

Sygn. akt XII Ga 186/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 maja 2013r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

W składzie następującym:

Przewodniczący: **S.S.O. Dariusz Janiszewski**

Sędziowie: **S.O. Bożena Kachnowicz – Kokot**

del. **S.R. Magdalena Kiedrowicz-Kopeć** ( spr )

po rozpoznaniu w dniu 25 kwietnia 2013 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi Agencji Nieruchomości Rolnych w W. Oddział Terenowy w G.

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 14 stycznia 2013r. sygn. akt KIO 2872/12

z udziałem

przeciwnika skargi ( wykonawcy ): (...) spółka jawna w R.

oraz wykonawcy: (...) Spółka Akcyjna w W.

o udzielenie zamówienia publicznego

oddala skargę.

Sygn. akt XII Ga 186/13

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 14 stycznia 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej (...)) w punkcie 1 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu Agencji Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w G. unieważnienie czynności odrzucenia oferty (...) C. M. i P. G. Sp. j. w częściach I – IV zamówienia, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na część I przedmiotu zamówienia oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na części II –IV przedmiotu zamówienia oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się w częściach I-IV zamówienia, w punkcie 2 kosztami postępowania obciążyła zamawiającego, w ten sposób, że w punkcie 2.1 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł. uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, w punkcie 2.2 zasądziła od zamawiającego na rzecz wykonawcy kwotę 11.100 zł. stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

(...) w uzasadnieniu wyroku wskazała, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego na dostawę nowego sprzętu informatycznego do (...) w B., M., S. i S. (nr postępowania SO- (...) -135/12), wobec czynności odrzucenia oferty (...) C. M. i P. G. Sp. j. z siedzibą w R., Wykonawca ten wniósł w dniu 24 grudnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. D872/12). W odwołaniu postawił zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 82 ust. 3, art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku

z odrzuceniem oferty Odwołującego i unieważnieniem postępowania w części I, a z ostrożności procesowej zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na braku oznaczenia symbolem „x” jednego parametru odpowiednio w każdej części zamówienia, tj. oferowanego urządzenia wielofunkcyjnego.

Wedle stanowiska I. w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r, Nr 206, póź. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, nr, 1778, zwanej dalej „ustawą”). Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę. Zamawiający na posiedzeniu I. wskazywał na podstawę do odrzucenia odwołania w części zarzutów dotyczących czynności unieważnienia postępowania na część I zamówienia, wynikającą z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy. Izba kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawę uznała po pierwsze, iż ustawodawca nie przewidział częściowego odrzucenia odwołania, po drugie, iż wskazanie w zarzutach na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy stanowiło konsekwencję kwestionowanej, jako naruszającej przepisy ustawy, czynności odrzucenia oferty odwołującego. Tym samym, rozstrzygnięcie w przedmiocie zasadności twierdzeń odwołującego o bezpodstawności odrzucenia jego oferty, pomimo braku możliwości zaskarżenia samej czynności unieważnienia postępowania w części I zamówienia odnosiłoby się w sposób pośredni do tej czynności Zamawiającego. W sytuacji, kiedy jedyną podstawę unieważnienia postępowania stanowi zaskarżona czynność odrzucenia oferty odwołującego, rozstrzygnięcie I. w tym zakresie musi uwzględniać ocenę wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy. Konsekwencje uznania czynności odrzucenia oferty za naruszającą przepisy ustawy rozciągają się w okolicznościach badanej sprawy na czynność unieważnienia postępowania, pomimo, iż sama czynność unieważnienia postępowania nie może być skarżona w postępowaniu poniżej progów unijnych. Zdaniem (...) wskazanie w zarzutach na naruszenie przesłanki do unieważnienia postępowania nie stało na przeszkodzie rozpoznaniu zasadniczej części odwołania, w której Odwołujący kwestionował czynność odrzucenia jego oferty we wszystkich czterech częściach zamówienia.

