

WYROK

z dnia 29 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2017 r. przez wykonawcę

NBIT Sp. z o.o. ul. Metalowców 13a, 41-500 Chorzów

w postępowaniu prowadzonym przez

Powiat Suski, ul. Kościelna 5b, 34-200 Sucha Beskidzka

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża NBIT Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NBIT Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Suski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę sprzętu informatycznego na wyposażenie serwerowni Wydziału Geodezji, Kartografii, Katastru i Gospodarki Mieniem” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 kwietnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/5 068-127974. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – NBIT Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść oferty odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania, pomimo iż oferta Odwołującego się złożona w postępowaniu nie podlegała odrzuceniu,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, pomimo iż Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty Odwołującego,
4. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, pomimo iż na mocy przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający był do tego zobowiązany.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu, aby powtórnie zbadał ofertę Odwołującego i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty,
4. nakazanie Zamawiającemu, aby wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty Odwołującego albo ewentualnie z ostrożności procesowej

nakazanie Zamawiającemu, aby poprawił w ofercie Odwołującego domniemane omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający uznał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i z tego powodu ofertę tę odrzucił. W ocenie Odwołującego odrzucenie oferty było bezpodstawne z następujących przyczyn:

Zgodnie z wyjaśnieniem zamieszczonym na stronie 42. na końcu załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia/Szczegółowy formularz ofertowo-cenowy”, w kolumnie „*Opis oferowanych parametrów Producent i model*” Wykonawca ma obowiązek wskazać wyczerpujący opis dotyczący danej pozycji w formule Producent/model.... (Jeżeli są możliwe do określenia) wraz ze szczegółowym i kompletnym opisem oferowanych parametrów lub potwierdzeniem spełnienia wymaganego parametru.”

Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie wskazuje więc, że wykonawcy mogli: szczegółowo i kompletnie opisywać oferowane parametry lub potwierdzić, że wymagane parametry są spełnione. Odwołujący w każdej pozycji formularza podał producenta i model oraz potwierdził spełnianie wymaganego parametru. Należy więc uznać, że oferta Odwołującego się odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. W takiej sytuacji nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Jeżeli Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy podadzą w formularzu ofertowym wszystkie parametry techniczne i funkcjonalności, to nie powinien był w wyjaśnieniu zamieszczonym na stronie 42. dopuszczać możliwości potwierdzania przez wykonawcę spełniania wymaganych parametrów. Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji wewnętrznej sprzeczności między punktem 7.20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia a wyjaśnieniem na stronie 42. na końcu załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia muszą być interpretowane zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Nie mają zatem znaczenia oczekiwania Zamawiającego, które nie zostały wyrażone w sposób jasny i jednoznaczny, a wszelkie wątpliwości w tym zakresie powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Sama wątpliwość Zamawiającego, czy oświadczenie Odwołującego, że wymagane parametry są spełnione, jest zgodne z prawdą, nie wystarcza do odrzucenia oferty Odwołującego. Tymczasem Zamawiający nie wykazał, że oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nawet gdyby uznać, że wykonawcy powinni szczegółowo opisać oferowane parametry w formularzu ofertowym, z czym Odwołujący się nie zgadza, to i tak poprawienie

oferty Odwołującego było możliwe albo w trybie wyjaśnień albo w trybie poprawiania omyłek przez samego Zamawiającego. Tymczasem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, aby niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia skutkowałą odrzuceniem oferty, niezgodność ta musi mieć charakter nieusuwalny. Zarzucana niekompletność oferty Odwołującego niewątpliwie była możliwa do usunięcia bez istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Przyjęcie, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu powoduje, że nie było podstaw do unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo KIO wyraźnie wskazuje więc, że Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty, zanim ją odrzuci.

Na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła wskazanych wyżej zarzutów, to zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO zamawiający, mając podstawy zakładać, że błędy w ofercie były wynikiem nieuwzględnienia zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinien potraktować je jako omyłkę i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nawet gdyby uznać, że oferta Odwołującego była niezgodna ze specyfikacją (czemu Odwołujący zaprzecza), to i tak Zamawiający miał obowiązek ofertę tę poprawić uzupełniając parametry oferowanego sprzętu w oparciu o dostępne publicznie informacje – jeśli poprawienie tych błędów nie prowadziłoby do zmiany treści oferty. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest obowiązany

dokonywać poprawek w złożonych ofertach i zawiadamiać o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniosł o oddalenie odwołania stwierdzając, iż Odwołujący nieprawidłowo wskazanie „potwierdza” zawarte na str. 42 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia utożsamia z „oświadcza”. Potwierdzenie to miało mieć formę, która potwierdziłaby konkretne parametry lub wymagania. Oferta powinna być złożona w sposób jasny. Z punktu 7.20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika jasno, że Zamawiającego interesuje konkretyzacja wskazania, co zostało zaoferowane. Oba postanowienia należy czytać łącznie. W zmianie do specyfikacji z 9 maja 2017 r. Zamawiający wskazał precyzyjnie, które punkty specyfikacji zmienił i w jaki sposób. Oferta powinna być jasna i precyzyjna już w dniu jej złożenia. Zamawiający nie ma podstaw prawnych do poprawiania takich wad jako omyłek. Odwołujący miał możliwość, nie modyfikując kolumny formularza zawierającej wymagania Zamawiającego, do wpisania własnych parametrów w kolumnie prawej, aby Zamawiający mógł je zbadać. Modyfikacje dokonane przez Zamawiającego były szersze, niż wskazał to Odwołujący np.: dołożenie portu FIBRE CHANNEL. Zamawiający dodał też wymóg, aby serwery i macierz były objęte gwarancją producenta – jest ona dodatkowo płatna i związku z tym późniejsze ich wskazanie byłoby zmianą oferty.

Zamawiający nie może wszystkich wątpliwości rozwiewać oświadczeniem z punktu 2. formularza ofertowego i bazować jedynie na nim. Nie użył stwierdzenia, iż punkt 7.20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma wyższość nad innymi postanowieniami, lecz że muszą być one czytane łącznie. Część uwagi na str. 42 „lub potwierdzeniem spełnienia wymaganego parametru” nie była zbędna, Zamawiający pozostawił taką możliwość, ale nie chodziło tu o oświadczenie wykonawcy o spełnieniu wymogu zamiast podania parametru. W takim przypadku pozostałe postanowienia byłyby zbędne. Wyjaśnienia oferty prowadziłyby do negocjacji i wprowadzenia zmian do treści oferty, co jest niedozwolone.

III Ustalenia Izby

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

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

W postępowaniu złożono jedną ofertę. Zamawiający odrzucił tę ofertę (ofertę Odwołującego) w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie części nr 1 i nr 2 zamówienia, ze względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie jest możliwe jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający stwierdził bowiem, że treść szczegółowego formularza ofertowo-cenowego jest niezgodna z postanowieniem punktu 7.20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązany jest do jednoznacznego określenia zaoferowanych w ofercie produktów, charakteryzując je poprzez wskazanie na konkretny wyrób (producent, typ, model) wraz z podaniem wszystkich parametrów technicznych i funkcjonalności zgodnie ze wzorem szczegółowego formularza ofertowo-cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ”. Zdaniem Zamawiającego brak podania przez Odwołującego w ofercie parametrów technicznych i funkcjonalności uniemożliwia ich porównanie z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca w przeważającej części oferty nie zastosował się do obowiązku wynikającego z zapisów punktu 7.20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamiast wskazywania konkretnych parametrów i funkcjonalności zastosował (w większości przypadków) w poszczególnych pozycjach ogólne sformułowanie: „Spełnia minimalne wymagania zamawiającego”. W oparciu o treść oferty nie ma możliwości zweryfikowania tego, czy zaoferowane urządzenia spełniają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja wyraźnie wskazywała, że treść formularza stanowi element oferty (pkt 7.20), a nie np. oświadczenie potwierdzające spełnianie wymagań. To powoduje, że wykluczone jest również w tym zakresie zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i jej uzupełnienie. Ponadto stwierdzono w zakresie co najmniej części nr 1 zamówienia, iż Odwołujący nie zastosował się do zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanych przez Zamawiającego 9 maja 2017, w którym Zamawiający doprecyzował i uzupełnił niektóre pozycje szczegółowego formularza ofertowo-cenowego. Wykonawca w zakresie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dokonał stosownych aktualizacji formularza, jak również nie opisał oferowanych parametrów i funkcjonalności w taki sposób, aby Zamawiający był w stanie porównać je z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym modyfikacją.

Jednocześnie Zamawiający unieważnił postępowanie zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w części nr 1 i nr 2 z uwagi na to, że w przedmiotowym postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Działanie Zamawiającego należy uznać za prawidłowe.

W ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przygotował formularz pod nazwą „Opis przedmiotu zamówienia/Szczegółowy formularz ofertowo-cenowy”, który należało wykorzystać przy składaniu oferty. Formularz ten składał się z tabel, w których należało wskazać producenta i model oraz cenę serwerów, a także tabel z opisem oferowanych serwerów (kolumny: „Parametr”, „Wymagania minimalne” oraz „Opis oferowanych produktów/ Producent i model*”), w których należało wypełnić kolumnę „Opis oferowanych produktów/ Producent i model*” dla każdej z pozycji kolejnej tabeli, dotyczących: obudowy, płyty głównej, chipseta, procesora, RAM, zabezpieczenia pamięci RAM, gniazda PCI, interfejsów sieciowych itd.

W punkcie 7.20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zobowiązany jest do jednoznacznego określenia zaoferowanych w ofercie produktów, charakteryzując je poprzez wskazanie na konkretny wyrób (producent, typ, model) wraz z podaniem wszystkich parametrów technicznych i funkcjonalności zgodnie ze wzorem szczegółowego formularza ofertowo-cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ”.

Jednocześnie, na przywołanej przez Odwołującego str. 42 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. ww. formularza „Opis przedmiotu zamówienia/Szczegółowy formularz ofertowo-cenowy” Zamawiający zawarł uwagę „W kolumnie <<Opis oferowanych produktów/ Producent i model*>> Wykonawca ma obowiązek wskazać wyczerpujący opis dotyczący danej pozycji w formule Producent... model... (jeżeli są możliwe do określenia) wraz ze szczegółowym i kompletnym opisem oferowanych parametrów lub potwierdzeniem spełnienia wymaganego parametru.”

W ocenie Izby z powyższej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawcy mieli obowiązek wskazania w poszczególnych pozycjach tabel formularza „Opis przedmiotu zamówienia/Szczegółowy formularz ofertowo-cenowy” opis danego komponentu serwera z podaniem jego producenta i modelu (jak zaznaczył Zamawiający – jeżeli były możliwe do określenia, czyli według Izby co do zasady w tych przypadkach, w których pozycja dotyczyła komponentu sprzętowego, a nie wymogu funkcjonalnego), a także opisanie parametrów oferowanego komponentu (tam, gdzie w grę wchodziły parametry) lub potwierdzenia spełnienia wymaganego parametru (w przypadkach wymogów typu: „chipset dedykowany dla oferowanych procesorów, zapewniający pełne wsparcie architektury serwerów dwuprocessorowych”, w których wystarczyło wskazać: „tak”/”potwierdzam” lub zawrzeć podobne stwierdzenie).

Końcowej części przywołanej uwagi „lub potwierdzeniem spełnienia wymaganego parametru” zdaniem Izby nie można odczytywać w sposób, który wskazał Odwołujący

w odwołaniu, czyli jako zaprzeczenie/alternatywę do wcześniejszej części polecenia. Nie wynika z niego bowiem, że wykonawca według swojego uznania może albo podać producenta, model, parametry i opis oferowanego komponentu, albo potwierdzić jedynie ogólnie, że spełnia on wymogi (w pozycjach, w których można było i należało podać powyższe dane). Wynika to nie tylko z logiki zdania, ale też samej gramatyki języka polskiego – zdanie to bowiem nie brzmi: „...Wykonawca ma obowiązek wskazać wyczerpujący opis dotyczący danej pozycji w formule Producent... model... (jeżeli są możliwe do określenia) wraz ze szczegółowym i kompletnym opisem oferowanych parametrów *lub potwierdzić spełnienie* wymaganego parametru.” Zamawiający wskazał wyraźnie, że „Wykonawca ma obowiązek wskazać wyczerpujący opis dotyczący danej pozycji w formule Producent... model... (jeżeli są możliwe do określenia) *wraz ze szczegółowym i kompletnym opisem oferowanych parametrów lub potwierdzeniem spełnienia* wymaganego parametru.” Tym samym część wymogu „opis producent/model wraz z opisem lub potwierdzeniem spełnienia” jest jedną całością.

Zatem powyższa uwaga zawarta na str. 42 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest w żadnym zakresie sprzeczna z wymaganiem zawartym w punkcie 7.20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w obu tych postanowieniach specyfikacji w sposób wyraźny wskazał, że wykonawcy mają zamieścić opis poszczególnych komponentów serwerów ze wskazaniem producenta i modelu. Dla spełnienia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest więc wystarczające podanie samego producenta i modelu serwera – opis komponentów jest bowiem istotną treścią oferty. Tym bardziej, że wskazana przez Odwołującego nazwa serwera „Dell PowerEdge R730” odnosi się do produktu, który może mieć wiele różnych konfiguracji – dostosowanych lub niedostosowanych w pełni do wymogów Zamawiającego.

Brak opisu komponentów, a zwłaszcza brak wskazania ich modeli i producentów, nie może być sanowany w drodze wyjaśnień ani uzupełnienia oferty – byłaby to bowiem jej niedozwolona zmiana, polegająca *de facto* na złożeniu nowej oferty – ani tym bardziej dokonania jakichkolwiek poprawek w tej ofercie (Zamawiający musiałby wprowadzić do tabeli określenie produktów w postaci nazwy producenta i modelu oraz ich parametrów, co wykracza poza dozwolony i możliwy zakres poprawek).

Samo oświadczenie, iż wykonawca zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wszystkimi jej wyjaśnieniami i zmianami oraz uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania (punkt 2. formularza oferty) stanowi jedynie ogólną deklarację intencji wykonawcy złożenia oferty zgodnej

z wymaganiami Zamawiającego (intencji nie zawsze poprawnie zrealizowanych) i nie może zastępować wymaganego szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu.

W związku z tym, iż jedyna złożona w postępowaniu oferta została odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zrealizował się automatycznie, tj. w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, o której to okoliczności mowa w ww. przepisie.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: