

Sygn. akt: KIO 1910/18

WYROK
z dnia 4 października 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2018 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2018 roku przez wykonawcę J.K prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IHOL J.K. z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wojewódzki Szpital Rehabilitacyjny dla Dzieci w Ameryce z siedzibą w Olsztynku

przy udziale wykonawcy Neoxim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910/18 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Poprawa Efektywności Energetycznej Budynków Wojewódzkiego Szpitala Rehabilitacyjnego dla Dzieci w Ameryce* w zakresie Zadania I – *Wymiana oświetlenia na energooszczędne LED* tj. oferty wykonawcy Neoxim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Poprawa Efektywności Energetycznej Budynków*

Wojewódzkiego Szpitala Rehabilitacyjnego dla Dzieci w Ameryce w zakresie Zadania I – Wymiana oświetlenia na energooszczędne LED, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy Neoxim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie..

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Wojewódzki Szpital Rehabilitacyjny dla Dzieci w Ameryce z siedzibą w Olsztynku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IHOL J.K. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Rehabilitacyjnego dla Dzieci w Ameryce z siedzibą w Olsztynku na rzecz wykonawcy J.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IHOL J.K. z siedzibą w Łodzi kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Rehabilitacyjny dla Dzieci w Ameryce z siedzibą w Olsztynku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Poprawa efektywności Energetycznej Budynków Wojewódzkiego Szpitala Rehabilitacyjnego dla Dzieci w Ameryce*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 czerwca 2018 roku pod numerem 581768-N-2018.

24 września 2018 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 oraz 180 ust. 2 i 6 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w zakresie Pakietu I polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Neoxim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie pomimo tego, że oferta złożona przez tego wykonawcę podlegała odrzuceniu, a Zamawiający bezpodstawnie zaniechał podjęcia czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Neoxim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Neoxim) pomimo, że treść powyższej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w Pakiecie I (*Wymiana oświetlenia na energooszczędne Led*), oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Neoxim.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ, gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej czynności w niniejszym postępowaniu, wówczas odrzuciłby ofertę złożoną przez Neoxim. Odwołujący, miałby realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz w tych warunkach miałby realną szansę uzyskania zamówienia, bowiem jego oferta musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Działania

Zamawiającego

w oczywisty sposób naruszają usprawiedliwiony interes ekonomiczny Odwołującego oraz skutkują powstaniem po jego stronie realnej szkody - nieuprawnionym brakiem możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

1. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2739/17 z dnia 12 stycznia 2018 r., zgodnie z którym, *porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna*. Podniósł Odwołujący, że co oczywiste, wyjaśnienia SIWZ udzielane przez zamawiającego w toku postępowania przed upływem terminu składania ofert mają podstawowe znaczenie dla oceny oferty (tak min. KIO 1642/13, KIO sygn. akt 77/15). Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 1, z dnia 24 lipca 2018r. stanowiącą integralną część SIWZ, Zamawiający jasno wskazał jakich parametrów technicznych żąda od oferowanych opraw załączając stosowną tabelę (opis parametrów, wymagania które musi spełniać oprawa).

Odwołujący wskazał, że wykonawca Neoxim zaoferował oprawy, które w istotnych (kluczowych) aspektach nie odpowiadają parametrom technicznym żądanym przez Zamawiającego. Odwołując w tabeli podał podsumowanie niezgodności.

W tym miejscu w treści odwołania tabela

Odwołujący uzasadniał również, że niezależnie od okoliczności, że już sam fakt niezgodności oferowanych przez Neoxim z wymaganiami Zamawiającego przesądza o konieczności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako niezgodnej z treścią SIWZ, to niezgodności te mają charakter istotny praktycznie (w szczególności w przypadku Zamawiającego jakim jest szpital dziecięcy) znacząco zaniżający standard oferowanego świadczenia.

Żądany przez Zamawiającego typ klosza (dyfuzora) wykonany z PMMA (poli(metakrylan metylu)) ma znacznie lepsze parametry użytkowe niż klosz wykonany z PS (polistyrenu) oferowany przez Neoxim. Wymagane przez Zamawiającego klosze z PMMA:

- a) mają wysoką odporność na działanie UV co przekłada się na brak występowania efektu żółknięcia kloszy i pęknięcia w długim okresie użytkowania,
- b) posiadają wysoką elastyczność co powoduje większą odporność opraw na pęknięcia.

Klosz wykonany z szkła hartowanego jest przy tym odporny na działanie większości środków chemicznych, w tym środków stosowanych do dezynfekcji w szpitalach. Takich właściwości nie mają klosze wykonane z PS oferowane przez Neoxim. Oprawy dla których Zamawiający przewidział klosze z szkła hartowanego zlokalizowane są w pomieszczeniach czystych oraz zabiegowych gdzie istnieje konieczność dezynfekcji pomieszczeń. Nie ma możliwości zastosowania opraw o kloszach wykonanych z PS w tych pomieszczeniach.

