

Sygn. akt: KIO 1215/19

**WYROK
z dnia 8 lipca 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Mogilno, ul. Narutowicza 1, 88-300 Mogilno

przy udziale wykonawcy Instal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1215/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań na rzecz Zamawiającego Gminy Mogilno, ul. Narutowicza 1, 88-300 Mogilno kwotę 2 460 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Mogilno, ul. Narutowicza 1, 88-300 Mogilno wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Mogilnie”, nr WFE.271.5.2019.

W dniu 8 lutego 2019 r. przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 028-061300.

W dniu 18 czerwca 2019 r Odwołujący: Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty drogą wykonawcy Instal Warszawa S.A.

Nie zgadzając się powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 28 czerwca 2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Instal Warszawa S.A. mimo, iż ten Wykonawca w wyjaśnieniach z 14 czerwca 2019 roku udzielonych Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd co do treści karty katalogowej dmuchawy Aerzen GM10L, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o dotyczącą oceny zgodności treści ofert Instal Warszawa S.A. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i skutkowało uznaniem treści tej oferty za zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia mimo jej oczywistej niezgodności;

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania - tj. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Instal Warszawa S.A. mimo sprzeczności treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3. Naruszenie art. 87 ust. 1 zdanie drugie w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1) lub 3) oraz 2) ustawy Pzp polegające na nieodrzuceniu oferty Wykonawcy Instal Warszawa S.A. mimo, iż w zakresie elementów istotnych była ona dwuznaczna i nie można było ustalić jej treści bez zmiany oświadczenia woli tego Wykonawcy wyrażonej w ofercie oraz ustalenie treści tej oferty po terminie składnia ofert, w wyniku wyjaśnień Wykonawcy złożonych 14 czerwca 2019 roku w odpowiedzi na wezwanie go przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w trybie 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe zarzuty wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej 18 czerwca 2019 roku;
2. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert i oświadczeń złożonych przez Instal Warszawa S.A. w postępowaniu, a w ich wyniku nakazanie:
 - a. wykluczenia tego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, tj. z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, które miały wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty;
ewentualnie
 - b. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy Instal Warszawa S.A. z uwagi na sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ustawą;
3. nakazanie ponownego wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu, która zgodnie z kryteriami przyjętymi w postępowaniu winna być uznana za najkorzystniejszą - tj. oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający, zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej: SIWZ w rozdz. 8 ust. 4, wymagał opisanie treści oferty, tj. opisu oferowanego świadczenia wykonawcy, za pomocą następujących oświadczeń wykonawcy:

- 1) Formularza ofertowego wraz z załącznikami 1A i 1B;
- 2) Załącznika nr 5 pn. „Wykaz urządzeń kluczowych”;
- 3) Załącznika nr 5.1 pn. „Wykaz oferowanych urządzeń punktowanych”;
- 4) Załącznika nr 5.2 pn. „Wykaz oferowanych grup urządzeń”.

Wzory ww. oświadczeń stanowiły załączniki nr 1 i 5 do SIWZ.

Zamawiający przewidział, prócz kryterium ceny o wadze 50%, trzy następujące kryteria jakościowe:

- 1) okres udzielonej gwarancji o wadze 10%, za które wykonawcy mogli uzyskać w zależności od zaoferowanego okresu 0, 5 albo 10 punktów;
- 2) parametry techniczne urządzeń na podstawie informacji w Załączniku 5.1 „Wykaz oferowanych urządzeń punktowanych” - o wadze 30%, za które wykonawcy mogli uzyskać 0, 10, 20 lub 30 punktów;
- 3) ilość producentów kluczowych urządzeń - zastosowanie 1 lub 2 producentów wg Załącznika nr 5.2 pn. „Wykaz oferowanych grup urządzeń” - o wadze 10%, w którym oferty mogły zdobyć 0 albo 10 punktów.

Zamawiający przyznawał punkty we wszystkich kryteriach jakościowych na podstawie oświadczeń wykonawców złożonych w ww. formularzach.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że Zamawiający wymagał od wykonawców załączenia do oferty kart katalogowych oferowanych urządzeń kluczowych, w tym urządzeń punktowanych, na potwierdzenie spełniania przez oferowane urządzenia wymaganych w SIWZ przez Zamawiającego parametrów technicznych (zapis kolumny drugiej pod Lp. 3 tabeli w rozdz. 8 ust. 4 SIWZ, odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1 z 20 marca 2019 roku).

Wskazał, że wykonawca Instal Warszawa S.A. w swojej ofercie: w załączniku nr 5 pn. „Wykaz urządzeń kluczowych” oraz załączniku nr 5.1 „Wykaz oferowanych urządzeń punktowanych” zaoferował dwa różne urządzenia z przeznaczeniem do obiektu 12/2: Stacja dmuchaw - nowa.

Zaznaczył, że w Załączniku nr 5 „Wykaz urządzeń kluczowych” linia Lp. 5 Instal Warszawa S.A. wskazał urządzenie produkcji Aerzener Maschinenfabrik GmbH model AERZEN GM10S; natomiast w załączniku nr 5.1 pn. „Wykaz oferowanych urządzeń punktowanych” linia Lp. 1 Instal Warszawa S.A. wskazał dla obiektu 12/2 urządzenie Aerzener Maschinenfabrik GmbH model AERZEN GM7L.

W dniu 6 czerwca 2019 roku Zamawiający ogłosił, iż uznał ofertę nr 2 złożoną przez Instal Warszawa S.A. za najkorzystniejszą i dokonał jej wyboru.

W dniu 11 czerwca 2019 roku Odwołujący wskazał Zamawiającemu, iż oferowana przez Instal Warszawa dmuchawa oznaczona jako AERZEN GM10S nie spełnia jednego z podstawowych wymaganych SIWZ parametrów, tj. wydajności 6,93 m³/min zgodnie z DIN ISO 1217:2009. Wymóg ten został określony w załączniku nr 5 pn. „Wykaz urządzeń kluczowych” dla dmuchawy do obiektu 12/2 w kolumnie 4 pn. „Wymagane cechy techniczne i jakościowe”. Natomiast, zgodnie z załączoną do oferty nr 2 kartą katalogową dla tego urządzenia parametr ten wynosi 6,82 m³/min.

W wyniku tej informacji Zamawiający unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 6 czerwca 2019 roku i wystąpił do Instal Warszawa S.A. w trybie 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie.

W odpowiedzi z dnia 14 czerwca 2019 roku wezwany Wykonawca Instal Warszawa S.A. wskazał, iż oferowana dmuchawa AERZEN GM10S spełnia wymagania dotyczące wydajności określonej w SIWZ jako 6,93 m³/min. Instal Warszawa S.A. w wyjaśnieniu

wskazał: Oferowane w/w urządzenie charakteryzuje się wydajnością Q1 na ssaniu $6,82 \pm 5\%$ m^3/min (zgodnie z aktualnymi normami odnoszącymi się do maszyn waporowych typu Roots'a), a więc osiąga wymaganą przez Zamawiającego wydajność $6,93 \text{ m}^3/\text{min}$ i tym samym spełnia wymagania SIWZ w tym zakresie.

Ponadto, wskazał, że Instal Warszawa S.A. załączył do wyjaśnień stanowisko Aerzen Polska Sp. z o.o., w którym ten dystrybutor urządzeń marki Aerzen wskazał, iż dmuchawy powietrza zaoferowane w przez tego dystrybutora dla Instal Warszawa S.A. w ofercie SQ-19-000217-1 na potrzeby obiektu 12/2 posiadają wskazany parametr $Q = 6,93 \text{ m}^3/\text{min}$ (wg ISO 1217) (...) przy uwzględnieniu podanych tolerancji (zgodnych z aktualnymi normami odnoszącymi się do maszyn waporowych typu Roots'a) na przepływ dmuchaw $\pm 5\%$, co jest wartością zgodną z projektem.

W dniu 18 czerwca 2019 roku Zamawiający ogłosił ponowny wybór oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ponownie ofertę nr 2 złożoną przez Wykonawcę Instal Warszawa S.A.

Odnosnie zarzutu 1 Odwołujący podniósł, że nieprawdą jest jakoby oferowana dmuchawa Aerzen GM10S charakteryzująca się wydajnością Q na ssaniu $6,82 \text{ m}^3/\text{min} \pm 5\%$, zgodnie z normą ISO 1217 osiągała wymaganą przez Zamawiającego wydajność $6,93 \text{ m}^3/\text{min}$, jak opisuje Wykonawca Instal Warszawa S.A. w swoich wyjaśnieniach z 14 czerwca 2019 roku.

Stwierdził przy tym, że w swoich wyjaśnieniach Instal Warszawa S.A. wskazuje, jakoby wskazana tolerancja wydajności dla przedmiotowego parametru dmuchawy waporowej $\pm 5\%$ wymienionej w normie ISO 1217, to jakiś zakres wydajności, o który można na potrzeby postępowania podnieść ten parametr, aby spełnić wymagania Zamawiającego postawione w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, takie rozumienie pojęcia tolerancji dla przedmiotowego parametru jest niedopuszczalną manipulacją, bowiem ten termin oznacza dopuszczalny normą odchył wartości przedmiotowego parametru wynoszący $\pm 5\%$, który to odchył należy zaakceptować jako dopuszczalny od wskazanej wartości, w tym wypadku $6,82 \text{ m}^3/\text{min}$, wg normy ISO 1217 w przypadku badania wydajności dostarczonego urządzenia.

Dalej, wywodził, że przedmiotowa tolerancja $\pm 5\%$ oznacza, że odbierający urządzenie musi zaakceptować (tolerować) dmuchawę, jeśli przy badaniu przedmiotowy parametr

wydajności dmuchawy wypornościowej wyniesie o 5% więcej lub mniej od wartości nominalnej parametru wskazanego dla danego urządzenia w karcie katalogowej.

Przekonywał, że przedmiotowa tolerancja nie jest jakimś zakresem tego parametru, stąd przez wyjaśnienia z 14 czerwca 2019 roku Instal Warszawa S.A. wprowadził Zamawiającego w błąd co do znaczenia zapisów karty katalogowej polegający na uznaniu, iż wartość tolerancji $\pm 5\%$ oznacza zakres wydajności dla parametru wydajności na ssaniu dmuchawy Aerzen GM10S i w konsekwencji uznaniu, że dmuchawa ta spełnia wymóg SIWZ dotyczący tego parametru o wartości $6,93 \text{ m}^3/\text{min}$.

Dodatkowo, wskazał, że Wykonawca ten przedłożył wyjaśnienia Aerzen Polska Sp. z o.o. dystrybutora urządzeń marki Aerzen, które wskazują, że oferowana przez tegoż dystrybutora dmuchawa ofertą nr SQ-19-000217-1 dmuchawa Wykonawcy na potrzeby obiektu 12/2 posiada parametr $Q = 6,93 \text{ m}^3/\text{min}$ przy tolerancji wynoszącej $\pm 5\%$ wg normy ISO 1217.

Podkreślił, że z tego wyjaśnienia nie wynika jaką dmuchawę ma na myśli dystrybutor.

Według Odwołującego - całokształt ww. opisanych okoliczności jednoznacznie wskazuje, iż zachowanie Wykonawcy Instal Warszawa S.A. wyczerpuje znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, czyli przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd (skutecznie), które miały wpływ na kluczową decyzję podjętą przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Stąd Zamawiający powinien na ww. podstawie wykluczyć Wykonawcę Instal Warszawa S.A. postępowania.

W zakresie zarzutu 2 Odwołujący zwrócił uwagę, że w załączniku nr 5 do SIWZ (zatytułowanym „Wykaz urządzeń kluczowych”) na stronie 12 w wymaganych cechach technicznych i jakościowych odnoszących się do pkt. 5 (Dmuchawy - Stacja dmuchaw-nowa. Obiekt 12/2) Zamawiający wskazał wymóg: „spręż pracy: 550 mbar, wydajność: $6,93 \text{ m}^3/\text{min}$ zgodnie z DIN ISO 1217:2009, zał. C, wydajność należy rozumieć jako użytkowy strumień objętościowy na króćcu wylotowym urządzenia, przeliczony do warunków ssania na wlocie do urządzenia, powyższe parametry muszą być osiągnięte przy częstotliwości nominalnej 50 Hz”.

Odwołujący zauważył również, że zgodnie z DIN ISO 1217:2009, zał. C dla dmuchaw w zależności od wydajności podczas badań odbiorczych dopuszczalne są następujące odchyłki od wydajności deklarowanej przez wytwórcę maszyny:

Table C.2 — Maximum deviations permissible at test

Volume flow rate at specified (m ³ /s) x 10 ⁻³	Volume flow rate %	Specific energy %	Power requirement (at zero at pressure ratio of 1)
0 < q _v ≤ 8,3	±7	±8	±10
8,3 < q _v ≤ 25	± 6	±7	±10
25 < q _v ≤ 250	±5	±6	± 10
q _v > 250	±4	±5	±10
NOTE The tolerance values in this table cover and include manufacturing tolerances □(the compressor and tolerances relating to Ehe measurements taken during the test.			
^a Where specified, the manufacturer shall State the method used.			

Odwołujący wskazał, że dla wymaganej przez Zamawiającego wydajności dmuchawy 6,93 m³/min (115,5 m³/s x 10⁻³) obowiązuje dopuszczalna tolerancja wydajności ±5%.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający określił, że oczekuje dostawy dmuchawy o wydajności na ssaniu 6,93 m³/min mierzonej zgodnie z DIN ISO 1217:2009, zał. C, a więc dopuszcza możliwość, że na etapie prób odbiorowych rzeczywista wydajność dmuchawy będzie mieściła się w przedziale tolerancji ±5% co daje wartości:

- wydajność minimalna nie może być mniejsza niż 6,58 m³/min
- wydajność maksymalna nie może być większa niż 7,28 m³/min.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z ofertą nr 2 i wyjaśnieniem z 14 czerwca 2019 roku Wykonawca Instal Warszawa S.A. zaoferował dmuchawę o wydajności 6,82 m³/min (113,7 m³/s X 10⁻³), czyli dmuchawę o mniejszej wydajności niż wymagał tego Zamawiający wskazując wymagane parametry dmuchawy w SIWZ.

Jednocześnie, argumentował, że przyjmując dopuszczalną normę DIN ISO 1217:2009, zał. C dopuszczalne odchylenia wydajności dmuchawy może ona pracować z

- wydajnością na poziomie 6,48 m³/min, a więc niższą niż wymagana w postępowaniu przetargowym przez Zamawiającego. Zamawiający wymaga, aby wydajność dmuchawy była nie niższa niż 6,58 m³/min,
- wydajność maksymalna dmuchawy będzie poniżej wydajności maksymalnej określonej przez Zamawiającego i wyniesie 7,16 m³/min.

W dniu 14 czerwca 2019 roku Wykonawca Instal Warszawa S.A. pismem złożył wyjaśnienie, w którym błędnie wskazuje, że: Oferowane w/w urządzenie charakteryzuje się wydajnością Q1 na ssaniu $6,82 \pm 5\% \text{ m}^3/\text{min}$ (zgodnych z aktualnymi normami odnoszącymi się do maszyn wporowych typu Roots'a), a więc osiąga wymaganą przez Zamawiającego wydajność $6,93 \text{ m}^3/\text{min}$ i tym samym spełnia wymagania SIWZ w tym zakresie.

Odwołujący również zwrócił uwagę, że Wykonawca Instal Warszawa S.A. do pisma z dnia 14 czerwca 2019 roku załączył oświadczenie dystrybutora produktów marki Aerzen - Aerzen Polska Sp. z o.o. z 13 czerwca 2019 roku, w którym ten potwierdził, że oferowane dmuchawy zgodnie z ofertą nr SQ-19-000217-1 spełniają one wymagane przez specyfikację techniczną parametry.

Zarzucił, że Aerzen Polska Sp. z o.o. nie wskazał w wyjaśnieniu modelu dmuchawy, do której to wyjaśnienie to się odnosi, lecz jedynie stwierdził, że jednym z parametrów jest $Q=6,93 \text{ m}^3/\text{min}$ (wg ISO 1217).

Podniósł, że w wyjaśnieniu wskazany jest nr oferty SQ-19-000217-1.

Zauważył przy tym, że Wykonawca Instal Warszawa S.A. w ofercie nr 2 w postępowaniu przetargowym w dniu 29 kwietnia 2019 załączył karty katalogowe z oferty firmy Aerzen o nr SQ-19 - 000217/QZO163-QZ00, w której to ofercie znajduje się zapis o wydajności $Q=6,82 \text{ m}^3/\text{min}$.

W związku z tym Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienie producenta nie potwierdza wydajności oferowanej przez Instal Warszawa S.A. dmuchawy typu GM10S, a wydajność bliżej nieokreślonej dmuchawy, która podana została w ofercie nr SQ-19-000217-1, która nie stanowi elementu oferty Instal Warszawa S.A. w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Odwołujący zarzucił błędną interpretację zapisów czy też świadomą próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Wykonawcę firmę Instal Warszawa, z tego powodu, że ten w piśmie z dnia 16 czerwca 2019 roku zadeklarował, że oferowana dmuchawa ma wydajność $6,82 \pm 5\% \text{ m}^3 /\text{min}$ co jest nieprawidłowym odczytaniem zapisów normy DIN ISO 1217:2009, zał. C, bowiem norma ta mówi o dopuszczalnej odchyłce m.in. w wydajności dmuchawy, a nie o zakresie pracy dmuchaw jako danej katalogowej.

Zdaniem Odwołującego - potwierdzenie przez producenta firmę Aerzen parametrów oferowanych dmuchaw z normą DIN ISO 1217:2009 wskazuje, że oferowana przez Instal Warszawa S.A. dmuchawa nie spełnia parametrów technicznych określonych w SIWZ.

Podsumowując powyższe wskazał, iż oferowana przez Instal Warszawa S.A. dmuchawa Aerzen GM10S jednoznacznie i bezspornie nie spełnia postawionego przez Zmawiającego parametru wydajności na ssaniu wynoszącego nominalnie 6,93 m³/min, bowiem bezspornie wartość nominalna przedmiotowego parametru dla tego urządzenia wynosi 9,82 m³/min.

W opinii Odwołującego - Zamawiający nie odrzucając oferty Wykonawcy Instal Warszawa S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ uchybił swojemu obowiązkowi wynikającemu z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp i naruszył w związku z tym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

W części dotyczącej zarzutu 3 Odwołujący pozostaje w przekonaniu, że oferta nr 2 złożona przez Wykonawcę Instal Warszawa S.A. w zakresie oferowanego urządzenia do nowego obiektu 12/2 - stacji dmuchaw - jest dwuznaczna, bowiem Wykonawca zaoferował do tego obiektu dwa różne modele dmuchaw: w załączniku nr 5 pn. „Wykaz urządzeń kluczowych”, w pozycji Lp. 5 wskazał dmuchawę Aerzen GM10S, które nie spełnia wymogów SIWZ, natomiast w załączniku nr 5.1 pn. „Wykaz oferowanych urządzeń punktowanych” dla tego obiektu wskazał dmuchawę Aerzen GM7L.

Nadmienił, że oba załączniki, zgodnie z zapisami SIWZ, mają za zadanie opisać jednoznacznie kluczowe elementy oferty.

Zdaniem Odwołującego – w ten sposób Wykonawca zaoferował dwa różne świadczenia, czym naruszył regułę jednej oferty wynikającej w art. 82 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto taka rozbieżność powoduje – według Odwołującego, że bez niedopuszczalnej ingerencji w treść oświadczenia woli Wykonawcy wyjaśnienie treści tej oferty jest niemożliwe.

Mimo to, w wyniku wyjaśnienia treści oferty z 14 czerwca 2019 roku Wykonawca Instal Warszawa dokonał wskazania jednego z dwóch urządzeń, które zamierza dostarczyć w ramach wykonania zamówienia i 18 czerwca 2019 roku Zamawiający wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Tym samym – według zapatrywania Odwołującego - Zamawiający dopuścił się negocjowania i ustalenia treści oferty po terminie składania ofert, czym naruszył zakaz wynikający z art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp oraz nie dopełnił obowiązku odrzucenia oferty nr 2 jako niezgodnej z ustawą lub stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na dwuznaczność oferty, która może być rozumiana jako dwie oferty, oraz niezgodnej z wymogami SIWZ opisanymi w szczególności w rozdziale 15 SIWZ.

Pismem z dnia 28 czerwca 2019r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Wykonawca Instal Warszawa S.A., zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2019r. wzywającego do wyjaśnień treści oferty w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp, pisma Przystępującego z dnia 14 czerwca 2019r. wraz z załącznikami w postaci wyjaśnień Aerzen Polska sp. z o.o. z dnia 13 czerwca 2019r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 5 lipca 2019r. z wnioskiem o jego oddalenie w całości, jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności Izba, postanowiła oddalić wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu jego wniesienia z upływem terminu do jego wniesienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w dniu 18 czerwca 2019r. powziął wiadomość o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego i wniósł odwołanie od tej czynności w dniu 28 czerwca 2019r., to jest z zachowaniem 10 dniowego terminu, o którym mowa w art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Z powyższych przyczyn wniosek Przystępującego nie mógł zostać uwzględniony.

Rozpoznając sprawę co do meritum, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.24 ust.1 pkt 17, art. 87 ust.1 zdanie 2, art.89 ust.1 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, a także wykluczenia tego wykonawcy ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu przedstawienia Zamawiającemu nieprawdziwych informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w rozdziale 8 SIWZ Zamawiający określił wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, gdzie w pkt 4 ppkt 3 tego postanowienia wskazał, że kompletna oferta musi zawierać wypełniony załącznik nr 5 - „Wykaz urządzeń kluczowych” wraz z wypełnionym załącznikiem nr 5.1 - „Wykaz oferowanych urządzeń punktowanych” oraz załącznikiem nr 5.2 – (Wykaz oferowanych grup urządzeń), których parametry techniczne oraz dane stanowią kryterium oceny ofert nr 3 i nr 4, wraz z kartami katalogowymi urządzeń, potwierdzającymi wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne.

W spornym zakresie, Izba stwierdziła, że Zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ w „Wykazie urządzeń kluczowych” poczynił istotną uwagę ogólną dotyczącą kart danych, że do poszczególnych kart danych należy dołączyć karty katalogowe lub inne dowolne dokumenty na dowód, że oferowane urządzenia spełniają wymagania zamawiającego.

Izba ustaliła również w zakresie objętym sporem, że w „Wykazie urządzeń kluczowych” pod l.p.5 tiret 1 w kolumnie – wymagane cechy techniczne i jakościowe Zamawiający ustanowił następujące wymaganie dotyczące dmuchawy w obiekcie 12/2 : spręż pracy: 550 mbar, wydajność: 6,93 m³/min zgodnie z DIN ISO 1217:2009, zał. C, wydajność należy rozumieć jako użytkowy strumień objętościowy na krótcu wylotowym urządzenia, przeliczony do warunków ssania na wlocie do urządzenia, powyższe parametry muszą być osiągnięte przy częstotliwości nominalnej 50 Hz.

Ustalono również, że Przystępujący w swojej ofercie w zakresie oferowanych parametrów/cech technicznych i jakościowych – w tym mocy znamionowej na str.12

załącznika nr 5 złożył analogiczne oświadczenie dotyczące tej dmuchawy, wskazując na typ urządzenia AERZEN GM10S i producenta Aearzen Maschinenfabrik GmbH.

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że Zamawiający przewidział na stronie 18 w „Wykazie oferowanych urządzeń punktowanych” pod l.p.1 miejsce do zadeklarowania typu urządzenia dmuchawy dla obiektu 12/2.

W związku z powyższym wymaganiem Przystępujący dokonał w ofercie wpisu typu jako GM7L.

Bezsporną pomiędzy stronami i uczestnikiem jest okoliczność, że dla tej lokalizacji miała być zamontowana jedna dmuchawa.

Poza tym Izba ustaliła, że Przystępujący załączył kartę katalogową Aerzen Polska sp. z o.o. z adnotacją o ofercie nr: SQ-19-000217 / QZ0163-QZ00 z dnia 11 kwietnia 2019r. prezentującą agregat dmuchawy rotacyjnej firmy AERZEN GM 10 S z zaszeregowaniem: Delta Blower G5 z określonym parametrem pracy; Wydajność na ssaniu Q1 m³/min 6,82.

W związku z rozbieżnościami w podanych wartościach wydajności: oświadczenie w wykazie 6,93 m³/min zgodne z wymaganiem SIWZ, a w karcie katalogowej 6,82 m³/min, Zamawiający pismem z dnia 13 czerwca 2019r. zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie w tym zakresie treści oferty w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący potwierdził powyższe wymaganie zgodnie z SIWZ i wyjaśnił, że oferowane urządzenie charakteryzuje się wydajnością Q1 na ssaniu 6,82 ± 5% m³/min (zgodnych z aktualnymi normami odnoszącymi się do maszyn wyporowych typu Roots'a), a więc osiąga wymaganą przez Zamawiającego wydajność 6,93 m³/min.

Dodatkowo, Przystępujący załączył oświadczenie Aerzen Polska sp. z o.o. z dnia 13 czerwca 2019r. powołującego się na ofertę nr: SQ-19-000217-1 dotyczącą dmuchawy powietrza.

Ostatecznie, Izba ustaliła, że powyższa oferta złożona Przystępującemu przez Aerzen Polska sp. z o.o. na str. 6 przewidywała agregat dmuchawy rotacyjnej firmy Aerzen GM 10S, DN 80.

Powyższy stan faktyczny, skłonił Izbę do przyjęcia zapatrywania, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wymaga wskazania, że źródłem informacji, którą posłużył się w przetargu Przystępujący była treść karty katalogowej dmuchawy Aerzen GM 10S.

W ocenie Izby zarówno, Przystępujący, jak i podmiot oferujący dmuchawę rotacyjną firmy Aerzen GM 10S, DN 80, jako profesjonalni uczestnicy obrotu zamówień publicznych są zobowiązani do znajomości norm urzędzeń, które oferują.

W przekonaniu Izby - uwadze Odwołującego uszło, że parametr wydajności dmuchawy miał być oceniany w oparciu o normę DIN ISO 1217:2009, zał. C.

Powyższa norma w załączniku C przewiduje maksymalne odchyłki dopuszczalne przy określaniu wydajności urządzenia, w omawianym przypadku $\pm 5\%$.

Jeżeli tak jest, to należało przyjąć, że zaproponowanie parametru wydajności urządzenia na poziomie $6,82 \text{ m}^3/\text{min}$ przy uwzględnieniu powyższego odchylenia $\pm 5\%$ m^3/min mieściło się w ramach parametru $6,93 \text{ m}^3/\text{min}$.

Z powyższych względów nie może być mowy o niedbałym przedstawieniu przez Przystępującego informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, skoro sporny parametr jest wiarygodny.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Izba doszła do przekonania, że pomimo wskazania w SIWZ definicji wydajności, to nie uregulowała ona spornego zagadnienia.

Jedyne odesłanie w postanowieniu SIWZ odnoszące się do wydajności zostało dokonane przez Zamawiającego na grunt powołanej wyżej normy i wobec tego Izba oparła się przy rozstrzygnięciu tego zagadnienia na niej właśnie.

Izba uznała, że powyższa norma w załączniku C przewiduje maksymalne odchyłki dopuszczalne przy określaniu wydajności urządzenia, w omawianym przypadku $\pm 5\%$, co powoduje, że zaoferowany parametr 6,82 m³/min mieści się w wymaganiu parametru 6,93 m³/min.

W ocenie Izby – Zamawiający, wbrew stanowisku Odwołującego, nie określił swoich oczekiwań w zakresie wydajności minimalnej i maksymalnej.

Nie jest również uzasadniony – według Izby – zarzut Odwołującego o bliżej nieokreślonej ofercie Aerzen Polska sp. z o.o. nie przewidującej dmuchawy Aerzen GM 10S, DN 80, czemu zaprzecza dowód Przystępującego z oferty nr: SQ-19-000217-1 z dnia 11 kwietnia 2019r., a także wyjaśnienia Aerzen Polska sp. z o.o. z dnia 3 lipca 2019r., str.5, w warunkach, gdzie Odwołujący przyznał, że nie znał tej oferty.

Nadto, posługiwanie się przez Odwołującego nieostryimi pojęciami o zakresie pracy dmuchaw jako danej katalogowej czy wydajności nominalnej, nie znalazło potwierdzenia w zebranych w sprawie materiale dowodowym, w tym w treści SIWZ, a zatem posługiwanie się nimi dla potrzeb wykazywania racji Odwołującego nie jest trafne.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przepisu art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp, Izba uznała go również za bezzasadny.

Przepis powyższy stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odwołujący jednak zapomniał o treści przepisu tego samego art.87 ust.1 ustawy Pzp i o jego zdaniu 1, gdzie ustawodawca przewidział, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Powyższa instytucja Prawa zamówień publicznych stanowi gwarancję poprawnej kwalifikacji merytorycznej oferty i jest zabezpieczeniem interesów zarówno Zamawiającego, jak i wykonawcy przed nieuzasadnionym odrzuceniem jego oferty w warunkach wystąpienia w niej pewnych nieścisłości czy niejasności.

Izba ponad wszelką wątpliwość nie dostrzegła w działaniu Zamawiającego jakichkolwiek negocjacji – brak dowodów na taką okoliczność, a także zmiany przedmiotu zamówienia, skoro zaoferowano dmuchawę firmy Aerzen GM 10S, DN 80 i tylko do niej załączono odpowiednie karty katalogowe.

Wprawdzie, z ustaleń Izby wynika, że w formularzu „Wykaz oferowanych urządzeń punktowanych” Przystępujący wskazał urządzenie dmuchawy GM7L nie załączając kart katalogowych tego urządzenia, jednak Zamawiający w tym zakresie nie podjął żadnej czynności wyjaśniającej, a Odwołujący nie zgłosił zarzutu naruszenia art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Stosownie do przepisu art.192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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

Przewodniczący:.....