

WYROK
z dnia 18 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2016 r. przez wykonawcę: **Comarch Polska S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Comarch Polska S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi z siedzibą w Łodzi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami Miasta” (nr ref.: DOA-ZP-VIII.271.71.2015). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED nr 2016/S 020-031131 w dniu 29 stycznia 2016 r.

Wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej odwołującym, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych oraz zaniechanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 2, a także art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp”, „ustawą Pzp” lub „ustawą”, odwołanie wniósł wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 87 ust. 1 – wezwanie odwołującego do „wyjaśnienia” treści oferty przez określenie w tych wyjaśnieniach informacji, których odwołujący nie był zobowiązany zamieszczać w ofercie i których podanie w tym momencie może być uznane za uzupełnienie ofert;
- 2) art. 26 ust. 3 – wezwanie do „wyjaśnienia” treści oferty stanowi wezwanie do uzupełnienia warunków licencyjnych, które powinny być dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, a których dołączenia do oferty zamawiający nie wymagał w SIWZ;
- 3) art. 38 ust. 4 – wezwanie do „wyjaśnienia” treści oferty prowadzi do zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert;
- 4) art. 7 ust. 1 – działania zamawiającego, opisane w treści uzasadnienia odwołania, mogą prowadzić do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego do:

- 1) przekazania wszystkich informacji dotyczących licencji zastosowanych w komputerze typu notebook, będącym elementem zestawu testowego – w zakresie wykraczającym poza informacje udzielone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 czerwca 2016 r.;

- 2) przekazania wszystkich informacji związanych z warunkami licencyjnymi (m.in. pól eksploatacji, w tym prawo do udzielania sublicencji na rzecz zamawiającego, okresu, na jaki została udzielona licencja), dotyczących zarówno Oprogramowania, w tym standardowego rozwiązania klasy ERP, jak i Oprogramowania Aplikacyjnego – w zakresie wykraczającym poza informacje udzielone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 czerwca 2016 r.;
- 3) potwierdzenia, że standardowe oprogramowanie klasy ERP, które zostało zaoferowane przez odwołującego, może być eksploatowane na platformie MS SQL Server 2014, którą zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia.

Odwołujący przedstawił okoliczności dotyczące przesłanek uprawniających do wniesienia odwołania (interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy), zachowanie terminu do wniesienia odwołania i wnioski o częściowe wyłączenie jawności rozprawy. Podkreślił, że wnosi odwołanie już na tym etapie z ostrożności, ponieważ w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu jego oferty, odwołanie wniesione wobec takiej czynności może być uznane za wniesione z przekroczeniem terminu – jeśli Izba uzna, że odwołujący mógł powziąć wiadomość o okoliczności stanowiącej podstawę odrzucenia oferty odwołującego już w dniu, w którym otrzymał wezwanie do wyjaśnień.

Uzasadnienie odwołania. W dniach 22 i 23 czerwca 2016 r. zamawiający wystosował do odwołującego dwa wezwania do wyjaśnienia treści oferty. W wezwaniach zamawiający zażądał: 1) przekazania wszystkich informacji dotyczących licencji zastosowanych w komputerze typu notebook, będącym elementem zestawu testowego; 2) przekazania wszystkich informacji związanych z warunkami licencyjnymi (m.in. pól eksploatacji, w tym prawo do udzielania sublicencji na rzecz zamawiającego, okresu, na jaki została udzielona licencja), dotyczących zarówno Oprogramowania, w tym standardowego rozwiązania klasy ERP, jak i Oprogramowania Aplikacyjnego; 3) potwierdzenia, że standardowe oprogramowanie klasy ERP, które zostało zaoferowane przez odwołującego, może być eksploatowane na platformie MS SQL Server 2014, którą zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że wezwania zostały wystosowane z naruszeniem art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 38 ust. 4, a także art. 7 ust. 1 Pzp. W odniesieniu do dwóch pierwszych kwestii (określenia w wyjaśnieniach informacji związanych z warunkami licencyjnymi) treść wezwania sprowadza się to obowiązku załączenia (albo przynajmniej zacytowania, co w zasadzie jest równoznaczne z załączeniem) warunków licencyjnych oprogramowania zaoferowanego w powołanym postępowaniu przez odwołującego. Podkreślił, że zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy nie mieli obowiązku załączania takich warunków licencyjnych do oferty, ani też określania w treści oferty tych warunków. Zamawiający w pkt 10.11 SIWZ oraz

Załączniku nr 3 do OPZ wymienił dokumenty, które muszą być załączone do oferty. Nie ma wśród nich warunków licencyjnych. Zamawiający w Załączniku nr 3 do SIWZ określił, jakie mają być zasady licencjonowania oprogramowania wykorzystanego w zestawie testowym, we wzorze umowy (Załączniku nr 7 do SIWZ – w szczególności w paragrafie 15) określił, jakie są wymagania w zakresie licencjonowania oprogramowania dostarczanego w ramach realizacji umowy. Dlatego też w odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 czerwca 2016 r. odwołujący wyjaśnił, że: 1. licencje zastosowane w komputerze typu notebook, będącym elementem zestawu testowego wykonawcy, są zgodne z wymaganiami zamawiającego dla licencji tego rodzaju, określonymi w dokumentacji postępowania, w szczególności w Załączniku nr 3 do Opisu przedmiotu zamówienia – Regulamin oraz harmonogram prezentacji Systemu; 2. warunki licencyjne dotyczące Oprogramowania, w tym standardowego rozwiązania klasy ERP, jak i Oprogramowania Aplikacyjnego, są zgodne z wymaganiami zamawiającego dla tego rodzaju licencji, określonych w dokumentacji postępowania, w szczególności w Załączniku nr 7 do SIWZ – Istotne Postanowienia Umowy.

W ocenie odwołującego tego rodzaju potwierdzenie jest prawidłowe i wystarczające dla wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości zamawiającego co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, których zresztą zamawiający nie powinien w ogóle powziąć, ponieważ nie było ku temu żadnych podstaw. Uzupełnienie warunków, licencyjnych (czy to przez załączenie tych warunków, czy to przez ich zacytowanie) prowadziłyby do uzupełnienia informacji, których odwołujący nie miał obowiązku zamieszczać w ofercie. Tym samym zamawiający, formułując w ten sposób wezwanie z dnia 22 czerwca 2016 r., naruszył przepis art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 38 ust. 4 i art. 7 ust. 1 Pzp – ten ostatni z tego względu, że odwołujący nie posiada wiedzy, czy wezwanie tego rodzaju zostało wystosowane do wszystkich wykonawców, i w jaki sposób poszczególni wykonawcy odpowiedzieli na to wezwanie.

W dniu 23 czerwca 2016 r. zamawiający wystosował kolejne wezwanie – do potwierdzenia, że standardowe oprogramowanie klasy ERP, które zostało zaoferowane przez odwołującego, może być eksploatowane na platformie MS SQL Server 2014, którą zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia. Zamawiający stwierdził w wezwaniu: *„Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymaga, aby zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie, którego częścią jest oprogramowanie klasy ERP (...) [fragment usunięty ze względu na fakt, że zawiera nazwę oferowanego przez odwołującego oprogramowania, która jest informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa skutecznie zastrzeżoną przez odwołującego] mogło być eksploatowane na platformie MS SQL Server 2014, którą zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia. Mając na uwadze powyższe zamawiający zwraca się z prośbą o potwierdzenie, że standardowe oprogramowanie klasy ERP (...) [fragment usunięty ze względu na fakt, iż zawiera nazwę oferowanego przez*

odwołującego oprogramowania, która jest informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa skutecznie zastrzeżoną przez odwołującego] spełnia warunek, o którym jest mowa powyżej. Pragniemy podkreślić, że w rozumieniu Zamawiającego, możliwość eksploatacji oznacza uruchomienie oprogramowania (...) [fragment usunięty ze względu na fakt, iż zawiera nazwę oferowanego przez Odwołującego oprogramowania, która jest informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa skutecznie zastrzeżoną przez Odwołującego] przy wykorzystaniu platformy MS SQL Server 2014 bez konieczności wykorzystania innej bazy danych.”