Wykonanie oprawy (korpusu) z tworzywa ABS jak proponuje Wykonawca Neoxim implikuje fakt, że nie jest ona odporna na działanie promieniowania UV oraz jest izolatorem co oznacza, że oprawy wykonane z takiego tworzywa będą się zużywały dużo szybciej i będą mniej trwałe niż oprawy z korpusami wykonanymi z blach stalowej lub aluminiowej (jak słusznie żądał Zamawiający). Kluczowym parametrem dla żywotności diod i zasilaczy opraw jest temperatura. Temperatura wewnątrz oprawy wykonanej z ABS będzie dużo wyższa niż w przypadku oprawy z korpusem metalowym. Metalowy korpus stanowi też radiator (rozpraszacz ciepła) oprawy i jest odpowiedzialny za odprowadzenie ciepła, podczas gdy obudowa z ABS działa dokładnie odwrotnie. Różnica w temperaturze pracy diod o 10 stopni Celsjusza może przełożyć się na 30% dłuższy czas żywotności lamp i zasilaczy.

Wymagany przez Zamawiającego minimalny stopień ochrony IP65 cechuje się wyższą odpornością na wnikanie do oprawy wody oraz ciał stałych niż klasa szczelności IP54 lub IP44 proponowana przez Neoxim. Pierwsza cyfra kodu IP odpowiada za odporność na wnikanie do środka oprawy ciał stałych, natomiast druga cyfra odpowiada za wnikanie wody. Należy zwrócić uwagę na fakt, że oprawy dla których klasa szczelności opraw jest wyższa są zastosowane w łazienkach lub pomieszczeniach czystych (w których oprawy będą często czyszczone i myte). Zamawiający wraz z projektantem w uzasadniony sposób wymagał wysokiej klasy szczelności dla opraw o symbolu G i H, a zastosowanie opraw o niższej klasie może przyczynić się do niemożliwości korzystania z opraw w danym pomieszczeniu lub skrócenia czasu ich pracy.

Wskaźnik oddawania barw (Ra/CRI 90) wskazuje jak dobrze człowiek rozróżnia barwy w sztucznym świetle. Im ten parametr jest wyższy tym lepiej rozróżniamy barwy. Dla większości „zwykłych” pomieszczeń wystarczający jest wskaźnik oddawania barw na poziomie 80 natomiast dla pomieszczeń zabiegowych wymagany jest wskaźnik na poziomie 90 w celu aby lekarz mógł lepiej dostrzec barwę ciała lub krwi pacjenta. Potwierdzenie tego faktu znajdujemy w Polskiej Normie oświetleniowej PN-EN 12464-1:2012. Trudno zatem zaakceptować zaoferowanie przez Neoxim dla pomieszczeń zabiegowych wskaźnika oddawania barw na poziomie tylko 80.

Minimalne IK mówi o odporności na uderzenia mechaniczne. Im parametr jest wyższy tym odporność na uderzenia jest wyższa. Skala nie jest liniowa i dla przykładu oprawa o IK 04 jest odporna na uderzenie o sile 0,5J natomiast oprawa o IK08 jest odporna na uderzenie o sile 5J czyli dziesięciokrotnie wyższej.

Typ klosza oprócz tworzywa, z którego jest wykonany różni się także rodzajem przepuszczania światła. W tym postępowaniu Zamawiający określił, które oprawy mają mieć klosz opalowy (mleczny), a które pryzmatyczny (transparentny zwany także mikropryzmatyczny i mikroliniowym). Jest to o tyle istotne, że rodzaj przepuszczania światła ma wpływ na efekt przykrego olśnienia oraz ilość światła, która wychodzi z oprawy.

Odwołujący podsumowując powyżej wskazane rozważania argumentował, że wszystkie wskazane niezgodności w parametrach technicznych opraw oferowanych przez Neoxim względem parametrów żądanych przez Zamawiającego są znaczące i mają istotny wpływ na możliwość zastosowania opraw w szpitalu jak również ich czas oraz komfort użytkowania. Produkty oferowane przez Neoxim nie spełniają wymagań Zamawiającego w kluczowych aspektach. W związku z tym, że oprawy będą montowane w placówce służby zdrowia objętej rygorystycznymi normami nie są dopuszczalne żadne odstępstwa od parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Parametry opraw proponowanych przez Neoxim tak daleko odbiegają od wymagań Zamawiającego, co prowadzi do wniosku w ocenie Odwołującego, że Neoxim zaoferował zupełnie inny przedmiot świadczenia umownego o zupełnie odmiennym (niższym) standardzie. Taki stan rzeczy potwierdza również diametralna różnica pomiędzy oferowaną ceną Neoxim a szacunkową wartością zamówienia wynosząca niemalże 40%.

2. Odwołujący podniósł, że niezależnie od okoliczności wskazanych w punkcie 1, samodzielną przesłankę odrzucenia oferty Neoxim jako nieodpowiadającej treści SIWZ stanowią następujące okoliczności.

Zgodnie z treścią SIWZ (projekt wykonawczy wymiany oświetlenia) Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in.: certyfikatów i dopuszczeń - CE, PZH.

Neoxim zaniechał złożenia wskazanych dokumentów wraz z ofertą.

Zamawiający, wezwaniem z dnia 28.08.2018r., działając na podstawie art. 26 ust 3 ustawy, wezwał Neoxim do przedłożenia brakujących dokumentów tj. certyfikatów i dopuszczeń - CE, PZH.

Odwołujący wskazał również, że w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 3 z dnia 24 lipca 2018r. jednoznacznie wskazano że pod pojęciem " certyfikaty i dopuszczenia - CE, PZH" należy rozumieć deklaracje zgodności CE oraz atest PZH.

W odpowiedzi na w/w wezwanie z dn. 28.08.2018r. Neoxim zaniechał przedłożenia deklaracji zgodności CE dla opraw: Rondo, Dego 2, Izar 2.

Co więcej, wykonawca ten zaniechał przedłożenia atestu(ów) PZH dla wszystkich opraw. Należy także wskazać, że wezwaniem z dn. 28.08.2018r. Zamawiający na analogicznych zasadach żądał przedłożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy kart katalogowych. W tym aspekcie, w odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca Neoxim zaniechał przedłożenia karty katalogowej dla oprawy z indeksem E'.

3. Odwołujący poza okolicznościami wskazanymi w punkcie 2 i 3 uzasadnienia odwołania podniósł, że samodzielną przesłankę odrzucenia oferty Neoxim jako nieodpowiadającej treści SIWZ stanowią również następujące okoliczności:

Neoxim dla części oferowanych opraw przedłożył karty katalogowe skrajnie wadliwe w istotnych dla oceny zgodności z treścią SIWZ aspektach. Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2739/17 oraz o sygn. akt o sygn. akt 2698/17.

Odwołujący podniósł, że przedłożone na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy karty katalogowe dotknięte są następującymi, nieusuwalnymi wadliwościami :

- Karta katalogowa nr 1 - wadliwość karty w zakresie klosza. Na pierwszej stronie karty jest podane, iż dyfuzor jest opalowy (mleczny) natomiast na drugiej stronie w tabeli czytamy, iż klosz jest pryzmatyczny (transparentny),
- Karta katalogowa nr 3 - wadliwość karty w zakresie klosza. Na pierwszej stronie karty jest podane, iż dyfuzor jest opalowy natomiast na drugiej stronie w tabeli czytamy, iż klosz jest pryzmatyczny,
- Karta katalogowa nr 4 - wadliwość karty w zakresie sposobu montażu. Na pierwszej stronie karty jest podane, iż jest to "plafon podtynkowy" (czyli częściowo schowana w suficie) natomiast w opisie na tej samej stronie jest informacja, że oprawa jest przeznaczona do montażu natynkowego (czyli zamontowana w całości na suficie). Różnica ta jest o tyle istotna, że Zamawiający postawił wymóg konkretnego sposobu montażu ze względu na rodzaj posiadanego sufitu tj. tam gdzie sufit jest przystosowany do montażu opraw podtynkowych należy takie oprawy zastosować. W innym przypadku należałoby wymienić sufit lub go przebudowywać,
- Karta katalogowa nr 4 - wadliwość karty w zakresie klosza. Na pierwszej stronie karty jest podane, iż dyfuzor jest opalowy natomiast na drugiej stronie w tabeli czytamy, że klosz jest pryzmatyczny,
- Karta katalogowa nr 5 - wadliwość karty w zakresie sposobu montażu. Na pierwszej stronie karty jest podane, iż jest to "plafon podtynkowy" natomiast w opisie

na tej samej stronie jest informacja, że oprawa jest przeznaczona do montażu natynkowego,

- Karta katalogowa nr 5 - wadliwość karty w zakresie klosza. Na pierwszej stronie karty jest podane, iż dyfuzor jest opalowy natomiast na drugiej stronie w tabeli czytamy, że klosz jest pryzmatyczny,
- Karta katalogowa nr 6 - wadliwość karty w zakresie IK. Na pierwszej stronie karty jest podane, iż oprawa ma IK04 natomiast na drugiej stronie w tabeli czytamy, iż oprawa ma IK10.

Wskazane powyżej wadliwości są tego rodzaju, że nie można ustalić jakiego rodzaju świadczenie oferuje Neoxim we wskazanym zakresie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 września 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba

dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie - w zakresie Zadania I – Wymiana oświetlenia na energooszczędne LED - zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert

i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w *sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego zaprezentowane w piśmie z dnia 4 października 2018 roku *Stanowisko Odwołującego*.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do odwołania oraz do pisma Odwołującego z dnia 4 października 2018 roku.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchania świadka – w ocenie Izby dowód ten został powołany dla zwłoki w rozpoznaniu sprawy, natomiast ocena spełnienia wymagań przedmiotowych co do oferowanego przedmiotu zamówienia w ofercie Neoxim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oceniana musi być w procedurze zamówieniowej w oparciu o złożone w ofercie dokumenty, bądź dokumenty przedstawione Zamawiającemu na podstawie wezwań skierowanych do wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczność na którą został powołany dowód z przesłuchania świadka wynikać winna z dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba ustaliła:

Zamawiający, w dniu 28 sierpnia 2018 roku, wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Neoxim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Neoxim) *do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w zamówieniu publicznym zgodnie z punktem 6 SIWZ, a mianowicie:*

(...)

7. Zgodnie z projektem wykonawczym wymiany oświetlenia, Oferent składa

a) posiadane aktualne Certyfikaty i dopuszczenia – CE, PZH

b) podaje stronę internetową producenta lub dystrybutora, gdzie są dostępne pliki fotometryczne opraw proponowanych w ofercie przez wykonawcę,

c) dokument wydany przez producenta, przetłumaczony na język polski, potwierdzający spełnienie parametrów techniczno-użytkowych zaproponowanych opraw oświetleniowych w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności załączone do oferty w formie kart katalogowych opraw, raporty z badań,

d) karty katalogowe potwierdzające dane techniczne opraw oświetleniowych,

e) dane techniczne właściwości opraw – rozsyłu światła opraw oświetleniowych – całej bryły światłości w formie wydruku lub w formie bazy danych umożliwiających na ich podstawie dokonanie wyliczeń parametrów oświetleniowych w ogólnodostępnym programie komputerowym do wspomagania obliczeń w formie eulumdat (.Ldt).

Neoxim w odpowiedzi na powyższe przesłał:

- kartę katalogową Solo-Slim (indeks A, J),
- kartę katalogową Rondo (indeks H),
- kartę katalogową Solo-SLim (indeks F),
- kartę katalogową Solo-Slim (indeks E),
- kartę katalogową Izar-2 (indeks D),
- kartę katalogową Deigo-2 (indeks B, G, I, I').

Pismem z dnia 13 września 2018 roku Zamawiający wezwał wykonawcę Neoxiom, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, *o wyjaśnienie niezgodności treści złożonych kart katalogowych*, wskazując, że opraw z indeksem A,B, E, F, G, H, I, J nie występują na stronie producenta ani dystrybutora, jak również nie ma plików fotometrycznych dla tych opraw, a miały być

produkowane seryjnie zgodnie z SWIZ; karta katalogowa oprawy z indeksem D oznaczona IZAR-2-112-4800-D/M o mocy 36W i strumieniu świetlnym 5200 lm, ale oprawa na stronie producenta dla tego samego oznaczenia oprawy posiada moc 40W i strumień świetlny 4800 lm; Zamawiający posiada kartę katalogową o innych parametrach strumienia świetlnego niż te załączone Solo-Slim-6060-32-D i Solo-Slim-6060-36D.

Pismem z dnia 14 września 2018 roku Nexiom złożył wyjaśnienia i podał, że oprawy EFL Polaris są produkowane dla Neoxim seryjnie a karty katalogowe i pliki fotometryczne znajdują się na stronie producenta (podano stronę do pobrania plików oraz kart). W zakresie IZAR-2-112-4800-D/M wykonawca wyjaśnił, że wystąpiła omyłka w nazewnictwie oprawy, prawidłowa nazwa to IZAR-2-112-5200-D/M i załączył kartę, która jest tą samą kartą ale poprawioną o błąd literowy. W odniesieniu do oprawy Solo-Slim-6060-32-D i Solo-Slim-6060-36D wyjaśnił, że ofertę otrzymał od producenta ELF Polaris i takie jedynie karty otrzymał od producenta, które znajdują się na stronie producenta (podano stronę producenta).

Zamawiający pismem z dnia 24 lipca 2018 roku, skierowanym do wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy, odpowiedział na zadane pytania.

W odpowiedzi na pytanie 1 Zamawiający wyjaśnił, że projekt wykonawcy jest dokumentem nadrzędnym oraz załączył parametry techniczne (tabela).

Izba zważyła:

W zakresie zarzutu podniesionego w odwołaniu Izba zważyła: Zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w ocenie Izby jest zasadny.

Izba podkreśla na wstępie, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego.

Ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Niezgodność treści oferty z SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia. Należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo wskazanie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia (w tym parametrów zmodyfikowanych przez Zamawiającego w wyniku udzielonych odpowiedzi) ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SWIZ wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty, bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w SWIZ wymagania.

Oczywiście obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SWIZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08), a odzwierciedleniem znajomości wymagań SWIZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Mogą jednakże zaistnieć sytuację, w których złożona w postępowaniu oferta może być niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWIZ, a przyczyna tej niezgodności może być wszelaka. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, czyli nie składając określonego i wymaganego w dokumentacji postępowania oświadczenia, nie składając oświadczeń spójnych i zgodnych z wymaganiami SIWZ musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że w rozpoznawanej sprawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zmodyfikował 24 lipca 2018 roku treść tabeli zawierającej parametry techniczne (pkt 6.2 Projektu Wykonawczego wymiany oświetlenia na energooszczędne LED budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Rehabilitacyjnego dla Dzieci w Ameryce; dalej „projekt wykonawczy”) i tym samym wprowadził nowe minimalne parametry techniczne wymagane dla poszczególnych opraw oświetleniowych czy źródeł światła. Modyfikacja jakiej dokonał Zamawiający staje się integralną częścią SWIZ i to ta treść po zmianie SIWZ stanowi podstawę i źródło oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W trakcie rozprawy sam Zamawiający odpowiadając na pytanie wyjaśnił, że dokonywał oceny ofert w odniesieniu do

tabeli zawierającej parametry techniczne zmienione pismem z dnia 24 lipca 2018 roku (pytanie 1). Za zupełnie niezrozumiałą oraz błędną należy uznać argumentację Neoxim, który wskazywał w trakcie rozprawy, mając na uwadze udzielone w dniu 24 lipca 2018 roku odpowiedzi, że projekt wykonawczy jest dokumentem nadrzędnym i wiążące są parametry techniczne w nim podane. Neoxim pomija w ogóle, że to właśnie odpowiedzią na pytanie 1 Zamawiający zmodyfikował treść tabeli parametrów technicznych zamieszczoną w opisie technicznym projektu wykonawczego w pkt 6.2. Sposób rozumowania prezentowany przez Neoxim, a sprowadzający się do tego, że wiążące są dla wykonawców składających oferty parametry pierwotnie zawarte w projekcie wykonawczym jest nie do pogodzenia z czynnościami podjętymi w postępowaniu przez Zamawiającego i wydaje się być powołany jedynie na potrzeby tego postępowania odwoławczego. Zamawiający w uzasadnionych przypadkach ma prawo do modyfikacji treści SIWZ, a co za tym idzie również projektów wykonawczych stanowiących załącznik do SWIZ. Modyfikacja SIWZ nie była kwestionowana na etapie ogłoszenia postępowania, nie były również w zakresie tej modyfikacji kierowane do Zamawiającego żadne wnioski o wyjaśnienie treści modyfikacji, jej zakresu obowiązywania czy jakiegokolwiek inne wskazujące wątpliwości wykonawców zainteresowanych przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w zakresie ewentualnego ograniczenia konkurencji. Zaznaczenia wymaga również w tym miejscu, że Nexiom w trakcie rozprawy oświadczył, że ofertę złożył w oparciu o parametry techniczne wskazane pierwotnie w tabeli w projekcie wykonawczym – czyli w oparciu o parametry sprzed zmiany 24 lipca 2018 roku, jednocześnie oświadczył, że nie wszystkie parametry są zgodne z tymi określonymi w wymaganiach Zamawiającego.

Izba zaznacza, że takie oświadczenie Nexiom – zgodne co do tego, że oferta Nexiom nie jest zgodna z SWIZ co też twierdzi Odwołujący – stanowi przyznanie, że oferta Neoxim nie jest zgodna z parametrami technicznymi zawartymi w tabeli z opisem technicznym w pkt 6.2 projektu wykonawczego po zmianach z dnia 24 lipca 2018 roku, oraz potwierdza również, że nie jest zgodna z wymaganiami technicznymi określonymi w pierwotnym, a nie obowiązującym już na etapie składania ofert, opisie technicznym zawartym w tabeli z opisem technicznym w projekcie wykonawczym. Skoro jak przyznał sam Neoxim oferta jaką złożył przygotowana była w oparciu o pierwotny opis techniczny, z którym nie jest nawet zgodna, to nie może i nie jest ta oferta zgodna z opisem technicznym zamieszczonym w tabeli z parametrami technicznymi w dniu 24 lipca 2018 roku, wiążącej w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie przyznaje racji Neoxim w twierdzeniach co do braku możliwości ustalenia jaki opis techniczny jest wiążący dla wykonawcy, bowiem zawsze miał on możliwość zwrócenia się

do Zamawiającego o wyjaśnienia w tym zakresie. Jednocześnie uwzględniając wynikające z ustawy uprawnienia Zamawiającego do modyfikacji treści SWIZ (art. 38 ust. 4 ustawy) to argumentacja Neoxim staje się w zasadzie nieracjonalna i nie może być uwzględniona.

Neoxim podnosił w trakcie rozprawy, że z odpowiedzi na pytanie 1 nie wynika jednoznacznie, że *przestała obowiązywać treść tabeli zawarta w projekcie*. W ocenie Izby nie sposób się z tym zgodzić, bowiem Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 1 wyjaśnił, że projekt wykonawcy jest dokumentem nadrzędnym, tym samym potwierdził, że parametry techniczne znajdujące się w opisie technicznym w pkt 6.2 są nadrzędne. Przy czym jednocześnie w odpowiedzi na pytanie 1 wskazał *oraz złącza parametry techniczne*. Jest to tabela z nowymi parametrami technicznymi, które zmodyfikował Zamawiający. Czytając całą odpowiedź na pytanie 1 – *Zamawiający potwierdza, że projekt wykonawczy jest dokumentem nadrzędnym oraz złącza Parametry techniczne*: (tutaj tabela) – w tym tabelę, nie ma wątpliwości, że Zamawiający dokonał modyfikacji wiążącej dla wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie, co jest w ocenie Izby bardzo istotne, Neoxim dostrzegł i podał na rozprawie, że *właśnie w oparciu o te dwie tabele wskazuje, że są różne wartości dla określonych parametrów w tych dwóch tabelach*. Tym samym, skoro dostrzegając, że są różne wartości parametrów w tych tabelach – czyli w pierwotnie podanej oraz w tabeli w piśmie z dnia 24 lipca 2018 roku, to skoro miał wątpliwości powinien był zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie, nie uczynił tego. Jednocześnie potwierdza to, że Neoxim widzi różnice w opisie przedmiotu zamówienia, tym samym składając ofertę na podstawie pierwotnego opisu co oświadczył w trakcie rozprawy złożył ofertę niezgodną z wymaganiami określonymi w tabeli po 24 lipca 2018 roku.

Izba wskazuje, że Zamawiający podał, że oceniał oferty co do spełnienia wymagań przedmiotowych zgodnie z wymaganiami zawartymi w tabeli z dnia 24 lipca 2018 roku. Podkreślenia wymaga, że oferta Neoxim jest niezgodna z SWIZ ukształtowanej po 24 lipca 2018 roku, co przyznał w trakcie rozprawy Neoxim. Argumentacja odnosząca się do wymiarów opraw jaką podniósł Zamawiający, a mianowicie – *po dyskusji ustalono, że gdy istnieje różnica wymiarów, do tych określonych w dokumentacji dot. opraw natynkowych, to nie ma to znaczenia, bo można ją zamontować* nie może być oceniona przez Izbę pozytywnie. Taki sposób oceny ofert wskazuje na brak realizacji podstawowych i kluczowych założeń ustawy – wykonawca winien zaoferować przedmiot zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, a odstępstwa należy oceniać jako niezgodność kwalifikującą ofertę do odrzucenia. Pamiętać bowiem należy, że Zamawiający musi mieć możliwość porównania wielu ofert złożonych w postępowaniu, a to jest możliwe jedynie w przypadkach, gdy oferty te

odpowiadają przedmiotowo wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Taki sposób oceny oferty dokonywany przez Zamawiającego jest niedopuszczalny i niezgodny z ustawą, a stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie potwierdza również, że oferta Neoxim jest niezgodna z przedmiotem zamówienia wymagany w SIWZ.

Oferowany przez Neoxim przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego, co potwierdził sam Neoxim. Odwołujący wykazał w ocenie Izby w przedstawionym materiale – tabele w odwołaniu oraz opracowanie własne tabela przy piśmie – że Neoxim złożył ofertę nie odpowiadającą przedmiotowo, ani podstawowym wymaganiom SWIZ, ani tym po zmianach w dniu 24 lipca 2018 roku opisu technicznego w tabeli w pkt 6.2 projektu wykonawczego. Co więcej sam Zamawiający potwierdził wskazując na dowolny sposób oceny oferty tego wykonawcy, że oferta Neoxim nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Izby zaistniała podstawa z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zastosowała procedurę z art. 26 ust. 3 ustawy i wezwał wykonawcę Neoxim do złożenia dokumentów, których złożenia wymagał wraz z ofertą, następnie również wezwał w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionych dokumentów. Obowiązkiem Zamawiającego jest uzupełnienie brakujących dokumentów, prawidłowo zatem wezwał Zamawiający do uzupełnienia kart katalogowych jak również aktualnych Certyfikatów, których złożenia Zamawiający wymagał w punkcie III – *Dokumenty potwierdzające parametry techniczno-użytkowe opraw oświetleniowych*. W zakresie atestów PZH brak jest w ww. punkcie projektu wykonawczego ukształtowanego wymagania co do złożenia atestów PZH. Wskazana przez Odwołującego w trakcie rozprawy treść ze strony 16 projektu wykonawczego – *oprawy oświetleniowe LED przedstawione w ofercie do zamontowania w pomieszczeniach muszą (...) posiadać aktualne Certyfikaty i dopuszczenia – CE, PZH* nie stanowi wymagania złożenia tych dokumentów lecz zobowiązuje jedynie do oferowania przedmiotu zamówienia posiadającego atest PZH. Wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia atestów PZH było zatem nieprawidłowe, bowiem nie wymagał ich złożenia wraz z ofertą. Ocena jakiej dokonał Zamawiający w zakresie atestów PZH była prawidłowa, bowiem na podstawie innych dokumentów, kart katalogowych, stwierdził, że oferowane oprawy oświetleniowe posiadają atesty PZH. Natomiast brak uzupełnienia pozostałych dokumentów na wezwanie Zamawiającego, w tym przypadku, skutkuje odrzuceniem oferty Neoxim. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jednakże zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą dokonuje tej czynności tylko raz. Skoro więc Neoxim nie przedstawił wszystkich

wymaganych wezwaniem dokumentów, to w tym przypadku, bowiem były to dokumenty przedmiotowe, oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Neoxim nie przedstawił wszystkich kart katalogowych zgodnie z wymaganiami SIWZ (błędne oznaczenie w karcie powoduje, że karta ta nie została prawidłowo przedstawiona Zamawiającemu).

Odwołujący podnosił również, że przedstawione karty katalogowe dla części oferowanych opraw są skrajnie wadliwe. Izba podkreśla ponownie, że karty katalogowe - których złożenia Zamawiający wymagał w punkcie III – *Dokumenty potwierdzające parametry techniczno-użytkowe opraw oświetleniowych*, pkt 3 *Zamawiający żąda od wykonawców składających oferty do złożenia wraz z ofertą kart katalogowych potwierdzającymi dane techniczne opraw oświetleniowych* - winny były zostać załączone do oferty, natomiast z powodu ich niezłączenia Neoxim został wezwany do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Karty katalogowo zawierają sprzeczne wewnętrznie oświadczenia co do przedmiotu zamówienia jaki oferuje Neoxim Zamawiającemu, co również zauważył sam Zamawiający wzywając do ich wyjaśnienia. Niezgodności w kartach katalogowych w odniesieniu do kluczowych elementów wymaganych przez Zamawiającego, mając na uwadze, że ich zadaniem było potwierdzenie zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami Zamawiającego – jedynym w ofercie – nie może być ocenione inaczej jak niezgodność z SIWZ kwalifikująca ofertę do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Mając na uwadze, że dokumenty te pochodzą od podmiotów zewnętrznych, a wykonawca składający ofertę winien jest działać z należytą starannością (art. 355 kodeks cywilny) to nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, że sprzeczna wewnętrznie treść kart katalogowych jest wynikiem pomieszczenia stron przy skanowaniu. Niedochowanie staranności w kompletowaniu dokumentów nie może stanowić uzasadnienia dla oceny przedstawionych kart katalogowych, tym bardziej, że Neoxim poza wskazaniem strony internetowej nie wyjaśnił w jaki sposób złożone strony kart katalogowych zostały pomyłone i jak należało je przyporządkować, aby karty katalogowe uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy były prawidłowe. Takie twierdzenia stanowiłyby wyjaśnienie dające Zamawiającemu możliwość poprawy oferty w oparciu o posiadane dokumenty złożone przez Neoxim.

Zamawiający, dokonując oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, posiada uprawnienia wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i obowiązki jakie nakłada na niego ustawodawca – jednakże realizacja tych prerogatyw musi mieścić się w granicy obowiązującego przepisu prawa. Właśnie takim przepisem jest art. 87 ustawy, gdzie ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo ale i

nałożył na Zamawiającego obowiązek. W myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznej oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywaniu wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty, czyli to, co było w niej zawarte na moment złożenia i otwarcia ofert. Zamawiający wyjaśnia zatem te elementy oferty, które są mu znane, są w ofercie zawarte. Sama instytucja wyjaśnienia treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji dotyczących treści zawartych w ofercie, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Uprawnienie Zamawiającego żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2 ustawy. Istotnym i znamienym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wezwał Neoxim do złożenia wyjaśnień (pismo z 13 września 2018 roku) kart katalogowych, bowiem co zostało wskazane przez Zamawiającego w czasie rozprawy *karty katalogowe, które otrzymał Zamawiający w odpowiedzi na pismo z 28 sierpnia 2018r. były niezgodne, co do parametrów z wymaganiami Zamawiającego*. Jak wskazał Zamawiający w trakcie rozprawy Neoxim przesłał w odpowiedzi pismem z 14 września 2018 roku kartę katalogową Izar-2 oraz linki do stron internetowych. W ocenie Izby wyjaśnienia jakie poczynił Neoxim prowadziły do zmiany treści oferty, bowiem wykonawca ten zmienił jedną z kart katalogowych co do oznaczenia samego produktu, który został

zaoferowany Zamawiającemu. Należy podkreślić, że przedmiot zamówienia oferowany przez wykonawców w tym postępowaniu dekodowany był przez odczytywanie treści kart katalogowych, bowiem Zamawiający nie żądał żadnych innych dokumentów np.: formularza przedmiotowego. Tym samym podanie danych w karcie katalogowej, w tym odnoszących się do „Oznaczenia Typu” stanowiło element istotny oferty, a jego zmiana w wyjaśnieniach stanowiła nieuprawnioną zmianę treści oferty. Zamawiający wskazał na rozprawie, że *przejrzał ten link i karty katalogowe tam zawarte i uznał, że karty katalogowe są o parametrach wyższych spełniających warunki specyfikacji*. Takie postępowanie Zamawiającego jest nieuprawnione, niezgodne z zasadą pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy) prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również z zasadami równego traktowania wykonawców. Zamawiający po pierwsze, nie ma prawa oceniać oferty w oparciu o dokumenty, które miały być złożone wraz z ofertą zgodnie z wyraźnym żądaniem Zamawiającego, a których wykonawca nie złożył, a tylko odesłał do stron internetowych na których te dokumenty są zamieszczone. Po drugie, Zamawiający nie jest uprawniony do pozytywnej oceny oferty na podstawie dokumentów, które w zasadzie w tym przypadku stanowią ofertę, które nie były złożone wraz z ofertą i nie zostały prawidłowo uzupełnione na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy, a dopiero przedstawione i wskazane w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnieniu podlegają treści zawarte w ofercie, a samo wyjaśnienie nie może prowadzić do przedstawienia Zamawiającemu innych, nowych treści, nowych dokumentów, bowiem w takiej sytuacji dochodzi nie do wyjaśnienia czegoś co już było przedstawione w ofercie ale do złożenia nowego, niezawartego w ofercie oświadczenia. Podkreślić natomiast należy, że zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie i znajdującym odzwierciedlenie w doktrynie stanowiskiem wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej zmieniać, rozszerzać ani ograniczać. Izba wskazuje, że złożone po terminie otwarcia ofert wyjaśnienia mogą stanowić w swej istocie zmianę oferty i w konsekwencji nową ofertę – z takim przypadkiem mamy do czynienia w tej sprawie, bowiem sam Zamawiający podał, że karty katalogowo złożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów były niezgodne, co do parametrów z wymaganiami Zamawiającego – co w efekcie musi prowadzić do odrzucenia oferty z uwagi na zmianę jej treści. Jak uzasadnił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na*

ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...)W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)”. Należy tu również zwrócić uwagę za Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 Slovensko a.s.), że „dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Ponadto z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci. (...) Jednakże wskazany art. 2 nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Wskazany artykuł nie sprzeciwia się zatem również temu, by w ustawodawstwie krajowym istniał taki przepis, jaki jest przewidziany w art. 42 ust. 2 ustawy nr 25/2006, wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.” (oraz orzeczenie z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu – z pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej; orzeczenie z dnia 11 maja 2017 roku w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o. i Gama J. L. przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A. – z pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej; orzeczenie z dnia 29 marca 2012 roku w

sprawie C-599/10 ELV Slovensko a.s. i in. Przeciwno Urad pre verejne obstaravanie; orzeczenie z dnia 10 października 2013 roku w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser przeciwko Manova A/S).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Przyjmując te wyjaśnienia, które w zasadzie doprowadziły do zmiany treści złożonej oferty Neoxim Zamawiający nie wykonał żadnej czynności w odniesieniu do dokonania poprawy złożonej oferty i nie wykazał wykonania takich czynności w trakcie rozprawy. Zamawiający nie podał co w zasadzie poprawił w treści oferty, bowiem jak wynika ze stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie, Zamawiający po prostu przyjął „nowe” dokumenty - karty katalogowe, które w znaczącej części sam wydrukował ze stron internetowych podanych przez Neoxim. Zamawiający w sposób istotny zmienił treść oferty. Tym samym Zamawiający skompletował sam ofertę wykonawcy Neoxim i dokonał jej oceny, takie działanie Zamawiającego nie mieści się w przepisach ustawy, tym samym narusza jej postanowienia. Oferta Neoxim winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a nie kompletowana przez Zamawiającego. To nie Zamawiający składa ofertę w postępowaniu lecz wykonawca, a Zamawiający dokonuje jedynie jej oceny w granicach regulacji określonych ustawą oraz wymagań wynikających z SIWZ.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWIZ, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty, a nie tworzyć ją samemu. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać

zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 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. z 2018 r. poz. 972)

Przewodniczący:
