

Sygn. akt: KIO 2707/12

**WYROK**  
**z dnia 8 stycznia 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Emil Kawa</b>
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 stycznia 2013 roku** w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2012 roku przez wykonawcę **ORTI B..... Sp. k., 20 – 078 Lublin, ul. Cicha 1 lok 1U** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00 – 175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 70**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy **AGN Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie tabeli 1.3.1 Przełączniki LAN 10 GbE, pozycja 9 Instalacja i wdrożenie dotyczących charakterystyki wymagań oferowanych, oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00 – 175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 70** i,
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ORTI B..... Sp. k., 20 – 078 Lublin, ul. Cicha 1 lok 1U** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00 – 175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 70** na rzecz wykonawcy **ORTI B..... Sp. k., 20 – 078 Lublin, ul. Cicha 1 lok 1U** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na „*Zakup serwerów x86 pod portowanie wraz z 3-letnią usługą serwisową*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 198-325571 w dnia 13 października 2012 r.

Zamawiający w dniu 28 listopada 2012 roku poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta wykonawcy GALAXY z Zielonej Góry.

Od takiej czynności Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca ORTI B..... sp. k. ul. Cicha 3/1 u z Lublina .

W złożonym odwołaniu podniósł szereg zarzutów wobec czynności Zamawiającego ,tj.

- a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez brak zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy GALAXY o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy GALAXY, pomimo iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy AGN, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- d) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Techelon oraz zaniechania czynności uznania oferty konsorcjum Techelon za odrzuconą, pomimo iż konsorcjum Techelon nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- e) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Wobec podniesienia powyższych zarzutów Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i wezwał wykonawców do złożenia szeregu wyjaśnień i uzupełnienia złożonych wraz z ofertą dokumentów. W wyniku dokonanych ustaleń Zamawiający dokonał

ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy AGN Polska Sp. z o.o ul. Zbójnogórska 36A z Warszawy, natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

W wyniku powtórzenia przez Zamawiającego czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący na rozprawie oświadczył, że cofa podniesione zarzuty wobec czynności Zamawiającego dokonanych w trakcie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej za wyjątkiem zarzutu oznaczonego literą „c”, a dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy AGN, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W uzasadnieniu podniesionego zarzutu wskazał iż Zamawiający zobowiązał wykonawców aby złożenie oferty nastąpiło na Formularzu Ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Zasadniczą część Formularza Ofertowego stanowić miała informacja na temat oferowanego Zamawiającemu sprzętu i jego parametrach, m.in. co do oferowanych Zamawiającemu przełączników LAN 10 GbE (pkt 1.3.1. Formularza ofertowego). Zamawiający wymagał podania ww. informacji w opracowanej przez niego tabeli, skonstruowanej w taki sposób, że w jednej tabeli podana została charakterystyka (wymagania minimalne), natomiast w drugiej kolumnie, którą wypełnić mieli wykonawcy, należało podać charakterystykę (wymagania oferowane) dla sprzętu stanowiącego przedmiot oferty. Co do ww. przełączników LAN 10 GbE Zamawiający wymagał podania w ofercie m.in. informacji na temat ich instalacji i wdrożenia (w wierszu 9. w części tabeli dotyczącej ww. przełączników). Tymczasem w swojej ofercie wykonawca AGN jakkolwiek posłużył się opracowanym przez Zamawiającego Formularzem Ofertowym, to jednak wbrew jednoznacznym nakazom SIWZ nie zamieścił w nim żadnych informacji na temat instalacji i wdrożenia ww. przełączników - druga kolumna w wierszu 9. w części tabeli dotyczącej ww. przełączników na str. 13 oferty pozostała niewypełniona. W rezultacie nie wiadomo zatem w jaki sposób wykonawca AGN zamierzał wykonać instalację i wdrożenie ww. przełączników, a zwłaszcza nie wiadomo, czy sposób ten odpowiada minimalnym wymaganiom określonym w SIWZ. Stwierdził, że w ocenie Odwołującego w pełni uzasadnione jest stanowisko, że wykonawca AGN w ogóle nie objął swoją ofertą instalacji i wdrożenia ww. przełączników i nie zaoferował ich Zamawiającemu, co wynika z braku jakichkolwiek informacji na ten temat w ofercie i pozostawienia pustego miejsca w Formularzem Ofertowym. Tym samym treść oferty wykonawcy AGN nie potwierdzała spełnienia minimalnych wymagań SIWZ zarówno co do zakresu jak i co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto podniósł, że oferta wykonawcy przygotowana została odmiennie niż to Zamawiający nakazał w SIWZ jak i jednocześnie zobowiązanie wykonawcy AGN zawarte w ofercie nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ.

Nadto podał, że brak jest możliwości prawnych do usunięcia tych wątpliwości poprzez wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż Formularz Ofertowy nie jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu na podstawie ww. artykułu, nie jest bowiem ani dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ani dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy lub usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, ani wreszcie nie jest pełnomocnictwem.

Stwierdził nadto, że nie jest możliwe zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy AGN o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie instalacji i wdrożenia przełączników. Powyższe byłoby bowiem sprzeczne z jednoznacznym zakazem zawarty w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy, zgodnie z którym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Ewentualne wyjaśnienia złożone przez wykonawcę AGN, jeżeli potwierdzono by w nich objęcie ofertą także instalacji i wdrożenia przełączników, stanowiłby bowiem niewątpliwie zmianę treści oferty. Podobnie odniósł się również do ewentualnej możliwości poprawy stwierdzonej niezgodności w trybie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż dokonanie poprawki na tej podstawie wymagałoby bowiem uprzedniego zwrócenia się do wykonawcy AGN o wyjaśnienia, czy w ogóle objął swoją ofertą instalację i wdrożenie przełączników oraz na jakich zasadach. Przywołując szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że zgodnie z linią orzecniczą w tym zakresie iż warunkiem koniecznym dla zastosowania poprawy omyłek jest to aby Zamawiający miał możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. aby w ofercie zamieszczone były informacje, które umożliwią dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie, a swoje stanowisko prezentował w trakcie rozprawy, które zostanie przedstawione przy ocenie przez Izbę zasadności podniesionego zarzutu.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.**

#### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta byłaby jedyną ważną w postępowaniu.

Odwołujący w podniesionym zarzucie wnosił o odrzucenie oferty wykonawcy AGN Polska sp. z o.o. gdyż jego zdaniem jest niezgodna z postanowieniami SIWZ. Niezgodność to dotyczyła niewykazania zgodności oferowanego sprzętu stanowiącego przedmiot oferty w pkt 9 w tabeli 1.3.1 dotyczącej przełączników LAN 10 GbE.

Na wstępie zasadne jest wskazanie, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wtedy gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Ponadto aby Zamawiający mógł odrzucić ofertę, to najpierw musi uzyskać pewność co do jej treści, a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty, jako odpowiadającą albo nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Obowiązek starannego działania w tym zakresie spoczywający na Zamawiającym wynika przede wszystkim z faktu, że Zamawiający realizując zamówienia na określony przedmiot lub usługę wydatkuje na ten cel środki publiczne. Aby można było mówić o właściwym wydatkowaniu tych środków to Zamawiający musi mieć pewność, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia jest tożsamy z opisanym w SIWZ.

W przedmiotowej sprawie mamy sytuację, że pomimo tego iż wybrany wykonawca nie wypełnił w całości formularza ofertowego to jednak Zamawiający uznał, że wykonawca oferuje spełnienie wymagań minimalnych opisanych w poz. 9 ww. tabeli.

Zdaniem Izby takie stanowisko nie zasługuje na aprobatę ponieważ wskazane w tabeli formularza ofertowego wymagania minimalne zostały podane przez Zamawiającego we wzorze formularza stanowiącego załącznik SIWZ. Samo przepisanie tych wymagań minimalnych według tabeli z SIWZ bez oświadczenia się wykonawcy w tym zakresie nie potwierdza ich oferowania. Wskazać należy jednocześnie, że Zamawiający nie sprecyzował sposobu potwierdzania przez wykonawcę oferowania postawionych wymagań minimalnych.

Zdaniem Izby, za takie potwierdzenie może być uznane przepisanie treści i parametrów wymagań minimalnych do *kolumny wymagań oferowanych*, bądź nawet zawarcie samego stwierdzenia, ich zaoferowania.

Ponadto za niezasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, że sam fakt zaoferowania urządzeń jest równoznaczny z obowiązkiem ich zainstalowania, a ponadto zaoferowanie urządzeń o parametrach minimalnych wynika również z oświadczenia wykonawcy zawartego w części wstępnej formularza ofertowego.

Dokonując analizy treści tego oświadczenia stwierdzić należy, że w ww. oświadczeniu jest mowa o parametrach *sprzętu oferowanego*, a ten winien wynikać z zobowiązania

wykonawcy zawartego w kolumnie dotyczącej charakterystyki wymagań oferowanych, a nie minimalnych.