Treść wymagania zamawiającego, określona w SIWZ, brzmi inaczej niż treść zacytowana w wezwaniu. Zgodnie z treścią wymagania SIWZ [Załącznik nr 1 do SIWZ; Opis Przedmiotu Zamówienia; 1.1. Ogólny Opis Przedmiotu Zamówienia i Etapowanie Prac; punkt „c”): *„Oferowane rozwiązanie musi umożliwić eksploatację na platformie bazy danych MS SQL Server 2014, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia. W przypadku, gdy oferowane przez Wykonawcę rozwiązanie będzie funkcjonowało na bazie danych innej niż ta, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji niniejszego zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić licencje bazy danych, na nieograniczoną liczbę użytkowników, niezbędne do pełnego wdrożenia oferowanego systemu, zgodnie z wymaganiami niniejszego dokumentu.”*

Zamawiający pominął w treści wezwania drugą część wymagania, która jednoznacznie i wprost dopuszcza zaoferowanie rozwiązania umożliwiającego eksploatację na bazie danych innej niż MS SQL Serwer 2014. Z treści wezwania wynika, że zamawiający wymaga po złożeniu ofert rozwiązania umożliwiającego eksploatację na platformie MS SQL Serwer. 2014, nie dopuszczając rozwiązania umożliwiającego eksploatację na platformie innej bazy danych, co jest wprost sprzeczne z wymaganiem określonym w SIWZ. Czynność ta narusza przepis art. 87 ust. 1 i art. 38 ust. 4, a także art. 7 ust. 1 pzp. Zamawiający zmierza do zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert, co w sposób ewidentny prowadzi do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący potwierdził w odpowiedzi na wezwanie, że zaoferowane przez wykonawcę rozwiązanie spełnia wymaganie określone w SIWZ (Załącznik nr 1 do SIWZ; Opis Przedmiotu Zamówienia; 1.1. Ogólny Opis Przedmiotu Zamówienia i Etapowanie Prac; punkt „c”). Takie potwierdzenie jest wystarczające do rozwiania ewentualnych wątpliwości zamawiającego co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, której zamawiający zresztą w ogóle nie powinien powziąć, ponieważ nie było ku temu żadnych podstaw. Biorąc pod uwagę podniesione zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Załączniki (merytoryczne): wezwanie do wyjaśnień z dnia 22 czerwca 2016 r.; wyjaśnienia odwołującego z dnia 27 czerwca 2016 r.; wezwanie do wyjaśnień z dnia 23

czerwca 2016 r. – tajemnica przedsiębiorstwa; wyjaśnienia odwołującego z dnia 27 czerwca 2016 r. – tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Wskazał na swoje uprawnienia wynikające z art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśniania treści oferty. Stwierdził, że wyjaśniania treści oferty miały na celu sprawdzenie czy oferta odwołującego spełnia wymagania przedstawione w SIWZ co do przedmiotu zamówienia. Wskazał na postanowienia załącznika nr 3 do opisu przedmiotu zamówienia „*Regulamin oraz harmonogram prezentacji Systemu*” pkt 6 – oprogramowanie standardowe i aplikacyjne muszą być licencjonowane. Na podstawie prezentacji i złożonych wyjaśnień wykonawców, zamawiający powziął wątpliwości dotyczące różnic pomiędzy oferowanym przedmiotem prezentacji, a zaoferowanym Systemem. Weryfikacja licencji wykorzystywanych na zestawie testowym wynikała z potrzeby potwierdzenia, że zamawiający nie otrzymał zestawu testowego, na którym zostało zainstalowane nielegalne oprogramowanie. Wskazał, że odwołujący nie jest producentem oprogramowania zainstalowanego na zestawie testowym, tym samym to producent decyduje o zakresie udzielonej licencji. Tym samym zamawiający ma prawo przeprowadzić postępowanie wyjaśniające celem sprawdzenia czy licencja dla tego oprogramowania pozwala na uruchomienie i wykonanie prezentacji Systemu w okresie od złożenia oferty do końca trwania umowy. Odnosił się do zarzutu uzupełniania oferty po upływie terminu na jej złożenie, wskazując, że nie wymagał umów przedstawiających warunki licencyjne lecz podania informacji koniecznych do przeprowadzenia oceny oferty. Wskazał, że wyjaśnienia odwołującego udzielone na wezwanie z dnia 22 czerwca 2016 r. ze względu na swoją ogólnikowość nie wyjaśniały wątpliwości zamawiającego co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wezwania nie naruszały art. 87 ust. 1 ustawy.