W ocenie (...) odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Izba ustalając, czy wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialne prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy) wskazała, że zapowiedź Zamawiającego unieważnienia postępowania nie może pozbawiać wykonawcy prawa do skutecznej obrony swojej oferty w postępowaniu. W sytuacji, gdyby do czasu zamknięcia rozprawy przed Izba Zamawiający skutecznie unieważnił postępowanie wskazując na przyczyny powodujące, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, okoliczność ta miałaby znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów w zawiązku z koniecznością ustalenia wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania. Ponieważ w badanej sprawie Zamawiający nie unieważnił postępowania z uwagi na upływ terminu do realizacji zamówienia, nie mogło on wpływać na ustalenie, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego pozbawiała tego Wykonawcę szansy na realizację zamówienia we wszystkich

czterech częściach, w których jego oferta mogła być uznana za najkorzystniejszą.

Dalej Izba zważyła, że zarzuty podniesione w odwołaniu sprowadzały się do kwestionowania prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego we wszystkich czterech częściach zamówienia, z uwagi na brak wypełnienia części pozycji w formularzach ceny. Powyższe doprowadziło do unieważnienia postępowania w części 1 zamówienia i wyboru w częściach II-IV zamówienia oferty droższej od oferty Odwołującego. Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, wskazując na przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego w części I zamówienia uznał, iż w formularzu oceny załącznik 1A do siwz Wykonawca nie wypełnił pozycji w tabeli 1 dla parametru oferowanego „Obsługiwane systemy operacyjne”.

Izba ustaliła, że w zawiadomieniu z dnia 19.12.2012 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej w częściach, II - IV, Zamawiający wskazując na przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego w poszczególnych częściach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stwierdził, iż w formularzu oceny - załączniku 1 B do siwz w tabeli nr 1 dla parametru oferowanego „Wbudowany serwer druku -interfejs sieci 10/100 lub (...) B. - TX” Wykonawca nie określił (zaznaczył) jaki rodzaj portu będzie posiadało oferowane urządzenie. W załączniku 1 C do siwz w tabeli 1 dla parametru oferowanego „Skanowanie do” Wykonawca nie określił (zaznaczył) miejsca do którego będzie wykonywane skanowanie. W załączniku 1 D do siwz w tabeli 1 dla parametru oferowanego „Wbudowany serwer druku - interfejs sieci 10/100 lub (...) B. - TX” Wykonawca nie określił (zaznaczył) jaki rodzaj portu będzie posiadało oferowane urządzenie.

Następnie Izba ustaliła, że w formularzu oceny złożonych na poszczególne części zamówienia Odwołujący w kolumnie „Parametry oferowane”, zgodnie z wytyczną Zamawiającego zamieszczoną w uwagach pod każdym z załączników od 1A do 1D, wymagał od wykonawców wpisania konkretnych parametrów oferowanych przez producenta danego sprzętu. W miejscach z „#” należało odpowiednio zaznaczyć (...). Obowiązkiem wykonawcy było również wypełnienie wszystkich wykropkowanych miejsc przez podanie stosownych informacji i danych. W załączniku 1A do siwz Odwołujący w pozycji 7 tabeli nie zaznaczył (...), czy oferowane urządzenie wielofunkcyjne model (...) obsługuje systemy operacyjne W. (...), W. (...) (32 i 34 bit), czy też nie ich nie obsługuje.

Wreszcie (...) ustaliła, że w załączniku 1B do siwz Odwołujący w pozycji „Wbudowany serwer (...)” nie zaznaczył (...) wymaganego minimum 1 portu opisanego przez Zamawiającego, w jaki zaoferowane urządzenie wielofunkcyjne model (...) miało być wyposażone. W załączniku 1C do siwz Odwołujący w pozycji „Skanowanie do” nie zaznaczył (...) jednego z miejsc wymienionych przez Zamawiającego (folder, e-mail, (...)), do jakich zaoferowane urządzenie wielofunkcyjne model (...) miało wykonywać skanowanie. W załączniku 1D do siwz Odwołujący w pozycji „Wbudowany serwer (...)” nie zaznaczył (...) wymaganego minimum 1 portu opisanego przez Zamawiającego, w jaki zaoferowane urządzenie wielofunkcyjne model (...) miało być wyposażone. Powyższe uchybienia, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego o uznaniu oferty odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej odrzuceniu, polegały na braku zaznaczenia właściwego „#”, co pozwalałoby na ustalenie, czy zaoferowane urządzenia wielofunkcyjne danego producenta identyfikowane za pomocą numeru modelu, spełniają wymagania minimalne Zamawiającego.

Rozstrzygając na gruncie tak ustalonego stanu faktycznego Izba miała na względzie przedłożone przez Odwołującego w ofercie karty katalogowe zaoferowanych urządzeń wielofunkcyjnych. Zamawiający nie wymagał wprawdzie załączenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań minimalnych, jednak w ocenie I. dokumenty załączone do oferty nie mogły być pominięte w toku oceny oferty, gdyż zawierały informacje o parametrach urządzeń. Mogły one zastępować oświadczenie wykonawcy o parametrach sprzętu deklarowanych przez producenta. Uwzględniając okoliczność, iż Odwołujący określił zaoferowane urządzenia wielofunkcyjne przez wskazanie ich producentów oraz modeli, przedłożone dokumenty dostarczały informacji o ich parametrach, a ewentualne wątpliwości Zamawiającego mogły być rozwiane w drodze wystąpienia o wyjaśnienia do Wykonawcy. Wezwanie do złożenia wyjaśnień pozwoliłoby Zamawiającemu na uniknięcie błędów w toku oceny oferty Odwołującego. Zamawiający oceniając ofertę pod względem zaoferowanych urządzeń wielofunkcyjnych uznał, iż brak potwierdzenia w formularzach oceny parametrów, czy też wymaganych funkcjonalności oznaczał, iż Wykonawca zaoferował urządzenia w odpowiedniej konfiguracji nie spełniającej minimalnych wymagań. Powyższe stanowisko, zdaniem (...) nie uprawniało Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy i zapisu z części II siwz - pkt 2.1.

Wobec powyższego Izba uznała, iż brak zaznaczenia we wskazanych pozycjach formularzy oceny właściwej informacji, przy uwzględnieniu informacji, jakie zawierały załączone w ofercie karty katalogowe urządzeń, nie wskazywało na merytoryczną niezgodność z wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi parametrów minimalnych urządzeń. Występująca niezgodność mogła zostać po uzyskaniu wyjaśnień od Wykonawcy usunięta, bez ingerencji w istotną treść oferty, skoro brakujące w formularzach oceny informacje dotyczyły parametrów oferowanych przez producenta danego sprzętu. W części informacje zawarte w dokumentach katalogowych pozwalały na wstępne stwierdzenie,

iz urzadzzenia speiniaja wymagania minimalne, chociaa nie byly one tozsame z opisanyimi przez Zamawiajacego parametrami.

Reasumujac powyrsze Izba uznala, iz brak zaznaczenia w formularzach oceny czesci danych o parametrach oferowanych urzadzzen, nie przesadzalo o braku mozliwosci przeprowadzenia oceny oferty pod katem parametrów oferowanych przez producentów sprzetu. Prowadzenie wyjasnień w tym zakresie nie odnosilo sie do oswiadczenia woli wykonawcy, który zadeklarowal dostawe konkretnych urzadzzen, lecz do jego oswiadczenia wiedzy co do parametrów deklarowanych przez producentów. W czesci informacje wynikaly z opisu urzadzzen zawartego w zalaczonych dokumentach i powinny byc uwzględnione przez zamawiajacego. Ewentualne nieścislosci mogly zostac wyjasnione przez Wykonawce bez ingerencji w tresc zobowiazania dostarczenia urzadzzen o okreslonych numerach katalogowych a ich zlozenie nie moglo wplywac na istotna tresc oferty. Wobec powyrszego Izba uznala, ze czynnosć odrzucenia oferty odwołujacego dokonana na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z pominięciem procedury art. 87 ustawy w tym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy naruszala przepisy ustawy i doprowadzila do blednego ustalenia wyniku postępowania. Stąd tea Izba uwzględnila odwołanie w calosci i nakazala zamawiajacemu uniewaznienie wyniku postępowania i powtorzenie czynnosci badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania (...) orzekla na mocy art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 Rozporzadzania 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).

Od powyrszego wyroku skarge wniosl Zamawiajacy, zaskarzajac wyrok I. w calosci oraz zarzucil mu:

1. naruszenie prawa materialnego art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uwzględnienie przez Krajowa Izbe Odwoławcza odwołania odwołujacego na czynnosć, na która w myśl przepisów ustawy PZP odwołanie nie przysluguje, a co za tym idzie nie odrzucenie odwołania w czesci I zamówienia;
2. naruszenie prawa materialnego w postaci przepisu art. 192 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, iz postępowanie Zamawiajacego w postaci uniewaznienia postępowania w czesci I i odrzucenie oferty odwołujacego w pozostałych czesciach stanowilo naruszenie przez zamawiajacego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych;
3. naruszenie prawa procesowego majace istotny wplyw na wynik postępowania art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia przez (...) materiału dowodowego przejawiajacy sie niemal calkowitym brakiem ustosunkowania sie w uzasadnieniu zaskarzonego orzeczenia do stanowiska prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie (zlozonego na rozprawie) jak rowniez stanowiska prezentowanego na rozprawie przez zamawiajacego;
4. sprzecznosć ustalení faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie z trescia zebranego w sprawie materiału dowodowego majaca wplyw na wynik postępowania poprzez bezpodstawne przyjecie, iz pomimo nie wskazania przez Wykonawce w formularzu oceny czy oferowane urzadzzenie speinia parametry minimalne wymagane przez Zamawiajacego oraz, ze Zamawiajacy na podstawie zalaczonych przez Wykonawce do oferty ulotek informacyjnych wydrukowanych z Internetu, mial mozliwosc ustalenia, czy oferowane urzadzzenie speinia wszelkie wymagane przez zamawiajacego parametry minimalne.

W konkluzji Zamawiajacy wniosl o zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r. w calosci oraz orzeczenie co do istoty sprawy tj. co do bezzasadnosci odwołania wykonawcy poprzez odrzucenie odwołania w czesci I oraz oddalenie odwołania w czesci II, III, IV ewentualnie oddalenie odwołania w calosci jako niezasadnego, a ponadto o obciazenie wykonawce - odwołujacego kosztami postępowania skargowego oraz postępowania przed Krajowa Izba Odwoławcza, w tym kosztami zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2013r. wykonawca (...) Spólka jawna w R. wniosl o oddalenie skargi zamawiajacego i podtrzymal dotychczas prezentowanie w sprawie stanowisko.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga zamawiającego jest nieuzasadniona.

Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, uznając, że z prawidłowo i niewadliwie ustalonego stanu faktycznego wyciągnęła wnioski prawne, które zasługują w pełni na akceptację.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy odniósł się do zarzutu naruszenia przepisów art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa).

Zważyć należy, że wedle art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba

odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. Natomiast na mocy art. 180 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Z treści obu przepisów jasno wynika, że poza wypadkami przewidzianymi wprost przez ustawodawcę nie jest możliwe wniesienie odwołania w przypadkach innych niż przewidziane w przepisach, a tak złożone podlega odrzuceniu. Jakkolwiek istotnie rację ma skarżący wskazując, że podstawą odrzucenia odwołania jest zaskarżenie w drodze odwołania czynności unieważnienia postępowania przetargowego poniżej wartości progowych, to w okolicznościach rozpoznawanej sprawy okoliczność ta nie może w prosty sposób przekładać się na podjęcie decyzji o odrzuceniu odwołania przez (...) właśnie z tej przyczyny z następujących powodów.

W niniejszej sprawie zauważyć należy, że zamawiający w odwołaniu wskazywał w zarzutach na art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy jako rezultat dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego. Wedle oceny skarżącego fakt odrzucenia oferty z powodów wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy pozbawia Izbę możliwości wnikania w merytoryczne zagadnienia odwołania, a za takie zamawiający uznaje zarzuty unieważnienia postępowania na część I zamówienia, które z uwagi na wartości progowe w myśl art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy nie podlegają zaskarżeniu odwołaniem. W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko skarżącego nie może się ostać albowiem, w rozpoznawanej sprawie istnieje nierozzerwalny i funkcjonalny związek pomiędzy obiema czynnościami, skoro skutki uznania odrzucenia oferty za czynność naruszającą przepisy ustawy przekładają się wprost na czynność unieważnienia postępowania. Innymi słowy naruszenie przepisów ustawy choćby w drodze podjętej błędnej decyzji o odrzuceniu oferty determinuje ocenę jego wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie, pomimo tego, że sama czynność unieważnienia postępowania poniżej wartości progowych określonych w ustawie nie podlega zaskarżeniu w drodze odwołania. W rezultacie rozpoznanie odwołania w części niezaskarżalnego rozstrzygnięcia w przedmiocie unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy jest w niniejszej sprawie dopuszczalne i konieczne.

Zważyć należy, że Sąd Okręgowy podziela w pełni stanowisko Krajowej Izby

Odwoławczej zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku uznał, że jest władny do kontroli prawidłowości wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w tak szerokim zakresie, a uwzględnienie odwołania w całości niweczy jednocześnie skutki związanego z nim niezaskarżalnego postanowienia dotyczącego unieważnienia czynności. Częściowe tylko uwzględnienie odwołania nastąpiłoby bowiem wbrew przepisom ustawy Prawo o zamówieniach publicznych, które nie przewidują takiej możliwości. Podkreślić jednakże należy, że powołanie się na nieprawidłowość odrzucenia oferty wskutek decyzji podjętej z naruszeniem przepisów ustawy i braku możliwości odrębnego jego zaskarżenia odnosi się do czynności zamawiającego. Z całą pewnością natomiast okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o odwołaniu w zakresie odrzucenia oferty zamawiającego we wszystkich czterech częściach zamówienia z przyczyn dotyczących niezgodności treści oferty z treścią siwz (II i IV część), miejsca wykonywania

skanowania (III część), obsługiwanych systemów operacyjnych (I część) w formularzu oceny zgodności z treścią załącznika 1 A-D.

W tym zakresie nie można podzielić zarzutu skarżącego naruszenia art. 192 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zważyć należy, że w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego istotne postanowienia umowy w sprawie zamówienia określają SIWZ oraz przepisy prawa zamówień publicznych. Przepisy te określają w szczególności minimalne wymagania, które muszą być spełnione, aby umowa w ogóle mogła być zawarta. Oferta, aby spełnić warunek określony jako niezbędny w art. 66 § 1 k.c. (czyli warunek określania istotnych postanowień umowy), musi w pełni odpowiadać wymaganiom określonym w specyfikacji, przy czym art. 36 Pr.z.p. wyznacza jedynie zakres koniecznych elementów specyfikacji, pozostawiając zamawiającemu dostatecznie dużą swobodę w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i sposobu przygotowania ofert, a także opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. Innymi słowy, aby zamówienie mogło być udzielone (mogła być zawarta umowa), oferta musi odpowiadać wszystkim wymaganiom SIWZ, w szczególności potwierdzać, czy wykonawca spełnia w ogóle warunki udzielenia zamówienia. Bez takiego potwierdzenia w ofercie (warunków udzielenia zamówienia), nie mamy do czynienia z ofertą w pełni odpowiadającą definicji kodeksu cywilnego. Powyższy pogląd znalazł swe potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05, Biul. SN 2005, nr 10, poz. 7, w uzasadnieniu, której Sąd stwierdził, że informacje zawarte w dokumentach żądanych na podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, są elementem oferty. W przypadku składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, chcąc złożyć ofertę niepodlegającą odrzuceniu, muszą uwzględniać wymagania ustawy oraz wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Konkludując umowa w sprawach zamówień publicznych co do zakresu świadczenia wykonawcy powinna ściśle odpowiadać treści sporządzonej uprzednio SIWZ złożonej następnie przez uczestnika przetargu oferty.

Innymi słowy oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Nie musi natomiast wypełniać wymogów zamawiającego co do formy prezentacji. Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców.

Zaakcentować jednakże należy, że w toku badania i oceny ofert, a więc od chwili ich otwarcia do wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Ponieważ na prawidłowość oferty nie ma wpływu dostosowanie się wykonawcy do wymogów związanych z formą prezentacji, to w konsekwencji słuszne jest ograniczenie prawa do żądania wyjaśnień wyłącznie do treści ofert. Zamawiający może, ale nie musi, korzystać z tego uprawnienia. Jeśli jednak zaniecha żądania wyjaśnień i wskutek tego niewłaściwie zinterpretuje treść oferty, może narazić się na odwołanie ze strony wykonawcy. Nie może jednak opierać się ono na zarzucie nieskorzystania przez zamawiającego ze swych uprawnień, ale wyłącznie na wykazaniu, że ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy. Ten sposób rozumienia przepisu potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2003 r., UZP/ZO/0-936/03, niepubl., w którym, uwzględniając odwołanie, Zespół stwierdził: "Zamawiający może, ale nie musi, z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki". (por. Dzierżanowski W. komentarz WKP 2012, stan prawny: 2012-05-01 Komentarz do art. 87 ustawy - Prawo zamówień publicznych).

Z prawidłowo ustalonych okoliczności rozpoznawanej sprawy przez (...) wynika, że uchwylenia, które zadecydowały o uznaniu przez zamawiającego oferty odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia

i jej odrzuceniu, polegały na braku zaznaczenia właściwego „#” w formularzach oceny, co pozwalałoby na ustalenie, czy zaoferowane urządzenia wielofunkcyjne danego producenta identyfikowane za pomocą numeru modelu, spełniają wymagania minimalne Zamawiającego. Zamawiający oceniając ofertę pod względem zaoferowanych urządzeń wielofunkcyjnych uznał, iż brak potwierdzenia w formularzach oceny parametrów, czy też wymaganych funkcjonalności oznaczał, iż Wykonawca zaoferował urządzenia w odpowiedniej konfiguracji nie spełniającej minimalnych wymagań. Wykonawca z kolei do oferty dołączył karty katalogowe zaoferowanych urządzeń wielofunkcyjnych, które zawierały informacje o parametrach urządzeń wskazane przez producenta. Ocena formularzy przez Zamawiającego bez interpretacji załączonych do oferty kart katalogowych nie uprawniała, zatem Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy z uwzględnieniem zapisu części II siwz - pkt 2.1. Jeżeli zaś na gruncie tak złożonej oferty pojawiły się wątpliwości, czy zaoferowane przez oferenta urządzenia spełniają określone w SIWZ wymagania – zamawiający powinien w trybie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 p.z.p., podjąć starania o wyjaśnienie dostrzeżonych w ofercie wątpliwości co do jej treści.

Zamawiający ograniczył się natomiast do kontroli formularzy oceny parametrów bez analizy jej zgodności z oferowanymi dodatkowymi dokumentami. Jakkolwiek w ocenie składu orzekającego, zastosowanie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy p.z.p., musi mieć pewne granice, wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców przy zachowaniu zasad logiki, a nade wszystko musi uwzględniać, że ingerencja w treść zobowiązania nie może prowadzić do zmiany treści tego zobowiązania, to bez wątpienia granice te nie zostały w niniejszej sprawie przekroczone, skoro zamawiający nie podjął żadnych aktów staranności zmierzających do wyjaśnienia ewentualnych rozbieżności dotyczących treści zobowiązania dostarczenia urządzeń o określonych numerach katalogowych.

Zaniechanie przez zamawiającego wyjaśnienia powyższych wątpliwości doprowadziło

bowiem do błędnego ustalenia przez zamawiającego, iż oferta powoda nie spełniała istotnych

warunków zamówienia. Niezależnie bowiem od tego, że wykonawca (...) C.

(...) Spółka jawna w R., w ofercie w odniesieniu do oferowanych

co do nazwy i producenta urządzeń użył określenia „w odpowiedniej konfiguracji” to w

niniejszej sprawie zostało wykazane, iż każde z oferowanych przez wykonawcę urządzeń w

minimalnym standardzie spełniały wszystkie wymagania stawiane w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia określonych przez zamawiającego.

Okoliczności te zostały potwierdzone na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 25 kwietnia 2013 r., podczas której C. M. wskazał, że w zakresie ofert dotyczących urządzeń (...) (część I zamówienia), MC 861 (...) (część II i IV zamówienia) oraz (...) (część III urządzenia), materiał poglądowy dołączony do ofert dotyczących tych urządzeń w konfrontacji z oświadczeniami producenta wyraźnie dowodzi, że oferowane urządzenia spełniają wymagania siwz. Okoliczność ta prowadzi do wniosku, że zamawiającym nie miał obiektywnych podstaw, aby odrzucić ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Sądu Okręgowego interpretacja załączonych dokumentów przez wykonawcę do oferty, w świetle zeznań C. M., w kontekście argumentacji prezentowanej w odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu przed (...) w dniu 14 stycznia 2013 r. przez Zamawiającego dotycząca tego, że Zamawiający nie wzywał do złożenia wyjaśnień, gdyż w jego ocenie prowadziłyby do ustalenia oferty po jej otwarciu, a poprawienie omyłek prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty w zakresie zaoferowanego urządzenia w konfiguracji zadeklarowanej w formularzu oceny nie nosiła znamion istotnej zmiany treści oferty w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (..) (Dz.U.2009.206.1591 ) i

stosowanego w niniejszej sprawie na podstawie art. 4 ww. tej ustawy. A contrario możliwość dokonywania zmiany nieistotnej nie jest poddana analogicznym rygorom.

Zważyć należy, że w sprawach C-454/06 oraz C-496/99 ETS wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Z kolei w sprawie C-337/98 ETS stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Stanowisko ETS w przedmiocie kwalifikacji zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jako zmiany istotnej odwołuje się zatem do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania.

W świetle powyższych uwag, tylko w razie gdyby interpretacja oferty w powiązaniu z załączonymi dokumentami oraz przeprowadzone wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy doprowadziła do wniosków odmiennych możliwa byłaby ocena czy w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z istotną zmianą umowy. Skutki zaniechania tym czynnościom nie mogą obciążać wykonawcy. Wbrew natomiast zarzutowi naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., (...) oceniając materiał dowodowy z należytą starannością, słusznie wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że prowadzenie wyjaśnień nie odnosiłoby się do oświadczenia woli wykonawcy, lecz jego oświadczenia wiedzy co do elementów deklarowanych przez producentów i mogło być wyjaśnione nie tylko na gruncie załączonych dokumentów zawierających opis urządzeń, lecz także w drodze stosowania art. 87 ust. 1 ustawy.

Mając na względzie powyższe chybiony okazać się musiał zarzut sprzeczności ustaleń

faktycznych, uzasadniony przyjęciem, iż pomimo nie wskazania przez Wykonawcę w formularzu oceny czy oferowane urządzenie spełnia parametry minimalne wymagane przez Zamawiającego, Zamawiający na podstawie załączonych przez Wykonawcę do oferty ulotek informacyjnych wydrukowanych z Internetu, miał możliwość ustalenia, czy oferowane urządzenie spełnia wszelkie wymagane przez zamawiającego parametry minimalne, skoro wyniki przeprowadzonego postępowania doprowadziły zarówno (...) jak i sąd orzekający w rozpoznawanym składzie do wniosków odmiennych zaprezentowanych powyżej.

W tym stanie rzeczy, nie doszło do naruszenia 192 ust. 2 ustawy, skoro (...) miała uzasadnione podstawy uwzględnić odwołanie, wobec tego, że doszło do naruszenia przepisów, które miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z tych przyczyn skarga Zamawiającego na mocy art. 198a ust. 2 ustawy w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 385 k.p.c. podlegała oddaleniu.