

Sygn. akt: KIO 70/15

**WYROK**  
**z dnia 23 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**  
**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2015 r. przez wykonawcę TOYA Systemy Komputerowe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Grójecki w Grójcu

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego TOYA Systemy Komputerowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nastąpi wyjaśnienie treści oferty tego wykonawcy w stopniu pozwalającym na ocenę jej zgodności z SIWZ,**

2. kosztami postępowania obciąża Powiat Grójecki w Grójcu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę TOYA Systemy Komputerowe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Powiatu Grójeckiego w Grójcu na rzecz wykonawcy TOYA Systemy Komputerowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnaście tysięcy złotych zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [t.j. 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 Radomiu.

**Skład orzekający:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający – Powiat Grójecki w Grójcu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Zapewnienie dostępu do szerokopasmowego Internetu oraz dostawa zestawów komputerowych, laptopów, drukarek, switchy wraz z oprogramowaniem i opieką serwisową - dla 140 gospodarstw domowych i 13 jednostek podległych, które zostały wyłonione na potrzeby realizacji projektu pn. "Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w powiecie grójeckim", w ramach działania 8.3. Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu - elInclusion osi priorytetowej 8. Społeczeństwo informacyjne - zwiększenie innowacyjności gospodarki Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013". Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. W dniu 13 stycznia 2015 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec czynności odrzucenia własnej oferty, zarzucając naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy, poprzez ocenę oferty Odwołującego w sposób niezapewniający zachowania zasad obiektywizmu i uczciwej konkurencji oraz w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez bezprawne uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację, mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

**[1]** Okolicznością sporną pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym jest ocena, czy treść oferty Odwołującego odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a w szczególności co do tego czy podany przez Odwołującego w ofercie model monitora Philips P223V5LSB istnieje na rynku oraz czy zaoferowany przez Odwołującego pakiet biurowy OpenOfficePL 2015 Professional SE producenta OpenOffice Software Sp. z o.o. spełnia wymagania określone w SIWZ.

Po złożeniu ofert Zamawiający zwrócił się do Odwołującego pismem z dnia 01.12.2014 r. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, gdzie w pkt. 5-8 niniejszego wezwania przedstawił swoje wątpliwości odnoszące się do zaoferowanego przez Odwołującego pakietu biurowego.

W odpowiedzi na w/w wezwanie Odwołujący w dniu 03.12.2014 r. złożył stosowne wyjaśnienie, podając w nim wszystkie informacje, o które zwrócił się Zamawiający, a także załączył oświadczenie producenta pakietu biurowego firmy OpenOffice Software Sp. z o.o. dodatkowo potwierdzające informacje zawarte w w/w wyjaśnieniach.

**[2]** Oferowany przez Odwołującego monitor Philips P223V5LSB istnieje na rynku i jest to ten sam model, co przytoczony przez Zamawiającego Philips 223V5LSB. Litera P przed ciągiem znaków "223V5LSB" pochodzi od nazwy producenta monitora tj. firmy Philips. W obrocie handlowym występują zarówno nazwy P223V5LSB jak i 223V5LSB i oznaczają one dokładnie ten sam model monitora o tych samych parametrach. Na potwierdzenie Odwołujący załączył do niniejszego odwołania oświadczenie oficjalnego przedstawiciela producenta monitorów Philips.

W przypadku jakichkolwiek wątpliwości związanych z oferowanym przez Odwołującego modelem monitora Zamawiający miał prawo zwrócić się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, a biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszym postępowaniu i odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień we wskazanym powyżej zakresie należy uznać za obowiązek Zamawiającego. W wezwaniu do wyjaśnień z dnia 01.12.2014r. Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie zaoferowanego modelu monitora. Takie postępowanie stoi w sprzeczności z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej nr 2220/10 z dnia 25.10.2010 r. „Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO wynika, że zamawiający jest zobowiązany