Zamawiający wskazał, że nie naruszył też przepisu art. 38 ust. 4 i art. 7 ust. 1 Pzp. Zacytował treść pkt 1.1. c OPZ i powołując się na wyrok Izby z dnia 2 marca 2016 r., sygn. akt KIO 163/16 i KIO 170/16 w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazał, że:

- 1. „Zamawiający w pkt 2.2 załącznika nr 1 do siwz wymienił posiadaną infrastrukturę, którą zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia. W jej ramach pod lit. c znajdowała się powołana przez odwołującego licencja MS SQL Server 2014 w wersji Enterprise na 2 serwery.*
- 2. (...) nie było sporne między stronami, że w prowadzonym postępowaniu Zamawiający dopuścił zastosowanie innych rozwiązań, niż tych, opartych o MS SQL Server 2014.*
- 3. (...) Zamawiający używa znaków towarowych w odniesieniu do elementów, które nie są objęte zamówieniem a jedynie w stosunku do posiadanych przez Zamawiającego urządzeń lub też sprzętu, który zamierza udostępnić na potrzeby realizacji zamówienia.*

4. (...) działanie Zamawiającego jest słuszne i racjonalne, który posiadając na wyposażeniu określoną infrastrukturę, w postaci serwerów oraz licencji MS SQL Server 2014 w wersji Enterprise, postanowił udostępnić ją wykonawcy, który będzie realizował zamówienie. Za niecelowe i nielogiczne należałoby uznać przeciwne działania Zamawiającego, polegające na pozostawieniu „na stanie u Zamawiającego” urządzeń i oprogramowania, które może być konstruktywnie wykorzystane do zbudowania systemu informatycznego, który ma funkcjonować u Zamawiającego.”

Powyższe wskazuje, w ocenie zamawiającego, że przeznaczył on do realizacji zamówienia posiadaną infrastrukturę z platformą baz danych MS SQL. Zaoferowane rozwiązanie musi spełniać 2 warunki (łącznie) pkt 1.1.c SIWZ. Pierwszy, to wymóg by oferowane rozwiązanie musiało umożliwić eksploatację na platformie bazy danych MS SQL Server 2014, która zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia. Wymóg ten jest obligatoryjny nawet w sytuacji zaoferowania innej bazy danych, niż ta którą zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia. Drugi warunek, to konieczność zapewnienia licencji bazy danych, na nieograniczoną liczbę użytkowników, niezbędna do pełnego wdrożenia oferowanego systemu, w przypadku, gdy oferowane przez wykonawcę rozwiązanie będzie funkcjonowało na bazie danych innej niż ta, którą zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia.

Dalej zamawiający wskazał, że dopuszcza wdrożenia rozwiązania na bazie danych innej niż MS SQL Server 2014, przy czym zachowuje sobie prawo do „przeniesienia” rozwiązania na MS SQL Server 2014 r. Ma na celu optymalizację kosztów utrzymania rozwiązania. Wskazał, że stawiane wymagania są możliwe do realizacji z punktu widzenia technologicznego. Jako dowód podał kilka przykładowych rozwiązań dostępnych na rynku, z których każde umożliwia funkcjonowanie na więcej niż na jednym „silniku bazy danych.” Załączył wydruki 3 przykładowych rozwiązań.

Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów, z wnioskowanym przez odwołującego częściowym wyłączeniem jawności rozprawy i uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje: odwołujący podał w odwołaniu, że odwołanie wnosi wobec czynności dokonanych oraz zaniechanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazując podstawę prawną, obok art. 179 ust. 1, podał art. 180 ust. 2 Pzp – właściwy dla postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy oraz stwierdził,

że wnosi odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie wyszczególnionych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (publikacja ogłoszenia w Dz. Urz. UE w dniu 29 stycznia 2016 r.), zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec postanowień SIWZ jest spóźnione i nie podlega rozpoznaniu.

Przepis art. 38 ust. 4 Pzp wskazany jako podstawa prawna zarzutu przedstawionego w pkt 3 zarzutów w odwołaniu, stanowi o uprawnieniu zamawiającego do zmiany treści SIWZ w okolicznościach wskazanych w tym przepisie. Zatem, inna czynność zamawiającego podjęta w postępowaniu, niebędąca zmianą SIWZ, nie może być uznana na podstawie domniemania, jako stanowiąca naruszenie wskazanego przepisu.

