



Warszawa, dnia 21.07.2020 r.

Znak sprawy: WZP/WIPFE/D-332-23/20

Adresat
(wszyscy Wykonawcy)

**Zawiadomienie o Wykonawcach wykluczonych z udziału w postępowaniu, o odrzuconych ofertach
Wykonawców oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym zamówieniu**

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę oprogramowania komputerowego” (nr sprawy: WZP/WIPFE/D-332-23/20)

**I. Zawiadomienie o Wykonawcach wykluczonych z udziału w postępowaniu, o odrzuconych ofertach
Wykonawców**

Działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 24 ust. 11 oraz w zw. art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 1843, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w postępowaniu na „Dostawę oprogramowania komputerowego” (nr sprawy: WZP/WIPFE/D-332-23/20) postanowił wykluczyć Wykonawcę, **IT MEDIA s.c. J. Chojnowski. A. Perzanowski**, ul. Feliksa Pancera 6/36, 03-187 Warszawa (oferta nr 02; dalej Wykonawca) z uwagi na fakt, iż w związku z wezwaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał w sposób wynikający z przepisów prawa braku podstaw do wykluczenia z postępowania, poprzez nieprzedłożenie we właściwej formie oraz wskazanym terminie wymaganych przez Zamawiającego, a niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania): aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia dotyczącego braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy P.z.p., wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ, podpisanego przez współnika spółki cywilnej, Pana J.C. oraz oświadczenia potwierdzającego, że Wykonawca nie należy do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r., poz. 369), dla współnika spółki cywilnej, Pana J.C., co pozostali Wykonawcy, którzy złożyli odrębne oferty, jak również nie wykazał, że w przypadku funkcjonowania w ramach jednej grupy kapitałowej, istniejące między poszczególnymi Wykonawcami powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ofertę Wykonawcy wykluczonego z udziału w przedmiotowym zamówieniu odrzuca się na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p.

Ponadto, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., z uwagi na fakt, iż treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. oraz podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w związku z art. 78 § 1, art. 99 § 1 i art. 104 Kodeksu cywilnego, w związku z art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p., z uwagi na fakt, że Wykonawca nie uzupełnił właściwej, wymaganej przepisami prawa, formy pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy dla Pani Ł.O.

1) Działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zamawiający w dniu 10 lipca 2020 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty w zakresie aktualnych na dzień składania ofert oświadczeń dotyczących braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, składanych na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy P.z.p., wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ, podpisanych przez współników spółki cywilnej.



W treści wezwania Zamawiający wskazał, że „Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego wskazanym w pkt 17.1.2 SIWZ „Celem wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w pkt 14 SIWZ oraz w celu wstępnego wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 16 SIWZ, Zamawiający żąda złożenia: aktualnego na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie dotyczące braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, składane na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy P.z.p., wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ”.

Ponadto, zgodnie z pkt 17.9 SIWZ „W przypadku podmiotów występujących wspólnie (Konsorcjum, spółka cywilna) każdy z uczestników musi załączyć do oferty oświadczenia, o których mowa w pkt 17.1.2) SIWZ oraz na wezwanie Zamawiającego dokumenty określone w pkt 17.4.2) SIWZ. Pozostałe dokumenty i oświadczenia przedkłada ustanowiony Wykonawca – Pełnomocnik jako wspólne”.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO, Izba) wskazała, że na gruncie ustawy P.z.p. spółkę cywilną traktuje się jedynie jako stosunek zobowiązaniowy. Ubieganie się przez spółkę cywilną o zamówienie traktowane jest jako wspólne ubieganie się Wykonawców o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 23 ustawy P.z.p. W konsekwencji konieczność złożenia pewnych oświadczeń i dokumentów takich jak zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS, oświadczenia o niekaralności, oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, Jednolity Elektroniczny Dokument Zamówienia, należy odnosić do wspólników, będących Wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wymogi z art. 24 ustawy P.z.p. dotyczące braku podstaw do wykluczenia odnoszą się do wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (wyrok z 5 kwietnia 2016 r.; sygn. akt KIO 420/16).

Wykonawca dołączył do oferty oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy podpisane wyłącznie przez Pana Ł.O. Jak wskazano w pkt II.1 niniejszego pisma, Pan Ł.O. Wykonawca nie złożył żadnego dokumentu potwierdzającego, że Pan Ł.O. jest upoważniony do reprezentowania Wykonawcy. Niezależnie jednak od kwestii umocowania Pana Ł.O. do reprezentowania Wykonawcy, dokumenty i oświadczenia potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu muszą być składane przez Wykonawców – w tym przypadku przez każdego wspólnika spółki cywilnej”.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wskazanych oświadczeń w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 lipca 2020 r., do godz. 14:00.