*do wystąpienia z żądaniem złożenia wyjaśnień do wykonawcy, kiedy ich wystąpienie jest niewątpliwe, a więc w gdy zamawiający zamierza odrzucić złożoną ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. Odrzucenie oferty z tego powodu winno być poprzedzone skierowaniem do wykonawcy zadania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zaniechanie przez zamawiającego tego trybu w razie wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania [wyroki KIO 1327/09, 1443/0]. Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Nawet jeżeli model monitora P223V5LSB nie istniałby jako nazwa powszechnie używana w obrocie handlowym, a występował jedynie pod nazwą 223V5LSB to należałoby wskazanie przez Odwołującego w ofercie modelu P223V5LSB potraktować jako oczywistą omyłkę pisarską lub inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy. Podstawę do takiego działania daje bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.*

*W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nr KIO 73/14 z dnia 31 stycznia 2014 roku czytamy, że: „Uwzględniając w tej mierze dorobek orzecznictwa, w tym sądowego, Izba stwierdza, że za omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać takie niezamierzone wyraźne opuszczenie w danym dokumencie jednego a nawet kilku wyrazów.”*

*Odwołujący zwrócił uwagę że w postępowaniu w ofercie poza wpisaniem producenta oraz modelu oferowanego monitora należało również wypełnić w tabeli nr 1.2 i 2.2 Monitor LCD, w załączniku nr 8 - Opis proponowanych urządzeń i programów rubrykę „Oferowane parametry”. Parametry zaoferowane przez Odwołującego potwierdzają spełnienie przez oferowany monitor wszystkich wymagań technicznych określonych w SIWZ. Tym samym Zamawiający nie powinien bazować jedynie na podanej nazwie monitora, a podstawę do oceny tego czy oferta jest zgodna z treścią SIWZ powinny stanowić również parametry techniczne wskazane w ofercie. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nr KIO 459/14 z dnia 20 marca 2014 roku „Poprawa treści oferty w ramach „innej omyłki” w tym postępowaniu winna była nastąpić w ten sposób, że zamawiający dokonując analizy treści oferty jako całości, i stwierdzając, że oferowane parametry tomografu oraz załączone do oferty dokumenty przedmiotowe wskazują na zaoferowanie tomografu o symbolu TSX- 034A Astelion, a nie o symbolu TSX-101A (Astelion) winien był poinformować odwołującego o dokonanej zmianie oznaczenia modelu tomografii wraz z informacją, iż dla jej skuteczności potrzebna jest jego zgoda o której mowa w art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy, pod rygorem odrzucenia oferty. Tak dokonana zmiana treści oferty nie mogłaby zostać ponadto uznana za zmianę istotną. gdyż dotyczyłaby tylko zmiany trzech cyfr*

*w nazwie tomografu. natomiast nie powodowałaby żadnych zmian w załączniku nr 2 do SIWZ dotyczących podanych oferowanych parametrów tomografu."*

Zamawiający w piśmie z dnia 05.01.2015r. informującym o wynikach postępowania wskazał, że: „Na rynku istnieje co najwyżej monitor 223V5LSB” co bezpośrednio wskazuje, że Zamawiający domyślał się jaki monitor oferuje Odwołujący.

Przytoczony przez Zamawiającego w piśmie z 05.01.2015r. - informacji o wynikach postępowania wyrok KIO z dnia 30.10.2012r. nr 2241/12 nie ma najmniejszego związku z sytuacją w niniejszym postępowaniu, dotyczy bowiem zupełnie innego stanu faktycznego.

**[3]** Odwołujący zaoferował pakiet biurowy OpenOfficePL 2015 Professional SE producenta OpenOffice Software Sp. z o.o. W tabeli nr 6 w załączniku nr 8 - Opis proponowanych urządzeń i programów w rubryce "Oferowane parametry" Odwołujący wpisał wszystkie parametry jakie niezbędne były Zamawiającemu do weryfikacji czy oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Ponadto na wezwanie Zamawiającego, w wyniku wyjaśnień udzielonych w piśmie nr 265/2014 z dnia 03.12.2014 r. Odwołujący wykazał, że oferowany pakiet biurowy spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

Zamawiający w piśmie z dnia 05.01.2015 r. - Informacji o wyniku postępowania przedstawił wyniki swoich wewnętrznych testów i poinformował Odwołującego, że dokument utworzony w MS Word 2010 wygląda inaczej otworzony w programie OpenOfficePL oraz, że nie udało się przenieść bazy adresowej z przygotowanej w MS Word 2010 korespondencji seryjnej. Zamawiający nie określił jednak w jakiej wersji oprogramowania OpenOfficePL otworzył dokument, jednocześnie wskazując w następnej części pisma, że jego zdaniem OpenOfficePL 2015 Pro w chwili składania ofert nie był dostępny na rynku. Uzasadniony jest więc wniosek, że do edycji w/w dokumentu Zamawiający nie użył oferowanej przez Odwołującego wersji oprogramowania OpenOfficePL 2015 Professional SE. Oferowany przez Odwołującego pakiet biurowy OpenOfficePL 2015 Professional SE był dostępny na rynku w terminie składania ofert tj. w dniu 14.11.2014 r. na co Odwołujący dołączył do odwołania oświadczenie producenta OpenOffice Software Sp. z o.o. Oświadczenie to zawiera również informacje mówiące o tym, że nikt ze strony Zamawiającego nie zwracał się do producenta w sprawie dotyczącej dostępności oprogramowania OpenOfficePL 2015 Professional SE dla jednostek administracji publicznej. Tym samym twierdzenie Zamawiającego, że potwierdził on u producenta fakt braku dostępności na rynku oprogramowania OpenOfficePL 2015 Professional SE należy uznać za nieporozumienie. Zaoferowany pakiet biurowy OpenOfficePL 2015 Professional SE jest wersją specjalną pakietu biurowego OpenOfficePL i jest dostępny w sprzedaży wyłącznie u partnerów firmy

OpenOffice Software Sp. z o.o. na potrzeby postępowań o udzielenie zamówień publicznych dla jednostek administracji publicznej.

Zamawiający nie określił w SIWZ, że ocena spełnienia wymagań przez zaoferowany pakiet biurowy zostanie przeprowadzona w oparciu o testy wykonane na etapie oceny oferty, a tym bardziej nie została opisana w SIWZ metodologia takich testów ani ich zakres, który winien zostać spełniony, aby można było uznać oferowany pakiet za spełniający wymagania określone w SIWZ.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych "Niedopuszczalność zwrotu próbek do oferty wybranego wykonawcy", zamieszczoną w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 9, oraz na stronie internetowej Urzędu pod adresem: <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2129>. „w szczególności w przypadku dóbr charakteryzujących się znaczną wartością, zasadnym wydaje się rozważenie możliwości rezygnacji z żądania próbek na rzecz przeprowadzenia przez wykonawcę prezentacji oferowanych towarów. W takim przypadku wszelkie informacje dotyczące konieczności zademonstrowania przedmiotu oferty, zamawiający powinien zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia".

Wobec powyższych faktów, niezrozumiałe jest odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przeprowadzone testy oprogramowania, którego Odwołujący nie oferował. Testy przeprowadzone przez Zamawiającego zostały wykonane na zupełnie innej, starszej wersji oprogramowania, najprawdopodobniej dedykowanej jedynie użytkownikom prywatnym i nie można porównywać funkcjonalności oprogramowania użytego przez Zamawiającego do testów z zaoferowanym przez Odwołującego najnowszym pakietem biurowym OpenOfficePL 2015 Professional SE skierowanym do sprzedaży dla jednostek administracji publicznej.

Odwołujący zwrócił uwagę na zapis SIWZ, do którego odwołuje się Zamawiający w piśmie z dnia 05.01.2015 r. - Informacji o wyniku postępowania, zgodnie z którym pakiet biurowy powinien posiadać: „Pracę na dokumentach utworzonych przy pomocy Microsoft Word 2007 i 2010 z zapewnieniem bezproblemowej konwersji wszystkich elementów i atrybutów dokumentu”. Bezproblemowa konwersja nie oznacza, iż dokument po otwarciu w innym pakiecie biurowym powinien wyglądać identycznie jak w dokumencie utworzonym w oprogramowaniu Microsoft Word. Zamawiający nie zawarł w SIWZ informacji na czym rzeczona bezproblemowa konwersja ma polegać. Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1274/09 z dnia 28.09.2009 r., w którym czytamy: „Zamawiający wskazał wymagany przez niego zakres równoważności podkreślając, iż zaoferowany produkt ma bezbłędnie współpracować z MS Word i MS Excell kładąc jedynie

*nacisk na funkcje konwersji tabel. Natomiast nie wyspecyfikował ponadto żadnych szczegółowych wymagań."*

Nawet niektóre dokumenty utworzone w programie Microsoft Word 2007 wyglądają inaczej otworzone w programie Microsoft Word 2010 i na odwrót. Wynika to z różnic w wersji oprogramowania i z tego w jakim rozszerzeniu zostanie zapisany plik. Prawdopodobnie gdyby Zamawiający zapisał testowany plik jako plik z rozszerzeniem "doc." a nie "docx." i tak zapisany plik otworzył w testowanym przez siebie oprogramowaniu OpenOfficePL, to nawet pomimo użycia starszej wersji oprogramowania plik wyglądałby identycznie jak w programie Microsoft Word 2010. Jednocześnie należy zaznaczyć, że Zamawiający nie wykluczył takiej możliwości w SIWZ, a czynność zapisu pliku w formacie "doc." zajmuje kilka sekund i nie stanowi żadnego problemu. Odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1274/09 z dnia 28.09.2009r., w którego dalszej części czytamy: *"Tak szczegółowych wymagań istotnie nie wyspecyfikował w odniesieniu do zakresu 13. Uczynił to, jak podniósł Odwołujący, dopiero na etapie badania równoważności zaoferowanego przez Odwołującego pakietu biurowego z pakietem wskazanym w SIWZ, dokonując badań np. w zakresie funkcji makr i kompatybilności z PowerPoint. W trakcie prezentacji - podczas rozprawy - przykładowych plików testowych, którym poddano oferowany przez Odwołującego pakiet na zgodność z wymogami Zamawiającego, nie wystąpiły problemy, czy też niezgodności wskazane w protokole z dnia 23 lipca 2009 r., jak również ujawnione w złożonej do akt sprawy wizualizacji wyników przeprowadzonych przez Zamawiającego testów sprawdzających poprawność funkcjonowania oferowanego pakietu biurowego. Prezentacji dokonano w odniesieniu do „tabel (s. 1 i 3 wizualizacji). W obydwu przypadkach, prezentacji, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, plik zawierający tabele otwarł się prawidłowo. Powyższe wymagało dokonania dodatkowych czynności, tj. zmiany formatu testowanego pliku z rozszerzeniem „\*docx” na „\*doc”, jednak Zamawiający nie wyłączył takiej możliwości, opisując przedmiot zamówienia w zakresie 13."*

Przytoczony przez Zamawiającego w piśmie z dnia 05.01.2015r. - informacji o wynikach postępowania wyrok KIO z dnia 19.12.2012r. nr 2717/12 nie ma żadnego związku z sytuacją w niniejszym postępowaniu, dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego i trudno doszukać się w przytoczonym wyroku analogii do niniejszego postępowania.

**IV.** Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Cezar sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim, składając pismo o treści: *„W nawiązaniu do zawiadomienia o złożeniu odwołania przez firmę TOYA Systemy Komputerowego Sp. Z o.o., 92-016 Łódź, ul. Telefoniczna 46F i wezwania do przystąpienia do postępowania odwoławczego oświadczamy, że opowiadamy się po stronie*



*Zamawiającego, tj. Powiat Grójecki, 05-600 Grójec, ul. Piłsudskiego 59”*. Pismo zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2015 r., wyłącznie w postaci faksu, nadto jego kopia została przekazana jedynie Zamawiającemu. Wykonawca nie przekazał kopii pisma w przedmiocie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Odwołującemu.

Nie dopuszczono tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego.

W myśl znajdującego zastosowanie dla oceny skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W analizowanej sprawie dniu 15 stycznia 2015 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcy Cezar sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Pismo wykonawcy z dnia 16 stycznia 2015 r. złożone zostało wyłącznie w formie faksu. Podkreślenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw nie wiąże żadnych skutków z jego nadaniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Po rzeczonyj nowelizacji, dla zachowania formy oraz terminu na zgłoszenie przystąpienia koniecznym jest faktyczne doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym, trzydniowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku brak bowiem domniemania, że złożenie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Powyższe oznacza, że ustawodawca dla skutecznego wniesienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego zastrzegł wyraźnie jego doręczenie w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy czym to doręczenie winno nastąpić w formie wskazanej w powołanym przepisie: w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Podkreślić również należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wiąże żadnych skutków prawnych z wniesieniem zgłoszenia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Zgodnie bowiem z treścią art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgłoszenie przystąpienia wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Złożenie przystąpienia wyłącznie w formie faksu oznacza niezachowanie wymaganej przepisami formy, w konsekwencji prowadzi także do wniosku, że przystąpienie nie zostało złożone w ustawowym, trzydniowym terminie.

Ponadto, wykonawca w złożonym piśmie nie tylko nie wykazał, ale w żaden sposób, nawet ogólnie nie wspominał o interesie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, mimo takiego obowiązku, płynącego z treści art. 185 ust. 2 ustawy.

Wykonawca wreszcie, wbrew obowiązkowi płynącemu z przywołanego wyżej przepisu, nie przekazał kopii przystąpienia Odwołującemu, co zostało przyznane na posiedzeniu.

Reasumując, należy uznać, że zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę CEZAR spółkę z o.o. w Grodzisku Mazowieckim nie zostało wniesione na piśmie lub w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu; nie został zachowany trzydniowy termin na jego złożenie; jego kopia nie została przekazana Odwołującemu a także wykonawca nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, co skutkuje koniecznością uznania zgłoszenia przystąpienia za nieskuteczne, wobec niewypełnienia wymogów wynikających z treści art. 185 ust. 2 ustawy.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

### **I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący może uzyskać zamówienie w tym postępowaniu.

## II. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Osią sporu, wyznaczoną zakresem zarzutów postawionych w odwołaniu jest kwestia, czy oferta złożona przez Odwołującego trafnie została uznana za podlegającą odrzuceniu.

Po pierwsze, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie tego przepisu konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ.

Po drugie, nie sposób tracić z pola widzenia kwestii, czym jest oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia – tu: dostawy określonego, spełniającego postawione przez Zamawiającego wymagania przedmiotu – w przyszłości. Natomiast treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie [opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy] przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Po trzecie, przypomnienia wymaga, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia stawia określone wymagania wobec oferowanego przedmiotu oraz wskazuje w SIWZ narzędzia, za pomocą których dokona badania zgodności oferty z tymi wymaganiami. Zamawiający, uwzględniając w konkretnym wypadku charakter postępowania

i zamawianego przedmiotu może w takim wypadku wymagać złożenia określonych dokumentów, jakie zwykle wydawane są tego rodzaju przedmiotowi [katalogi, ulotki, świadectwa zgodności, certyfikaty] a także próbek, może także poprzestać na oświadczeniach wykonawców. W warunkach, gdy zamawiający w konkretnym postępowaniu zdecyduje się na przyjęcie oświadczeń wykonawcy, zawierających deklaracje o walorach oferowanego przedmiotu, jeśli by się okazało, że oferowany przedmiot nie posiada deklarowanych cech, Zamawiający obowiązany jest z pełną surowością zastosować sankcje wobec nierzetelnego kontrahenta – od ponownej weryfikacji oferty i uznania jej za niezgodną z SIWZ, jeżeli umowy jeszcze nie zawarto, po zastosowanie instrumentów właściwych prawu cywilnemu, w postaci kar umownych, odpowiedzialności odszkodowawczej czy odstąpienia od umowy.

Po czwarte, w analizowanym postępowaniu Zamawiający dla stwierdzenia zgodności oferty z SIWZ wymagał zestawu oświadczeń, w których wykonawca potwierdzi, że dostarczany na etapie wykonania umowy przedmiot będzie posiadał określone cechy i funkcjonalności Zamawiający nie wymagał przy tym złożenia jakichkolwiek dokumentów opisujących oferowany przedmiot, czy też jego próbki, co oznacza dla oceny zgodności oferty z SIWZ nie może skutecznie wyegzekwować więcej, aniżeli wymagał. Zasadą jest, bowiem że w postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający może oczekiwać złożenia jedynie tych dokumentów, których wymagania zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający ze sprawdzeniem rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu musi czekać aż do zawarcia umowy i dostarczenia mu jej przedmiotu. Fakt niewymagania od wykonawców innych elementów, aniżeli oświadczenia, w tym próbki, albo zaniechanie zastrzeżenia w postępowaniu prezentacji lub testów oferowanego sprzętu czy oprogramowania oznacza, że zamawiający nie może egzekwować w toku postępowania przedstawienia mu takiego sprzętu lub oprogramowania, ale może samodzielnie – mając ten przedmiot oznaczony w ofercie – zbadać jego cechy i walory przez pryzmat postawionych wymagań. Zamawiający jest jednak w takim wypadku zdany na własne – bardziej lub mniej udane - starania zmierzające do oceny zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ, albo może zaufać oświadczeniom wykonawcy i polegać na złożonych deklaracjach, zaś w razie ich niewypełnienia – stosować konsekwencje umowne.

Sam fakt niewymagania przez Zamawiającego próbek, czy przedstawienia określonych elementów oferowanego sprzętu lub oprogramowania do jego przetestowania [na dopuszczalność żądania przedstawienia do testów przedmiotu oferty wskazuje także Odwołujący] nie pozbawia więc Zamawiającego prawa i możliwości badania cech oferowanego przedmiotu. Zamawiający może bowiem zarówno polegać tylko na

oświadczeniach wykonawcy, jak i ma możliwość oceny przedmiotu oferty na podstawie własnego profesjonalnego osądu i wiedzy merytorycznej o oferowanym przedmiocie, z pomocą biegłego – po myśli art. 21 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy posiłkując się innymi źródłami. Tyle tylko, że takie samodzielne badanie – z uwagi na brak możliwości wymagania od wykonawców przedstawienia do namacalnego zbadania przedmiotu oferty – jest znacząco utrudnione i wymaga znacznie większego wysiłku ze strony zamawiającego. Zamawiający musi bowiem wtedy we własnym zakresie, samodzielnie nabyć przedmiot analogiczny jak ten, który jest przedmiotem oferty i dokonać jego badania. Każdorazowo zachodzi także ryzyko, że w takim wypadku zamawiający, zdany na własne starania o pozyskanie identycznego przedmiotu, jaki odpowiada treści oferty, będzie miał problem z jego uzyskaniem albo nawet nieprawidłowo zidentyfikuje ten przedmiot i podda ocenie nie to, co jest właściwym przedmiotem oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, ogólne spostrzeżenia i przenosząc je na grunt analizowanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, że ocena dokonana przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego nie jest właściwa w każdej z dwóch podstaw uznania jej za niezgodną z SIWZ.

Jeśli chodzi o oznaczenie oferowanego monitora, gdzie wykonawca podał P223V5LSB, zaś Zamawiający nie zidentyfikował w dostępnej na rynku ofercie monitora z dokładnie takim oznaczeniem, a jedynie 223V5LSB, uznając że nie istnieje taki przedmiot, oczywistym jest wniosek, że powyższe jest wynikiem omyłki wykonawcy. Nawet jeśli oznaczenie w tej mierze było nieprawidłowe, to nie jest wyłączone posłużenie się przez wykonawcę własną konwencją określenia przedmiotu oferty, co jednak nie stanowi o niezgodności oferty z SIWZ. Kwestia oznaczenia oferowanego w tej mierze monitora mogła i powinna być przedmiotem wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust.1 ustawy, którego to wyjaśnienia Zamawiający jednak zaniechał [pismo Zamawiającego stanowiące wezwanie do takich wyjaśnień w żaden sposób nie wspomina o monitorze]. Zamawiający – jeśli uznawał, że oznaczenie przez Odwołującego oferowanego monitora pozostawia wątpliwości albo jakkolwiek niedosyt informacyjny, dysponował szerokim, wynikającym z ustawy wachlarzem instrumentów do rozwiania tych wątpliwości: od wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, po dokonanie poprawy oferty traktując ową nieścisłość jako oczywistą omyłkę pisarską [art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy] czy – za zgodą wykonawcy – jako niezgodność oferty z SIWZ, na podstawie art. 87 ust. 2pkt 3 ustawy. Ostatecznie kwestia ta została wyjaśniona przez wykonawcę w odwołaniu, aktualnie nie budzi więc wątpliwości, jaki jest w tej części przedmiot oferty i że jest nim monitor marki Philips, model 223V5LSB, określane przez Odwołującego jako P223V5LSB. Odwołujący

złożył na etapie postępowania odwoławczego oświadczenie oficjalnego przedstawiciela producenta monitorów Philips, co do tego oznaczenia, co finalnie eliminuje wszystkie te wątpliwości, których wyjaśnienie było rzeczą Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert.

Jeśli chodzi o stwierdzenie przez Zamawiającego niezgodności oferty z SIWZ w zakresie zaoferowanego pakietu biurowego, podkreślenia wymaga, że istotnie, Zamawiający postawił listę wymagań w załączniku do SIWZ, w tym wymaganie, zgodnie z którym pakiet biurowy powinien zapewniać: *„Pracę na dokumentach utworzonych przy pomocy Microsoft Word 2007 i 2010 z zapewnieniem bezproblemowej konwersji wszystkich elementów i atrybutów dokumentu”*. Samodzielne badanie przez Zamawiającego zaoferowanego przez Odwołującego pakietu biurowego [określonego w ofercie jako: „OpenOfficePL 2015 Professional SE” producenta OpenOffice Software Sp. z o.o.], w tym testowanie jego działania i pracy na dokumentach utworzonych w oprogramowaniu innego producenta [firmy Microsoft – pakietów MS Office] byłoby o tyle miarodajne dla zbadania cech oferowanego oprogramowania, o ile Zamawiający testowałby to samo oprogramowanie, które jest przedmiotem oferty. Tymczasem Zamawiający podał, że testowania pracy oprogramowania w jego imieniu dokonał zewnętrzny od Zamawiającego informatyk na podstawie umowy cywilnoprawnej, który przetestował oprogramowanie pobrane jako „demo” ze strony internetowej. Zamawiający jednocześnie wskazywał, że takie oprogramowanie, jakie zostało zaoferowane, nie zostało przez niego znalezione w ofercie sklepu internetowego producenta oprogramowania, a nawet więcej, że takie oprogramowanie nie było dostępne na rynku w terminie składania ofert. Finalnie, wyniki postępowania odwoławczego wskazują, że nie ma żadnej pewności, że Zamawiający sprawdzał sposób działania oprogramowania tego, które jest przedmiotem oferty, a tylko takie badanie przedmiotu oferty dawało podstawę do jakichkolwiek poważnych wniosków.

Tym samym – jeśli Zamawiający chce samodzielnie badać „namacalnie” przedmiot oferty, sprawdzając funkcjonowanie oprogramowania zgodnie z postawionymi przez siebie wymaganiami – powinien:

- ponad wszelką wątpliwość ustalić przedmiot tej oferty – uzyskać pewność co do zaoferowanego rodzaju oprogramowania, jego oznaczenia. Temu celowi może służyć instytucja wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. W ramach wyjaśnienia Zamawiający może uzyskać nie tylko wszelkie informacje dotyczące rodzaju tego oprogramowania, ale zapytać także o ścieżkę jego pozyskania przez zainteresowane podmioty [w tym wypadku przez siebie], a nawet dokładne źródło z którego może samodzielnie nabyć takie oprogramowanie, które będzie następnie zamierzał testować.

Powyższe pozwoliłoby Zamawiającemu usunąć wątpliwości co do przedmiotu oferty a także wyeliminować problem dostrzeżony przez Zamawiającego, że na stronie internetowej – w sklepie internetowym producenta oprogramowania nie znalazł dokładnie tego oprogramowania, które oferuje Odwołujący;

- ewentualnym testom Zamawiający może poddać tylko to oprogramowanie, które oferuje Odwołujący, choć ciężar zidentyfikowania tego oprogramowania, celem jego pozyskania Zamawiający może przerzucić na wykonawcę w trybie wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Dopiero wykazanie przez Zamawiającego, że poddał testom właściwe oprogramowanie, dokładnie to oferowane przez Odwołującego [tę zaś pewność może uzyskać dopiero, gdy wyeliminowane zostanie ryzyko, że Zamawiający testował inne, niż oferowane oprogramowanie] może prowadzić do jakichkolwiek wniosków co do zgodności oferty z SIWZ;

- jeśli Zamawiający decyduje się na samodzielne badanie [testowanie] przedmiotu oferty, winien to uczynić to nie tylko w odniesieniu do właściwie zidentyfikowanego przedmiotu, ale także w sposób odpowiadający zasadom opisanym w ustawie. W analizowanej sprawie Zamawiający w ramach negatywnej oceny oferty Odwołującego polegał na rekomendacjach zewnętrznego, „wynajętego” specjalisty informatyka, postulując na rozprawie przeprowadzenie dowodu z jego zeznań w charakterze świadka. Podkreślenia jednak wymaga, że oczywiście Zamawiający może korzystać z pomocy osób i podmiotów zewnętrznych w celu oceny oferty, jednak finalnie rezultat tej oceny jest jego czynnością [art. 15 ustawy]. Pożądane, jeśli nie konieczne, jest nadanie właściwego statusu uczestnikom procesu badania i oceny ofert. Osoby zewnętrzne, których wiedzą specjalistyczną posługuje się zamawiający powinny, na użytek postępowania występować w roli biegłych [art. 21 ust. 4 ustawy], w tym z uwzględnieniem obowiązku wynikającego z art. 17 ust. 2 ustawy.

Tylko bowiem poprawnie przeprowadzone testy, mające za przedmiot właściwie zidentyfikowany przedmiot oferty, wykonane przez właściwe osoby, mogą stanowić podstawę do wnioskowania o treści oferty.

Reasumując, nieprawidłową, a w każdym razie przedwczesną była ocena Zamawiającego co do niezgodności oferty złożonej przez Odwołującego za niezgodną z SIWZ.

Tym samym, zarzuty podniesione w odwołaniu potwierdziły się. Z uwagi na to, że mogą one mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mówi art. 192 ust. 2 ustawy, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *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]. Nie uwzględniono kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., z uwagi na to, że pełnomocnik, który stawiał się na posiedzenie i rozprawę nie podpisał odwołania [ze złożonego poza rachunkiem dokumentu także nie wynika, by w ramach reprezentacji mieściła się czynność sporządzenia odwołania], zaś jego stanowisko nie wniosło nic zupełnie w stosunku do zarzutów i argumentacji zawartej w odwołaniu. Pełnomocnik wreszcie na posiedzeniu nie złożył wniosków, które w świetle okoliczności sprawy wydawały się nie tylko celowe z punktu widzenia interesów zastępowanej strony ale były oczywiste, takie jak postawienie zarzutów formalnych oraz opozycji co do skuteczności przystąpienia po przeciwnej stronie innego wykonawcy. W szczególności, ewidentne cztery podstawy, z których każda samodzielnie mogła skutkować niedopuszczeniem wykonawcy do udziału w postępowaniu, nie zostały przez pełnomocnika dostrzeżone i podniesione.

**Skład orzekający:**