Z analizy treści poz nr 9 tabeli 1.3.1 wynika ponadto, że wykonawcy w tej pozycji tabeli mieli potwierdzić nie tylko zobowiązanie się do instalacji przełączników, ale także sporządzenia dokumentacji powykonawczej, inwentaryzacji zamontowanych urządzeń i oprogramowania, itp. Stanowisko Zamawiającego, prezentowane na rozprawie jakoby wykonanie dokumentacji powykonawczej czy wymienionych tam czynności jest takim *oczywistym obowiązkiem wykonawcy*, że niezasadne było prowadzenie jakichkolwiek wyjaśnień w tej kwestii, nie zasługuje zdaniem Izby na aprobatę.

Stwierdzić należy w sposób jednoznaczny, że Zamawiający nie może domniemywać, że określony wykonawca wykona w całości przedmiot zamówienia, mimo iż tego nie potwierdził w ofercie. Dlatego też Zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W tym celu Zamawiający winien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z treścią SIWZ wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy, a następnie gdyby było to możliwe winien poprawić stwierdzone omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp .

Oceniając postępowanie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu stwierdzić należy, że wybór najkorzystniejszej oferty był przedwczesny, gdyż Zamawiający nie dokonał wyjaśnienia wszystkich wątpliwości co do treści oferty złożonej przez wykonawcę AGN .

Odnosząc się do argumentów Odwołującego zawartych w odwołaniu, w zakresie podniesionego zarzutu, odniesienia Izby wymaga prezentowane stanowisko iż *„nie jest możliwe zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy AGN o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie instalacji i wdrożenia przełączników.(...) Ewentualne wyjaśnienia złożone przez wykonawcę AGN, jeżeli potwierdzono by w nich objęcie ofertą także instalacji i wdrożenia przełączników, stanowiłby bowiem niewątpliwie zmianę treści oferty”*, stwierdzić należy, że Odwołujący pomija zawarte w treści tego przepisu zastrzeżenie iż nie dotyczy to sytuacji kiedy możliwe będzie poprawienie powstałej w ofercie omyłki w trybie art. 87 ust.2 ustawy Pzp.

Na wstępie stwierdzić należy, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą zarówno KIO jak i sądów, Zamawiający nie może zrezygnować z trybu wyjaśniania wątpliwości co do treści oferty. Natomiast jaki skutek odniosą złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i czy w ich wyniku nastąpi poprawienie omyłek w ofercie, jest dla potrzeby wyjaśniania wątpliwości co do treści oferty, sprawą drugorzędną. Zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności w wyniku których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z SIWZ . Ponadto stwierdzić należy, że na etapie wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień brak jest podstaw do przyjęcia stanowiska, że udzielenie tych wyjaśnień byłoby prowadzeniem negocjacji z Zamawiającym co do treści oferty.

Istotne znaczenie do takiej oceny ma treść sformułowanych pytań, dlatego też rolą i obowiązkiem Zamawiającego jest takie ich sformułowanie aby umożliwić wykonawcy udzielenie na nie jednoznacznej odpowiedzi.

Podniesienia wymaga również kwestia, iż przepis art. 87 ust.2 pkt 3 umożliwiający poprawę w ofercie innych omyłek, warunkuje ich dokonanie, analizą skutku wprowadzonych poprawek w ofercie, tzn czy nie spowodują one istotnych zmian w treści oferty. Stwierdzenie istotnej zmiany treści oferty może nastąpić tylko w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że można by mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy.

Tym samym, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci *istotnej zmiany* w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ.

Odnosząc powyższe ustalenia do zarzutu i żądania Odwołującego stwierdzić należy, że Izba nie mogła dokonać nakazania odrzucenia oferty wykonawcy AGN gdyż zastosowanie odrzucenia oferty w trybie przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 jest warunkowane brakiem możliwości zastosowania poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust.2 pkt.3. W tym zakresie Zamawiający dotychczas żadnych ustaleń nie poczynił.

Ponadto wydaje się możliwe ustalenie w trybie wyjaśnień, w oparciu o przepis art. 87 ust.1 ustawy Pzp czy wykonawca AGN oferuje w wykonanie zamówienia w zakresie co najmniej wymagań minimalnych, o których mowa w przedmiotowym zarzucie. Ale ocena w tym zakresie będzie należała do Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a 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).

**Przewodniczący .....**