Z treści odwołania wynika, że dotyczy ono żądania zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej przez odwołującego. Wezwania zamawiającego z 22 i 23 czerwca 2016 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy i odpowiedzi odwołującego, zostały przedstawione w uzasadnieniach stron, wyżej streszczonych, zatem nie występuje potrzeba ich powielania.

Zamawiający jest na etapie badania ofert (czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty nie miała jeszcze miejsca), wystąpił do odwołującego (również innych wykonawców, jak wskazał na rozprawie), prosząc o wyjaśnienia w zakresie przedstawionym w wezwaniach.

Na podstawie odpowiedzi udzielonych przez odwołującego, zamawiający – jak stwierdził na rozprawie – uzyskał wyjaśnienia w zakresie, w jakim ich oczekiwał kierując wezwania, zatem jest w posiadaniu informacji odwołującego dotyczących jego oferty.

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Przepis ma charakter fakultatywny – *zamawiający może, ale zdecydowany – żądać*, a więc nie prosić, nie wnioskować. Z tego należy sądzić, że wykonawca, we własnym interesie, powinien zastosować się do żądania zamawiającego, aczkolwiek przepisy ustawy nie przewidują żadnych negatywnych następstw w przypadku nie zastosowania się do żądania.

W orzecznictwie przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy służą właściwej ocenie oferty i w przeciwieństwie do przepisów art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy, mogą dotyczyć potwierdzenia merytorycznego jej zakresu, niewynikającego wprost ze złożonych oświadczeń lub dokumentów. Przykładowo, w wyroku z dnia 29 marca 2011 r., sygn. akt KIO

528/11, Izba uznała – *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała nakazu wskazywania poszczególnych elementów składających się na poszczególne pozycje kosztorysu w ofercie. Zatem należy uznać, iż (...) spełnił wymaganie Zamawiającego. Zamawiający, w sytuacji gdyby powziął wątpliwość, co do ewentualnego braku/nieuwzględnienia w kosztorysie zasuwę gwintowanej miękko uszczelniającej, obudowy, skrzynki oraz złącza PE/stal, mógłby taką wątpliwość wyjaśnić. W takiej sytuacji, w ocenie Izby wystarczającą czynnością Zamawiającego byłoby uzyskanie potwierdzenia Odwołującego (w trybie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc w drodze wyjaśnień), iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ i zawiera w spornych pozycjach także element wymagany (zasuwę gwintowaną). Choć ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obligatoryjnego obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, to jednak pozwala Zamawiającemu uzyskać absolutną pewność w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia.*

Izba wskazuje, że przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: *Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.* Zatem, mając na uwadze uprawniający, a nie zobowiązujący charakter przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, należy przyjąć, że odwołanie podważające czynności zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia w granicach ustawowego uprawnienia – żądanie wyjaśnień, do którego zastosował się odwołujący – nie ma niezbędnego substratu zaskarżenia.

Powyższe rzutuje również na uprawnienie wykonawcy do wniesienia odwołania w świetle ustawowych przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy – czynność zamawiającego naruszająca przepisy ustawy i możliwość poniesienia z tego tytułu szkody. Skoro zamawiający żąda wyjaśnień w granicach ustawowego uprawnienia, czynność taka nie oznacza negatywnego rozstrzygnięcia wobec wykonawcy. Taką czynnością może być dopiero rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia – wykluczenie wykonawcy czy odrzucenie oferty.

Izba podnosi, że nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp stanowisko odwołującego – *wnosi odwołanie już na tym etapie z ostrożności, ponieważ w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu jego oferty, odwołanie wniesione wobec takiej czynności może być uznane za wniesione z przekroczeniem terminu – jeśli Izba uzna, że odwołujący mógł powziąć wiadomość o okoliczności stanowiącej podstawę odrzucenia oferty odwołującego już w dniu, w którym otrzymał wezwanie do wyjaśnień.*

Żądanie wyjaśnień dotyczących treści oferty wykonawcy nie może być uznane jako powzięcie wiadomości o odrzuceniu jego oferty, gdyż na etapie żądania wyjaśnień i ich składania, czynność odrzucenia oferty nie miała miejsca.

Zamawiający nie naruszył przepisów art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 38 ust. 4, a także art. 7 ust. 1 Pzp wskazanych w odwołaniu. Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł.

Przewodniczący: