

WYROK

28 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2015 r. przez Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel (Niemcy) w postępowaniu prowadzonym przez Miejska Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel (Niemcy) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel (Niemcy) tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel (Niemcy) na rzecz Miejska Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miejska Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków w Oleśnicy – dostawa maszyn i urządzeń – etap I.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 27.08.2014 r. w Dz. Urz. UE pod nr 2014/S 163-292681.

W dniu 12.01.2015 r. Zamawiający zawiadomił o wynikach postępowania.

W dniu 14.01.2015 r. Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel (Niemcy) wniosła odwołanie względem odrzucenia jej oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 186 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania oraz powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

1. Stan faktyczny

Odwołujący złożył ofertę w opisanym postępowaniu, prowadzonym przez Zamawiającego.

W dniu 20.10.2014 Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) PZP, odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP jako niezgodną z SIWZ oraz dokonał wyboru oferty MaxTRUCK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Od powyższych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP.

W toku postępowania w KIO Zamawiający wycofał się z zarzutu niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ. W wyroku z dnia 13.11.2014 (KIO 2252/14) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Odwołującego.

Po kolejnym badaniu oferty Zamawiający po raz kolejny uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP.

2. Naruszenie art. 186 ust. 2 PZP - działanie Zamawiającego wbrew wcześniejszemu uznaniu zasadności zarzutu Odwołującego.

Dokonując ponownego odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający kwestionuje ustalenia prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.11.2014. Po pierwszym odrzuceniu oferty (20.10.2014), podniesieniu przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w odwołaniu z dnia 28.10.2014 i wycofaniu przez Zamawiającego zarzutu niezgodności oferty z SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza we wskazanym wyroku (str. 8 uzasadnienia) stwierdziła co następuje:

„Odnosząc się do tej kwestii, Izba biorąc pod uwagę treść tego oświadczenia złożonego na rozprawie stwierdza, że każde oświadczenie tego typu Zamawiającego winno być tylko traktowane jako uwzględnienie zarzutu odwołania, a to winno skutkować uwzględnieniem całego odwołania. Zamawiający miał wystarczający okres czasu, aby stosowne oświadczenie w tym zakresie złożyć przed terminem posiedzenia przed KIO, a nie dopiero pod wpływem analizy swoich racji procesowych, dokonać tego na etapie procedowania przez Izbą. Wycofanie się Zamawiającego na rozprawie z czynności odrzucenia oferty wykonawcy Izba potraktowała jako uznanie zasadności podniesionego zarzutu, niezależnie od prezentowanych w tym zakresie motywów złożenia takiego oświadczenia.”

Wobec takiego przebiegu postępowania i jednoznacznego stwierdzenia Izby należy uznać, że sprawa zgodności oferty z SIWZ została już rozstrzygnięta w ww. wyroku i ponowne badanie oferty pod tym kątem stanowi naruszenie PZP. Zgodnie z art. 186 ust. 2 zdanie ostatnie PZP w takim przypadku (tj. uwzględnienia zarzutów odwołania) zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Skoro w odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, stwierdzając, że oferta jest zgodna z SIWZ, a Zamawiający poprzez swoje czynności doprowadził do sytuacji, w której Izba stwierdziła uwzględnienie tego zarzutu przez Zamawiającego, znajduje zastosowania art. 186 ust. 2 PZP, z tym skutkiem, że ofertę należy traktować jako zgodną z SIWZ.

Zamawiający dokonując w dniu 20.10.2014 wyboru najkorzystniejszej oferty wskazał wszystkie przyczyny odrzucenia oferty Zamawiającego, w tym także rzekomą niezgodność z

SIWZ. Zamawiający, podejmując ten zarzut, miał możliwość odpowiedniego uzasadnienia swoich twierdzeń, a następnie ich obrony w toku postępowania w Krajowej Izbie Odwoławczej. Skoro Zamawiający tych możliwości nie wykorzystał, należy uznać, że sprawa zgodności oferty z SIWZ jest już rozstrzygnięta prawomocnym wyrokiem KIO.

3. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) - brak niezgodności z SIWZ

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że brak jest podstaw do kwestionowania zgodności oferty z SIWZ. Przedmiotem oferty Odwołującego jest przerzucarka bramowa. Wymogi wobec urządzenia zostały opisane w Załączniku nr 1 do SIWZ w następujący sposób:

Przerzucarka samojezdna z napędem gąsienicowym, Moc do 242 kW, silnik Turbo (ON) wydajność max do 3500 m³/h , maksymalne wymiary pryzmy szerokość - 3,2 m, wysokość 1,6 m, wydajność maksymalna 1000 m³/h, Długość wirnika - 3.000 mm, napęd wirnika mechaniczny ok. 300 o/min, prędkość robocza: bezstopniowo do 4 km /godz. Regulacja wysokości: hydrauliczna, wyposażona w wersję z rozwijarką geowłókniny z systemem zraszania (orutowanie, belka zraszania z dyszami rozpylającymi, zbiornik, pompa) hydrauliczne sterowanie zagarniaczami, kabina klimatyzowana.

W ostatnim odrzuceniu oferty Zamawiający zakwestionował zgodność oferty Odwołującego z wymogami SIWZ w zakresie regulacji wysokości. Zgodnie z powyższym cytatem w tym zakresie stwierdzono w SIWZ jedynie: „Regulacja wysokości: hydrauliczna”. Maszyna oferowana przez Odwołującego posiada regulację hydrauliczną, za pomocą której podnoszony jest wał - czyli główna część maszyny, za pomocą której realizowane jest przerzucanie odpadów. Ponieważ postanowienie SIWZ w zakresie regulacji wysokości były bardzo ogólnikowe stały się przedmiotem dwóch pytań Odwołującego i dwóch odpowiedzi Zamawiającego. W dniu 02.09.2014 Zamawiający opublikował następującą odpowiedź (nr 4): Zamawiający nie dopuszcza zmiany tego warunku, istotne jest aby podnoszona była cała maszyna a nie tylko wał.

W kolejnym wyjaśnieniu z dnia 09.09.2014 Zamawiający poinformował:

Podnoszenie maszyny ma umożliwić zwiększenie światła przejazdu przez pryzmę startową gdzie następuje homogenizacja materiału i zmniejszenie jego objętości. Dzięki temu, mimo ubytku objętości i masy w trakcie procesu, pryzma zachowuje swoją optymalną wielkość przez znacznie dłuższy czas.

W związku z tym drugim wyjaśnieniem należy krótko odnieść się do sposobu funkcjonowania przerzucarek. W ramach przetwarzania odpadów prowadzone są m.in. procesy kompostowania odpadów. W fazie kompostowania odpady poddawane temu procesowi są formowane w pryzmy. Z uwagi na konieczność zapewnienia odpowiedniej wilgotności i

dostępu powietrza odpady w pryzmach muszą być przerzucane, co wykonują specjalistyczne urządzenia - przerzucarki do kompostu.

Poniżej przykładowe zdjęcie przerzucarki w trakcie pracy:

[...]

Na drugim zdjęciu widoczny jest wał, za pomocą którego maszyna w trakcie pracy wzrusza odpady znajdujące się w pryzmie i dzięki ruchowi obrotowemu wału wyrzuca je za siebie, zapewniając dostęp tlenu i wilgoci do odpadów w celu właściwego przebiegu kompostowania.

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 09.09.2014 wskazała, że podnoszenie maszyny zostało powiązane przez Zamawiającego z możliwością zwiększenia światła przejazdu przez pryzmę startową (pryzma startowa to pryzma usypana na początku procesu kompostowania przez inne maszyny, np. ładowarki; kolejne pryzmy powstają wskutek przerzucania odpadów przez przerzucarkę).

Urządzenie oferowane przez Odwołującego umożliwia pracę przy pryzmie o wymiarach 3,6 m (szerokość) i 1.8 m (wysokość), podczas gdy zgodnie z SIWZ zakładano, że wymiary pryzmy nie przekroczą 3.2 m i 1.6 m. Oznacza to, że oferowane urządzenie, posiadające funkcję regulacji wysokości, umożliwia pracę w większym świetle aniżeli zakładano w SIWZ (na szerokości „zapas” 0,4 m, na wysokości 0,2 m). Tym samym oczekiwania Zamawiającego są w pełni spełnione, a urządzenie zapewnia realizację wszystkich funkcji niezbędnych dla Zamawiającego.

Na marginesie należy wskazać, że redukcja wymiarów pryzmy w toku kompostowania jest procesem całkowicie naturalnym i następuje wskutek wspomnianej przez Zamawiającego homogenizacji materiału i zmniejszenia jego objętości. Światło przejazdu nad pryzmą nie ma w tym zakresie znaczenia. Istotne jest jedynie, aby światło przejazdu maszyny umożliwiło przejazd nad pryzmą startową, ponieważ w innym wypadku proces kompostowania nie mógłby się rozpocząć (chyba że wielkość pryzmy została zmniejszona, co wymagałoby jednak dodatkowego nakładu pracy). Jeżeli przejazd nad pryzmą startową jest zapewniony, proces zmniejszania się pryzmy będzie przebiegał tak samo, niezależnie od tego, czy wymiary pryzmy startowej odpowiadały dokładnie wymiarom światła przejazdu, czy też między pryzmą a przerzucarką pozostawała jeszcze pewna swobodna przestrzeń. „Swobodniejszy” przejazd nad pryzmą nie spowoduje, że redukcja wynikająca z homogenizacji i zmniejszenia objętości odpadów zostanie spowolniona lub „skompensowana” w jakimś innym procesie.

Należy również zwrócić uwagę, że postanowienia SIWZ w zakresie odnoszącym się do regulacji wysokości zostały sformułowane w bardzo ogólny sposób i nie zostały zmienione. Wyjaśnienia Zamawiającego wskazały na niejednoznaczną interpretację tego warunku. Z jednej strony Zamawiający wskazał na konieczność podnoszenia całej maszyny, następnie

zaś wyjaśnił, że dzięki tej funkcji ma zostać osiągnięte zwiększenie światła przejazdu maszyny nad pryzmą startową, której maksymalne wymiary zostały określone w SIWZ. Ani w SIWZ, ani w wyjaśnieniach nie wskazano, o ile miałyby się podnosić maszyna lub o ile miałyby się zwiększać światło przejazdu nad pryzmą startową. W tym stanie rzeczy wykonawca oferując maszynę zapewniającą przejazd z rezerwą 12,5% na szerokości i wysokości pryzmy miał wszelkie podstawy zakładać, że jego oferta będzie zgodna z SIWZ. Zamawiający odpowiada za takie sformułowanie SIWZ i prowadzenie postępowania, aby wykonawcy mogli w jednoznaczny sposób ustalić, jaki jest przedmiot zamówienia. SIWZ takiej możliwości nie dawało z całą pewnością (nie napisano tam, co ma być podnoszone hydraulicznie), natomiast wyjaśnienia ostatecznie powiązały tę funkcję z możliwościami, które zapewnia maszyna Odwołującego. Nie ulega natomiast wątpliwości, że maszyna zaoferowana przez Odwołującego zapewni spełnienie wszelkich funkcji, jakie są niezbędne dla Zamawiającego.

Po wykazaniu istoty sprawy nieco bardziej zrozumiała stała się ustawiczna zmienność stanowiska Zamawiającego, który najpierw uznał ofertę za niezgodną z SIWZ, aby po podniesieniu zarzutów przez Odwołującego z tego się wycofać w KIO, tylko po to, aby po kilku tygodniach ponownie twierdzić, że maszyna nie odpowiada SIWZ. Zamawiający jest profesjonalistą, który zajmuje się przetwarzaniem odpadów. Gdyby ograniczenie regulacji wysokości tylko i wyłącznie od wału miało jakiegokolwiek znaczenie, zostałyby to jednoznacznie wyjaśnione przed składaniem ofert, a następnie odpowiednio uzasadnione w wyborze najkorzystniejszej oferty. Ponieważ żadnego racjonalnego uzasadnienia nie ma, a nadto Zamawiający sformułował nieprecyzyjną SIWZ oraz poprzez swoje wyjaśnienia wprowadził do postępowania chaos, obecnie podejmowane są sprzeczne rozstrzygnięcia, zmierzające do wyboru znacznie droższej oferty. Zamawiający poprzez odwoływanie się do niejasnych wyjaśnień odrzuca ofertę Odwołującego, która jest tańsza w stosunku do kolejnej oferty o ponad 19%.

Należy również zwrócić uwagę, że postanowienia SIWZ w zakresie odnoszącym się do regulacji wysokości zostały sformułowane w bardzo ogólny sposób i nie zostały zmienione. Wyjaśnienia Zamawiającego wskazały na niejednoznaczną interpretację tego warunku. Z jednej strony Zamawiający wskazał na konieczność podnoszenia całej maszyny, następnie zaś wyjaśnił, że dzięki tej funkcji ma zostać osiągnięte zwiększenie światła przejazdu maszyny nad pryzmą startową, której maksymalne wymiary zostały określone w SIWZ. Ani w SIWZ, ani w wyjaśnieniach nie wskazano, o ile miałyby się podnosić maszyna lub o ile miałyby się zwiększać światło przejazdu nad pryzmą startową. W tym stanie rzeczy wykonawca oferując maszynę zapewniającą przejazd z rezerwą 12,5% na szerokości i wysokości pryzmy miał wszelkie podstawy zakładać, że jego oferta będzie zgodna z SIWZ. Zamawiający odpowiada za takie sformułowanie SIWZ i prowadzenie postępowania, aby wykonawcy mogli w

jednoznaczny sposób ustalić, jaki jest przedmiot zamówienia. SIWZ takiej możliwości nie dawało z całą pewnością (nie napisano tam, co ma być podnoszone hydraulicznie), natomiast wyjaśnienia ostatecznie powiązały tę funkcję z możliwościami, które zapewnia maszyna Odwołującego. Nie ulega natomiast wątpliwości, że maszyna zaoferowana przez Odwołującego zapewni spełnienie wszelkich funkcji, jakie są niezbędne dla Zamawiającego.

Po wykazaniu istoty sprawy nieco bardziej zrozumiała stała się ustawiczna zmienność stanowiska Zamawiającego, który najpierw uznał ofertę za niezgodną z SIWZ, aby po podniesieniu zarzutów przez Odwołującego z tego się wycofać w KIO, tylko po to, aby po kilku tygodniach ponownie twierdzić, że maszyna nie odpowiada SIWZ. Zamawiający jest profesjonalistą, który zajmuje się przetwarzaniem odpadów. Gdyby ograniczenie regulacji wysokości tylko i wyłącznie od wału miało jakiegokolwiek znaczenie, zostałyby to jednoznacznie wyjaśnione przed składaniem ofert, a następnie odpowiednio uzasadnione w wyborze najkorzystniejszej oferty. Ponieważ żadnego racjonalnego uzasadnienia nie ma, a nadto Zamawiający sformułował nieprecyzyjną SIWZ oraz poprzez swoje wyjaśnienia wprowadził do postępowania chaos, obecnie podejmowane są sprzeczne rozstrzygnięcia, zmierzające do wyboru znacznie droższej oferty. Zamawiający poprzez odwoływanie się do niejasnych wyjaśnień odrzuca ofertę Odwołującego, która jest tańsza w stosunku do kolejnej oferty o ponad 19%.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością zreferowano stan faktyczny sprawy, w tym opisano wymagania w zakresie wymaganej hydraulicznej regulacji wysokości sformułowane w treści samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia – co zostało zreferowane powyżej.

Stan faktyczny sprawy wymaga jednak uzupełnienia o dodatkowo ustalenia dotyczące pytań i odpowiedzi dotyczących powyższych wymagań SIWZ, które zostały wybiórczo przedstawione przez Odwołującego.

W piśmie z dnia 2 września 2014 r. dotyczącym wyjaśnień treści SIWZ, odpowiadając na wniosek i pytanie nr 4:

„Proszę o doprecyzowanie określenia „regulacja wysokości”, jeśli to określenie dotyczy regulacji podnoszenia maszyny to wnosimy o dopuszczenie regulacji podnoszenia samego wirnika”

- Zamawiający wskazał:

„Zamawiający nie dopuszcza zmiany tego warunku, istotne jest aby była podnoszona cała maszyna a nie tylko wał.”

W piśmie z dnia 9 września 2014 r. dotyczącym treści SIWZ wskazano:

Pytanie:

„W dniu 2014-08-2 wysłaliśmy do Państwa Pytanie, na które otrzymaliśmy jednakże nie zgadzamy się z odpowiedzią na pytanie nr 4.

Nasze pytanie: Proszę o doprecyzowanie określenia „regulacja wysokości”, jeśli to określenie dotyczy regulacji podnoszenia maszyny to wnosimy o dopuszczenie regulacji podnoszenia samego wirnika

Odpowiedź Zamawiającego:

Odpowiedź nr 4: Zamawiający nie dopuszcza zmiany tego warunku, istotne jest aby była podnoszona cała maszyna a nie tylko wał.

W związku z taką interpretacją tego warunku proszę o uzasadnienie utrzymania i niedopuszczenia opcji podnoszenia samego wirnika, powołując się na nasze uzasadnienie poniżej uważamy, że decyzja Zamawiającego jest nieuzasadniona, ponieważ rozwiązanie podnoszenia całej maszyny czy też wirnika ma ten sam cel i jest równoważna. Funkcja podnoszenia nie jest istotnym rozwiązaniem technicznym, które może/ma negatywny skutek na działanie maszyny czy też proces kompostowania.

Uzasadnienie: Głównym celem funkcja podnoszenia w tego typu maszynach jest możliwość frezowania (górną/dół) materiału podczas procesu przerzucania. Regulacja wysokości ma na celu uniesienie narzędzia roboczego, jakim jest wirnik, a unoszenie samego wirnika wyklucza przedostanie się materiału pod mechanizm jezdny.

Wnosimy o dopuszczenie rozwiązania podnoszenia wirnika.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko.

Podnoszenie maszyny ma umożliwić zwiększenie światła przejazdu przez pryzmę startową gdzie następuje homogenizacja materiału i zmniejszenie jego objętości. Dzięki temu, mimo ubytku objętości i masy w trakcie procesu, pryzma zachowuje swoją optymalną wielkość przez znacznie dłuższy czas.

Pismem z dnia 31 grudnia 2014 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z treścią SIWZ w zakresie braku regulacji wysokości podnoszenia całej maszyny wymaganego przez Zamawiającego, gdy przrzucarka oferowana przez Odwołującego charakteryzuje się jedynie podnoszeniem samego wirnika.

Wskazana powyżej podstawa faktyczna stwierdzonej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, tj. fakt nieposiadania przez oferowaną w postępowaniu przrzucarkę regulacji wysokości podnoszenia całej maszyny, ale jedynie podnoszeniem wirnika, jest pomiędzy stronami bezsporna.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż według art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co

konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu.

Ogólnie wskazać tu należy, dzieląc w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny.

Do doprecyzowania niejasnych i niejednoznacznych postanowień dokumentów przetargowych służy m.in. instytucja pytań i wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, o której mowa w art. 38 ust. 1 Pzp, a którymi to wyjaśnieniami Zamawiający jest związany na równi z oryginalnymi postanowieniami specyfikacji.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanej sprawy, stwierdzić należy, iż stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ jest ewidentna, a tym samym odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było prawidłowe.

Zamawiający wymagał w SIWZ, aby oferowana maszyna była podnoszona w całości – posiadała tego rodzaju regulację wysokości. Było to wymaganie odnośnie konstrukcji maszyny, które w sposób jasny i wyraźny Zamawiający wyraził w pismach z dnia 2 i 9

września 2014 r. Nie jest wykluczone, iż Zamawiający podał przy tym niewystarczające czy niejasne uzasadnienie dla tego typu wymagania, niemniej jednak stanowisko w sprawie podnoszenia całej maszyny, a niedopuszczenie regulacji samego wirnika – było jasne. Jeżeli wykonawca nie zgadzał się z takimi wymaganiami Zamawiającego mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej względem treści SIWZ.

Tymczasem oferowana przetrucarka posiada konstrukcję odmienną, a odwołanie dotyczące odrzucenia oferty z tego powodu, oparto o kwestionowanie uzasadnienia dla tego typu żądania wyrażonego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 września 2014 r. Odwołujący podnosił również, iż maszyna tego rodzaju zapewni realizację wszystkich zakładanych celów zamówienia.

Powyższe nie zmienia jednak oceny, iż oferowane urządzenie jest niezgodne z treścią SIWZ – ma konstrukcję inną niż wymagana przez Zamawiającego.

Izba uwzględniła i oceniła wnioskowany przez Odwołującego dowód z oświadczenia firmy Luxor – Maszyny do Odpadów. Z dowodu tego jedynie wynika, że zarówno maszyny podnoszone w całości, jak i maszyny z podnoszonym wirnikiem są różnymi wariantami takich samych urządzeń i są z łatwością dostępne na rynku. Niezrozumiałe więc pozostaje dlaczego Wykonawca nie zaoferował wariantu wymaganego przez Zamawiającego.

W związku z powyższym należało oddalić zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp Izba wskazuje, iż przepis ten nie znajduje zastosowania w sprawie. W sprawie KIO 2252/14 nie doszło do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, które skutkowałoby zakończeniem sprawy wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania. Sprawa ta została zakończona prawomocnym wyrokiem, w którym Izba nie orzekała o zgodności bądź niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie regulacji wysokości urządzenia/wirnika.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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).