. Rozwiązanie zaprezentowane i oferowane przez Sputnik, w którym zamiast standardowych

modułów aplikacyjnych O. E.-B. (...) są wyłącznie moduły zaprogramowane od podstaw przez Sputnika z użyciem technologii O. F., nie odpowiada treści opisu przedmiotu zamówienia SIWZ obowiązującej w tym postępowaniu, gdyż zamiast wykonania rozbudowy O. E.-B. (...), czyli standardowego rozwiązania klasy (...), o niewystępujące w nim funkcjonalności wymagane przez zamawiającego, dzięki zaprogramowaniu nowych funkcjonalności, warstw lub nowych modułów, oferuje zastąpienie wszystkich istniejących standardowych modułów własnymi, wykonanymi według tej samej technologii w oparciu o tzw. platformę O. E.-B. (...). W zawiadomieniu przekazanym Sputnikowi zamawiający zawarł uzasadnienie odrzucenia oferty, które uwzględniało powyżej ustalone okoliczności. Obszerne uzasadnienie faktyczne z użyciem terminu „komponent aplikacyjny” oraz diagramów służyło jak najdokładniejszemu wyjaśnieniu stwierdzonej adekwatnie przez zamawiającego niezgodności zestawu testowego z oferty Sputnika z treścią postanowień SIWZ. Odwołujący bezpodstawnie domaga się uchylecia odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż odwołanie opiera się na wybiórczej interpretacji postanowień opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności definicji Oprogramowania Aplikacyjnego, przy jednoczesnym zanegowaniu, że wymagane było zaoferowanie Systemu, który będzie opierał się na standardowym rozwiązaniu klasy (...) jako oprogramowaniu (...) rozbudowanym przez wykonawcę zamówienia jedynie w niezbędnym zakresie. Odwołujący, wbrew treści opisu przedmiotu zamówienia, sprowadza rozumienie „standardowego rozwiązania klasy (...) do wymogu wykonania przez wykonawcę zamówienia modułów aplikacyjnych w oparciu o to samo oprogramowanie narzędziowe co standardowe moduły aplikacyjne producenta tego rozwiązania służące wsparciu dziedzin działalności objętej przedmiotem zamówienia. Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna. Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji. Rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 k.c., zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ. W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w SIWZ przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 6 ust. 1 pkt 2 - 4 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach lub fotografiach produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi być poświadczona przez wykonawcę na żądanie. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym - niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym - niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. R. konsekwencją nieuzupełnienia dokumentu przedmiotowego (innego niż potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu) jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. W odniesieniu do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, oznacza to konieczność zidentyfikowania parametru oferowanego produktu, który nie znalazł w nich kwalifikowanego potwierdzenia, pomimo że w ofercie został zadeklarowany przez wykonawcę jako zgodny z parametrem wymaganym według opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 87 ust. 1 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 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomnianej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. Z kolei z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, lub którzy złożyli takie dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Ponadto zamawiający może w odniesieniu do złożonych pierwotnie lub uzupełnionych dokumentów zażądać od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Oczywiście jest, że instytucja ta służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla zamawiającego treści dokumentu, w szczególności ustaleniu gdzie znajduje się informacja potwierdzająca spełnianie wymagań, a nie zmianie treści dokumentu, co jest możliwe w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Nie można wyjaśnieniami przywrócić sobie możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu. Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji - złożenia oferty zgodnej z SIWZ - o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia woli co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli - jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty - jeśli wprost nie odpowiada ona treści SIWZ {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obowiązuje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli

- jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia - powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez przyzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Jednakże zastosowanie tych instrumentów jest możliwe tylko wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez przyzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego. Oferta Sputnika jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia w zasadniczy i nieodwracalny sposób, stąd nawet przy wykorzystaniu powyższych instrumentów nie da się uzyskać stanu zgodności jej treści z treścią SIWZ . W szczególności ponieważ zestaw testowy stanowił w tym przypadku część treści oferty podlegającej ocenie, niemożliwe jest jego uzupełnienie lub zmiana na inny, gdyż prowadziłoby to niedopuszczalnej zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 198a ust 2 i art. 198f ust 2 i 5 pzp oddalił skargę o i orzekł o kosztach postępowania odwoławczego.