Zamawiający wskazał, że oświadczenia należy dostarczyć w formie pisemnej lub drogą elektroniczną we wskazanym terminie do siedziby Zamawiającego, tj. Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych, ul. Jagiellońska 74, 03–301 Warszawa, Parter, Biuro Podawcze. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez Wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Wykonawca w dniu 13 lipca 2020 r., o godz. 16:19 przesłał oświadczenie dotyczące braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu podpisane przez wspólnika spółki cywilnej, Pana A.P. w wersji elektronicznej („zwykły email” nieopatrzone przez Wykonawcę podpisem elektronicznym). Następnie w dniu 15 lipca 2020 r., o godz. 09:00, Wykonawca przesłał oświadczenie Pana A.P. w wersji pisemnej.

Wykonawca nie uzupełnił oświadczenia dotyczącego braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu podpisanego przez wspólnika spółki cywilnej, Pana J.C.

Jak wskazano wyżej, w przypadku podmiotów występujących wspólnie, np. spółka cywilna każdy z uczestników musi załączyć do oferty oświadczenia, o których mowa w pkt 17.1.2 SIWZ. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych (dalej UZP, Urząd) „W postępowaniu prowadzonym zgodnie z zasadami określonymi w art. 24aa (tzw. „procedura odwrócona”) stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub złożone oświadczenie jest niekompletne, zawiera błędy lub budzi wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia ww. oświadczenia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo jego złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby nieważnienie postępowania”.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń dla każdego wspólnika spółki cywilnej.

Jak również wskazuje UZP „Dopiero brak uzupełnienia na wezwanie zamawiającego takiego dokumentu powinien skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W powyższych okolicznościach należałoby uznać, że wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania, poprzez nieprzedłożenie wymaganego przez zamawiającego, a niezbędnego do przeprowadzenia postępowania (oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania), oświadczenia lub dokumentu”.

W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć Wykonawcę z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. oraz odrzucić ofertę Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 te samej ustawy.

2) Działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zamawiający w dniu 10 lipca 2020 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty w zakresie oświadczeń o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy P.z.p., wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ, podpisanych przez każdego wspólnika spółki cywilnej.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że „Zgodnie z pkt 17.4.1 SIWZ „W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania Wykonawca, którego ofertę oceniono jako najkorzystniejszą, na wezwanie Zamawiającego przedłoży w terminie 5 dni od dnia wezwania następujące oświadczenia i dokumenty (z zastrzeżeniem oświadczenia, o którym mowa w pkt 17.4.1) SIWZ): oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy P.z.p., wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ: Wykonawca składa ww. oświadczenie w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego informacji, o których mowa w art. 86 ust. 5 ustawy P.z.p. (...)”.

Ponadto, zgodnie z pkt 17.9 SIWZ „W przypadku podmiotów występujących wspólnie (Konsorcjum, spółka cywilna) każdy z uczestników musi załączyć do oferty oświadczenia, o których mowa w pkt 17.1.2) SIWZ oraz na wezwanie Zamawiającego dokumenty określone w pkt 17.4.2) SIWZ. Pozostałe dokumenty i oświadczenia przedkłada ustanowiony Wykonawca – Pełnomocnik jako wspólne”.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO, Izba) wskazała, że na gruncie ustawy P.z.p. spółkę cywilną traktuje się jedynie jako stosunek zobowiązaniowy. Ubieganie się przez spółkę cywilną o zamówienie traktowane jest jako wspólne ubieganie się Wykonawców o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 23 ustawy P.z.p. W konsekwencji konieczność złożenia pewnych oświadczeń i dokumentów takich jak zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS, oświadczenia o niekaralności, oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, Jednolity Elektroniczny Dokument Zamówienia należy odnosić do wspólników, będących Wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wymogi z art. 24 ustawy P.z.p. dotyczące braku podstaw do wykluczenia odnoszą się do wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (wyrok z 5 kwietnia 2016 r.; sygn. akt KIO 420/16).

Wykonawca dołączył do oferty oświadczenie o braku przynależności Wykonawcy do grupy kapitałowej podpisane wyłącznie przez Pana Ł.O. Jak wskazano w pkt II.1 niniejszego pisma, Pan Ł.O. Wykonawca nie złożył żadnego dokumentu potwierdzającego, że Pan Ł.O. jest upoważniony do reprezentowania Wykonawcy. Niezależnie jednak od kwestii umocowania Pana Ł.O. do reprezentowania Wykonawcy, dokumenty i oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej muszą być składane przez Wykonawców – w tym przypadku przez każdego wspólnika spółki cywilnej.

W dniu 2 lipca 2020 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej dokument stanowiący Protokół z otwarcia ofert, które zostały złożone w przedmiotowym postępowaniu. Dokument zawierał wszystkie informacje, o których mowa w art. 85 ust. 6 ustawy P.z.p. Ponadto, w tym samym dniu, o godz. 11:15, Zamawiający zawiadomił Wykonawcę, o zamieszczeniu wskazanego dokumentu na stronie internetowej, jak również Zamawiający przypomniał Wykonawcy, o obowiązku wynikającym z art. 24 ust. 11 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy P.z.p. „Wykonawca, w terminie 3 dni od dnia przekazania informacji, o której mowa w art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1 lub art. 60d ust. 1, albo od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5, przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt 23. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Wykonawca zobowiązany był do złożenia wskazanego oświadczenia nie później niż do dnia 6 lipca 2020 r.

W treści wskazanego dokumentu Wykonawca zobowiązany był wypełnić Tabelę w pkt 1 Listy (w przypadku, gdy należy do grupy kapitałowej) oraz podpisać dokument w pkt 1 Listy (pod Tabelą) lub złożyć oświadczenie, zgodnie z pkt 2 Listy (w przypadku, gdy nie należy do grupy kapitałowej) oraz podpisać dokument w pkt 2 (pod oświadczeniem). Zamawiający poinformował Wykonawców, iż nie należy podpisywać dokumentu jednocześnie w pkt 1 i pkt 2 Listy.

Do dnia przygotowania niniejszego wezwania Zamawiający nie otrzymał właściwych oświadczeń w sprawie grupy kapitałowej, podpisanych przez każdego ze współników spółki cywilnej. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca uznał, że złożenie takiego oświadczenia podpisanego przez Pana Ł.O. wraz z ofertą zwałania Wykonawcę z konieczności jego ponownego składania na co wskazał sam Zamawiający informując, iż „W przypadku, gdy Wykonawca dołączył wskazane oświadczenie do złożonej oferty, nie jest zobowiązany do jego ponownego składania”.

Oświadczenie złożone przez Pana Ł.O. nie może jednak zostać uznane z przyczyn wskazanych w niniejszym piśmie”.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wskazanych oświadczeń w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 lipca 2020 r., do godz. 14:00.

Zamawiający wskazał, że oświadczenia należy dostarczyć w formie pisemnej lub drogą elektroniczną we wskazanym terminie do siedziby Zamawiającego, tj. Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych, ul. Jagiellońska 74, 03–301 Warszawa, Parter, Biuro Podawcze. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez Wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Wykonawca w dniu 13 lipca 2020 r., o godz. 16:19 przesłał oświadczenie dotyczące braku przynależności do jakiegokolwiek grupy kapitałowej podpisane przez współnika spółki cywilnej, Pana A.P. w wersji elektronicznej („zwykły email” nieopatrzone przez Wykonawcę podpisem elektronicznym). Następnie w dniu 15 lipca 2020 r., o godz. 09:00, Wykonawca przesłał oświadczenie Pana A.P. w wersji pisemnej.

Wykonawca nie uzupełnił oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej podpisanego przez współnika spółki cywilnej, Pana J.C.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń dla każdego współnika spółki cywilnej.

UZP wskazuje, że „Samo niedochowanie terminu, o którym mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, na złożenie wskazanego oświadczenia, nie powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Niedochowanie tego terminu nie zostało bowiem obwarowane przez ustawodawcę sankcją wykluczenia z postępowania, zaś katalog podstaw do wykluczenia z postępowania ma charakter zamknięty i nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Niemniej jednak zamawiający powinien dokonać weryfikacji braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wykonawców ubiegających się o to samo zamówienie (jego część), która to przynależność mogłaby prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Jest to jedna z obligatoryjnych przesłanek oceny podmiotowej wykonawców w postępowaniu, odnosząca się do braku podstaw do wykluczenia z postępowania, opisana w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. W przypadku więc braku złożenia samodzielnie przez wykonawcę takiego oświadczenia, o którym stanowi art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia takiego dokumentu, wyznaczając wykonawcy odpowiedni termin na dokonanie takiej czynności”. Ponadto, jak wskazano w pkt 1) „Dopiero brak uzupełnienia na wezwanie zamawiającego takiego

dokumentu powinien skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W powyższych okolicznościach należałoby uznać, że wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania, poprzez nieprzedłożenie wymaganego przez zamawiającego, a niezbędnego do przeprowadzenia postępowania (oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania), oświadczenia lub dokumentu”.

W związku z powyższym, wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 w związku z art. 24 ust. 11 oraz odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. jest uzasadnione.

3) Działając na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. Zamawiający w dniu 10 lipca 2020 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty w zakresie pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy dla Pana Ł.O.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że „Zgodnie z art. 26 ust. 3a ustawy P.z.p. oraz pkt 17.15 SIWZ „Jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”.

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego opisanym w pkt 22.4.3 SIWZ „Formularz oferty oraz wszystkie załączniki powinny być podpisane lub parafowane na każdej zapisanej stronie przez osobę(y) upoważnioną(e) do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze sądowym lub innym dokumencie, właściwym dla formy organizacyjnej Wykonawcy, a podpis wraz z pieczęcią musi być złożony na końcu każdego oświadczenia lub/i dokumentu”.

Ponadto, w pkt 22.4.4 SIWZ wskazano, że „upoważnienie do reprezentowania Wykonawcy należy złożyć na wezwanie Zamawiającego w formie oryginału, o ile nie wynika ono z przepisów prawa lub załączonych dokumentów:

- a) w przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje Pełnomocnik, Wykonawca składa pełnomocnictwo (oryginał) określające jego zakres i podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy;
- b) w przypadku złożenia kserokopii pełnomocnictwa musi być ono potwierdzone „za zgodność z oryginałem” przez notariusza;
- c) Zamawiający nie dopuszcza złożenia pełnomocnictwa w formie kserokopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę”.

Zgodnie z wymaganiem określonym przez Zamawiającego w pkt 17.4.2 SIWZ „W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania Wykonawca, którego ofertę oceniono jako najkorzystniejszą, na wezwanie Zamawiającego przedłoży w terminie 5 dni od dnia wezwania następujące oświadczenia i dokumenty (z zastrzeżeniem oświadczenia, o którym mowa w pkt 17.4.1) SIWZ): odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy P.z.p.”.

Zamawiający wskazał również, że „(...) w przypadku wskazania przez Wykonawcę dostępności powyższego dokumentu, w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, Zamawiający pobiera samodzielnie z tych baz danych wskazany przez Wykonawcę dokument. Zamawiający może również samodzielnie pobrać dokumenty dostępne w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, nawet jeżeli Wykonawca nie wskaże na możliwość jego pobrania, jeżeli Zamawiający dysponuje wiedzą na temat możliwości samodzielnego pozyskania danego dokumentu; samodzielnie pobrane wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej posiadają status dokumentu oryginalnego w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i nie wymagają potwierdzenia „za zgodność z oryginałem”.

Z dokumentów pozyskanych przez Zamawiającego z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej (załączonych również do oferty) wynika, że osobami upoważnionymi do reprezentowania spółki cywilnej są wspólnicy spółki: Pan J.C. oraz Pan A.P. W § 9 ust. 1 i 2 dołączonej do oferty, potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” kserokopii Aneksu nr 4 z dnia 31 grudnia 2007 r. do umowy Spółki Cywilnej z dnia 08.08.2000 r. (...) wskazano, że „Prowadzeniem spraw Spółki zajmują się Wspólnicy” oraz „Wspólnicy uprawnieni są do prowadzenia samodzielnie spraw Spółki, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności Spółki”. Nazwiska wspólników wskazano w § 7 i 8 Aneksu.

Każdy z dokumentów składających się na treść oferty Wykonawcy został podpisany wyłącznie przez Pana Ł.O. Do oferty nie dołączono pełnomocnictwa, jak również jakiegokolwiek innego dokumentu potwierdzającego, że Pan Ł.O. jest upoważniony do samodzielnego reprezentowania Wykonawcy.

Właściwe umocowanie do podejmowania czynności prawnych jest niezbędne do tego, by Wykonawca, który nie działa osobiście, złożył w postępowaniu skuteczną ofertę. W przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje Pełnomocnik, Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty stosowne pełnomocnictwo. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z brzmieniem art. 77 § 1 zd. 1 Kc do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Bez wątplenia oryginał dokumentu pełnomocnictwa spełnia ten wymóg. To samo dotyczy notarialnego odpisu pełnomocnictwa, ponieważ odpisy notarialnie poświadczone zastępują dokumenty pierwotne (oryginały). Dlatego, jak wskazano w treści SIWZ, pełnomocnictwo składane przez Wykonawcę musi mieć formę oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii”.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia właściwej formy (tj. oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii) pełnomocnictwa do samodzielnego reprezentowania Wykonawcy dla Pana Ł.O. w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 lipca 2020 r., do godz. 14:00.

Zamawiający wskazał, że pełnomocnictwo należy dostarczyć w formie pisemnej lub drogą elektroniczną we wskazanym terminie do siedziby Zamawiającego, tj. Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych, ul. Jagiellońska 74, 03–301 Warszawa, Parter, Biuro Podawcze. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez Wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Wykonawca nie uzupełnił pełnomocnictwa ani żadnego innego dokumentu potwierdzającego, że Pan Ł.O. jest upoważniony do samodzielnego reprezentowania Wykonawcy.

Brak prawidłowego pełnomocnictwa oznacza, że oferta została podpisana przez osobę nieumocowaną, co skutkuje tym, iż ofertę należy uznać za niepodpisaną. Wykonawca, który składa ofertę przez pełnomocnika winien dołączyć do oferty pełnomocnictwo ogólne w świetle art. 98 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy P.z.p., czyli umocowanie do dokonywania czynności zwykłego zarządu, w formie pisemnej (vide art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego), tj. w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez notariusza. Prawidłowość takiego postępowania potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z art. 104 Kodeksu cywilnego „*Jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna (...)*”. Jak wynika z orzecznictwa, aby pełnomocnik mógł skutecznie reprezentować Wykonawcę, musi legitymować się pełnomocnictwem do tej czynności. Z treści art. 99 § 1 K.c. bowiem wynika, iż jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Natomiast zgodnie z treścią art. 78 § 1 K.c. dla zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarczającym jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Skoro, więc dla oferty jest wymagana forma szczególna, to składane pełnomocnictwo również powinno być udzielone w wymaganej dla oferty formie. Dlatego też pełnomocnictwo poza określoną treścią, a więc wymogiem złożenia oświadczenia woli, którego treścią jest upoważnienie określonego podmiotu do dokonania, w imieniu i ze skutkiem dla mocodawcy, określonej czynności prawnej, powinno zawierać własnoręczny podpis mocodawcy. Powyższe oznacza, iż pełnomocnictwo do podpisania oferty powinno być złożone w formie oryginału lub kopii potwierdzonej notarialnie. Potwierdza to powszechnie przyjęta linia (wyrok SO w Warszawie z dnia 31 stycznia 2007 r., wyrok SO w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2007 r.), zgodnie, z którą, Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni dołączyć do oferty oryginał pełnomocnictwa lub kopię poświadczoną notarialnie.

W świetle obowiązujących przepisów Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 78 § 1, art. 99 § 1 i art. 104 Kodeksu cywilnego.

4) Działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty.

Zamawiający wskazał w treści wezwania, że „Zamawiający wskazał w pkt II.2–4 Załącznika nr 2 do SIWZ – Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, że:

- 2) „Zamawiający do realizacji prac korzysta obecnie z oprogramowania Adobe Creative Cloud dla zespołów na systemie Windows 10. W przypadku dostarczenia identycznego oprogramowania dopuszczona jest możliwość wznowienia licencji na koncie Zamawiającego.
- 3) Dopuszcza się zaoferowanie oprogramowania równoważnego do oprogramowania obecnie wykorzystywanego przez Zamawiającego.
- 4) Dopuszcza się, by oferowane oprogramowanie spełniające wymagania w pkt II.1.1 było zawarte w łączonym/łączonych pakiecie/pakietach programów”.

Ponadto, w pkt III.6 Załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wskazał, że „Dostarczane oprogramowanie musi być oryginalne i pochodzić z autoryzowanych kanałów sprzedaży producentów”.

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2020 r. udzielił wyjaśnień do treści SIWZ. W odpowiedzi na pytanie 1 Zamawiający wskazał, że „(...) Jednocześnie Zamawiający przypomina, że w pkt II.2 Załącznika nr 2 do SIWZ – Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że „(...) W przypadku dostarczenia identycznego oprogramowania dopuszczona jest możliwość wznowienia licencji na koncie Zamawiającego”. Ponadto, w pkt II.4 Zamawiający wskazał, że „Dopuszcza się, by oferowane oprogramowanie spełniające wymagania w pkt II.1.1 było zawarte w łączonym/łączonych pakiecie/pakietach programów”. W pkt 1, Uwaga 1, Załącznika nr 1 do SIWZ – Formularza oferty Zamawiający wskazał, że „(...) Dopuszcza się, by oferowane oprogramowanie w poz. 1, spełniające wymagania Zamawiającego było zawarte w łączonym/łączonych pakiecie/pakietach programów (...)”. Należy zauważyć, że Zamawiający wymaga zaoferowania czterech licencji każdego oprogramowania wskazanego w pkt II.1.1.1-6 (tabela) Załącznika nr 2 do SIWZ oraz zaoferowania 3 licencji oprogramowania wskazanego w pkt II.1.2 (tabela) Załącznika nr 2 do SIWZ. Z powyższego wynika, że Zamawiający nie dopuszcza zaoferowania jedynie czterech licencji na każde oprogramowanie wskazane w pkt II.1.1 Załącznika nr 2 do SIWZ”. Zamawiający wskazał również nr VIP posiadanych licencji „Numer VIP D77A3824961FE1EE374A”.

W pkt 1, uwaga 1 zmodyfikowanego Załącznika nr 1 do SIWZ – Formularza oferty Zamawiający wskazał, że „UWAGA 1: **/** należy wskazać informacje dotyczące oferowanego oprogramowania, co najmniej nazwa/wersja/producent. Dopuszcza się, by oferowane oprogramowanie w poz. 1, spełniające wymagania Zamawiającego było zawarte w łączonym/łączonych pakiecie/pakietach programów. W przypadku zaoferowania pakietu oprogramowania spełniającego wszystkie wskazane funkcje Wykonawca zobowiązany jest podać nazwę/wersje/producenta oprogramowania tylko w polach oznaczonych *** oraz wskazać wyłącznie cenę licencji pakietu oprogramowania w kol. 4. W przypadku zaoferowania różnego oprogramowania spełniającego wskazane funkcje Wykonawca zobowiązany jest podać nazwę/wersje/producenta każdego programu w polach oznaczonych ** lub *** (w zależności od stanu faktycznego) oraz wskazać cenę licencji za każdą zaoferowaną licencję. W poz. 1 Wykonawca zobowiązany jest zaoferować 4 licencje oprogramowania spełniającego każdą wskazaną funkcję lub/i cenę 4 licencji za pakiet oprogramowania (w zależności od stanu faktycznego). W poz. 2 Wykonawca zobowiązany jest zaoferować 3 licencje oprogramowania do edycji plików PDF”.

Wykonawca złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W poz. 1 Wykonawca zaoferował oprogramowanie „65297757BA01A12 Creative Cloud for teams All Apps Multiple Platforms Multi European Languages Renewal”. W poz. 2 Wykonawca zaoferował oprogramowanie „65297928BA02A12 Acrobat Pro DC for teams Multi European Languages Renewal”.

Uczestnik przedmiotowego postępowania wezwał Zamawiającego do udostępnienia treści oferty Wykonawcy. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy P.z.p. „Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Zamawiający udostępnia wszystkie dokumenty, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorca (oferta Wykonawcy nie zawierała tajemnicy przedsiębiorstwa).

W związku z treścią udostępnionej oferty uczestnik postępowania złożył wniosek o odrzucenie oferty Wykonawcy. W treści wniesionych zastrzeżeń wskazano, że „(...) Podany przez Wykonawcę numer produktu w pozycji 2. (Adobe Acrobat) wskazuje na odnowienie licencji w wersji, która nie jest aktualnie dostępna na koncie Zamawiającego (w tańszej wersji przeznaczonej dla klientów posiadających większą liczbę licencji). Tym samym nie jest możliwe zakupienie produktu o kodzie produktu wskazanym przez Wykonawcę. Ponieważ Zamawiający nie posiada wystarczającej liczby licencji do zakupu odnowienia wskazanego przez Wykonawcę, ofertę (...) należy odrzucić na mocy PZP (art. 89. Ust. 1 pkt. 2), jako niezgodną z wymaganiami Zamawiającego”.

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach na nią się składających) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez Wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności, co do parametrów, zakresu, ilości, ceny, jakości, warunków realizacji (w tym terminów) i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymogami Zamawiającego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli – zobowiązania Wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie Wykonawcy z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Izba wyraziła swoje stanowisko m.in. w wyroku z dnia 5 stycznia 2015 r. (sygn. KIO 2670/14), gdzie wskazano, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy P.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to ta, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Izba podkreśliła, że „Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień:

1. Czy oprogramowanie zaoferowane przez Wykonawcę w poz. 2 Formularza oferty spełnia wymagania Zamawiającego oraz może być wykorzystywane przez Zamawiającego?
 2. Czy Wykonawca może zaoferować taką formę oprogramowania (odnowienie licencji) powołując się na dane wyszczególnione w ofercie, z zachowaniem wskazanej ceny?
 3. Czy działanie Wykonawcy jest zgodne z wymaganiami producenta oprogramowania, firmy Adobe?
- Wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień wraz z uzasadnieniem przyjęcia konkretnego stanowiska. Wykonawca zobowiązany jest złożyć powyższe wyjaśnienia w nawiązaniu do wskazanych wyżej zastrzeżeń innego uczestnika postępowania. Zamawiający dopuszcza powoływanie się Wykonawcy na dane/dokumenty/ inne, pozyskane ze źródeł zewnętrznych, np. od producenta oprogramowania.

Brak wyjaśnień lub wyjaśnienia zbyt ogólne, nieprecyzyjne, nieodnoszące się do przedstawionych zastrzeżeń, uniemożliwi Zamawiającemu dokonanie właściwej oceny oferty Wykonawcy oraz może skutkować koniecznością odrzucenia oferty z uwagi na fakt, iż nie oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego”.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia powyższych wyjaśnień w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 lipca 2020 r., do godz. 14:00.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia należało przesłać w wersji elektronicznej na adres internetowy k.szczesny@mazowia.eu lub faksem na nr 22 698 31 44 lub 57 w wyżej wymienionym terminie, tj. do dnia 15 lipca 2020 r., do godz. 14:00 oraz dostarczyć do siedziby Zamawiającego, tj. Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych, ul. Jagiellońska 74, 03–301 Warszawa, Parter, Biuro Podawcze, w formie pisemnej.

Wykonawca w dniu 13 lipca 2020 r., o godz. 16:19 przesłał wyjaśnienia oferty w wersji elektronicznej. Następnie w dniu 15 lipca 2020 r., o godz. 09:00, Wykonawca przesłał wyjaśnienia w wersji pisemnej.

Zgodnie z treścią wyjaśnień Wykonawcy „(...) Wykonawca może zaoferować odnowienie obecnych licencji na koncie Zamawiającego z zachowaniem wskazanej w formularzu ceny. Doszło do omyłki piśmienniczej przy podaniu numeru producenta – Zamawiający [Wykonawca] podał nr 6529798BA02A12 zamiast prawidłowego nr 6529798BA01A12. Błędny numer stosowany jest dla wznowienia licencji, gdy liczba licencji na koncie jest wyższa niż 10 sztuk (bez uwzględnienia produktu [nazwa oprogramowania], także ze względów technicznych nie dało by się go użyć w tym przypadku. Dalszy opis produktu jest prawidłowy i zgodny z posiadaną przez Zamawiającego wersją (...).”

Na wstępie należy wskazać, że w treści wyjaśnień Wykonawcy pojawił się błąd w określeniu nazwy strony składającej ofertę – to Wykonawca a nie Zamawiający podał wskazany numer licencji, jak również należy wskazać, że ustawa P.z.p. nie zawiera przepisów dotyczących „omyłki piśmienniczej”. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca określił w ten sposób omyłkę pisarską.

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach na nią się składających) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez Wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, ceny, jakości, warunków realizacji (w tym terminów) i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymogami zamawiającego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli – zobowiązania Wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie Wykonawcy z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2015 r. (sygn. KIO 2670/14) wskazała, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy P.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to ta, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Izba podkreśliła, że „Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”.

W ocenie Zamawiającego wskazanie innej licencji (co wiąże się ze wskazaniem innego numeru licencji), która – jak wskazał sam Wykonawca – nie mogłaby zostać użyta na koncie Zamawiającego, należy rozpatrzyć biorąc pod uwagę możliwości wynikające z art. 87 ust. 1 i 2 oraz 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p. Należy pamiętać, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. „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”. Ponadto, zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy P.z.p. „Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę”.

Na gruncie przepisów ustawy P.z.p. treść oferty to oświadczenie woli Wykonawcy wyrażone w Formularzu ofertowym, stanowiące 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 Wykonawcą zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie, pod pojęciem treści oferty – jak wskazano wyżej – należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań Zamawiającego przede wszystkim co do wartości, zakresu, ilości, jakości warunków realizacji (w tym terminów) i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Izba zwróciła uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania Wykonawcy do zgodnego z żądaniami Zamawiającego wykonania zamówienia.

Dokumentów, których treść stanowi treść oferty nie można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. W toku badania i oceny ofert Zamawiający może jedynie żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, z tym że niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 14 października 2014 r., sygn. KIO 2012/14), wyjaśnienia Wykonawcy nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a muszą jedynie ograniczać się do jej wykładni. Złożenie przez Wykonawcę na skutek wyjaśnień nowego oświadczenia nie można uznać za wykładnię oferty. Przede wszystkim, podkreślić należy, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. w zdaniu drugim wyraźnie przewiduje, iż w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. Oznacza to, że wyjaśnienia co do zasady nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni. Korekta treści oferty możliwa jest tylko, w oparciu o art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy P.z.p.

W przypadku oferty Wykonawcy zmiana numeru licencji jest jednoznaczna ze zmianą rodzaju zaoferowanej licencji na inną, niewskazaną pierwotnie w Formularzu oferty, a działanie takie stanowiłaby zmianę treści ofert, co jak wskazano wyżej jest niedopuszczalne.

W związku z powyższym, Zamawiający dokonał analizy możliwości poprawienia oferty Wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. Ustawa P.z.p. przewiduje możliwość poprawienia wyłącznie omyłek w sposób wskazany w art. 87 ust. 2 tejże ustawy. Analiza wykazała, że błąd popełniony przez Wykonawcę nie może być uznany za żadną z trzech rodzajów omyłek wskazanych przez Ustawodawcę.

Z opinii Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że za oczywistą omyłkę pisarską można uznać omyłkę polegającą na przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym lub pisarskim powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów (w tym m.in. wyjaśnień, które potwierdzają tzw. brak „oczywistości”). Natomiast oczywista omyłką rachunkowa może wynikać z błędnej operacji rachunkowej na liczbach.

Zmiana rodzaju licencji poprzez zmianę wskazanego numeru licencji nie mogłaby zatem zostać uznana za poprawienie omyłki pisarskiej lub rachunkowej, gdyż pomimo różnicy wyłącznie w jednym znaku, zmienia w istotny sposób przedmiot zamówienia z takiego, który nie może być wykorzystany przez Zamawiającego (co potwierdził sam Wykonawca) na taki, który spełnia wymagania opisane w SIWZ i może być wykorzystany przez Zamawiającego.

Podanie nowego, niewynikającego bezpośrednio ze złożonego wraz z ofertą Formularza ofertowego, numeru licencji wpływającego w rzeczywistości na zaoferowanie nowego, innego niż pierwotnie wskazano produktu, nie może być uznane za możliwe do dokonania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Zgodnie z orzecznictwem, nie każda nieprawidłowość w kosztorysie/Formularzu ofertowym może być kwalifikowana jako

omyłka podlegająca poprawieniu przez Zamawiającego. Granicę wyznacza przepis 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., który wskazuje, że zmiana nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. W wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r., (sygn. akt KIO 1252/11) Izba przyznała rację Zamawiającemu, iż w kosztorysie ofertowym Odwołującego znalazły się takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.. Skład orzekający zwrócił uwagę, iż możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie Zamawiającego obowiązek ich poprawy nie mają charakteru nieograniczonego.

W opinii KIO „Należy odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeśli niezgodność treści oferty z siwz ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Niezgodność ta powinna dotyczyć sfery i zobowiązania zamawianego w specyfikacji oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz” (wyrok Izby z 6 października 2014 r.; sygn. akt KIO 1932/14). W powyższym wyroku Izba wskazuje, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dla dopuszczalności poprawienia niezgodności treści oferty z SIWZ wymaga, aby poprawienie takie nie prowadziło do istotnych zmian treści oferty. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że powyższe działanie nie wyczerpuje ustawowej przesłanki „nieistotności” dopuszczalnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Skład orzekający Izby potwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. w związku z nieprawidłowym zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. i nakazał odrzucenie oferty Wykonawcy Izba wskazała, iż nie wyklucza, że opisywana niezgodność treści oferty z SIWZ może być omyłką Wykonawcy. Jednakże nie wszystkie omyłki mogą być poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Z powyższego orzecznictwa wynika, że jakiegokolwiek poprawienie oferty Wykonawcy w sposób zaproponowany przez Wykonawcę powodowałoby zmianę zaoferowanego produktu na inny, co jest w oczywisty sposób niezgodne z ustawą P.z.p., albowiem nie może zostać dokonane na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy, przy czym jednocześnie zmiana taka prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert.

W związku z powyższym, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jest uzasadnione.

II. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym zamówieniu

Działając na podstawie art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.), Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym postępowaniu na „Dostawę oprogramowania komputerowego” (nr sprawy: WZP/WIPFE/D-332-23/20) postanowił, jako najkorzystniejszą wybrać ofertę złożoną przez Wykonawcę, **EUPOL Paweł Owczarzak**, ul. Palinkiewicza 3, 63-000 Środa Wielkopolska (oferta nr 01; dalej Wykonawca).

Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były: Cena (60% – max 60pkt) oraz Czas dostarczenia/uruchomienia/aktywacji usługi (40% – max 40 pkt). Wykonawca, EUPOL Paweł Owczarzak, ul. Palinkiewicza 3, 63-000 Środa Wielkopolska, zaproponował najkorzystniejszy bilans wszystkich wskazanych w SIWZ kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego spośród Wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty. Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu jednego Wykonawcę oraz odrzucił jedną ofertę Wykonawcy. Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty w związku z możliwością złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest na podstawie art. 24aa ustawy P.z.p., z czego wynika, że Zamawiający mógł, w przedmiotowym postępowaniu najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie miał obowiązku badania ofert, które nie zostały najwyżej ocenione.

Zamawiający przewiduje zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w związku z faktem, iż zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie, tj. zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (email), z zastrzeżeniem art. 183 ustawy P.z.p.

Załącznikami do niniejszego zawiadomienia są:

1. zbiorcze zestawienie ofert, zawierające nazwy (firmy) i adresy Wykonawców;
2. punktacja przyznana ofertom w kryterium oceny ofert oraz łączna punktacja.

Zamawiający zwraca się z uprzejmą prośbą o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego dokumentu.

p.o. Dyrektora

Mariusz Frankowski

(podpis Kierownika Zamawiającego
lub osoby upoważnionej)

Sprawę prowadzi:
Krzysztof Szczęsny
tel. 22 542 27 51
fax. 22 698 31 44/57
email: k.szczesny@mazowia.eu

Główny Specjalista

Krzysztof Szczęsny

Kierownik Wydziału Zamówień Publicznych

Michał Kosior