

WYROK
z dnia 15 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2019 r. przez wykonawcę PM Ecology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Katowicka Infrastruktura Wodociągowo – Kanalizacyjna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego PM Ecology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego PM Ecology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni na rzecz zamawiającego Katowicka Infrastruktura Wodociągowo – Kanalizacyjna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach kwotę **806 zł 00 gr** (słownie: osiemset sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Katowicka Infrastruktura Wodociągowo - Kanalizacyjna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Budowa systemu monitoringu sieci kanalizacyjnej w Katowicach”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 116-285574. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 30 września 2019 r. wykonawca PM Ecology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania jako nieodpowiadającej treści SIWZ, mimo, że na obecnym etapie Postępowania brak jest podstaw do uznania, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenia nie posiadają parametrów określonych dla nich w SIWZ, gdyż dokumenty potwierdzające posiadanie określonych parametrów przez urządzenia zgodnie z SIWZ miały być przedstawione dopiero przez wykonawcę najwyżej ocenionego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania i uznanie, że brak wskazania przez Odwołującego w formularzu ofertowym urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków z podaniem nazwy producenta oraz modelu stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ,
3. art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zastosowania przez Zamawiającego względem Odwołującego procedury wyjaśnień treści oferty, mimo iż wyjaśnienia dotyczące nazwy producenta i modelu zaoferowanego urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, wobec niekwestionowania przez Zamawiającego faktu zaoferowania tego urządzenia w ofercie przez Odwołującego, nie mogłyby stanowić o prowadzeniu negocjacji pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym,
4. z ostrożności procesowej art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie usunięcia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, mimo, że brak wskazania

producenta i modelu urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków nie było istotne dla stwierdzenia posiadania przez oferowane urządzenia parametrów określonych w SIWZ dla tego urządzenia,

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 19 września 2019 roku, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 18 września 2019 roku, przeprowadzenie oceny oferty Odwołującego i w konsekwencji uzyskania przez nią najwyższej liczby punktów w rankingu ofert, wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wezwanie do przedstawienia próbki produktu i dokumentacji techniczno-ruchowej na potwierdzenie, że dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, a w dalszej kolejności przeprowadzenie testów zgodności próbki celem wykazania zgodności z wymaganiami Zamawiającego według procedury opisanej w OPZ oraz wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania. Jego oferta może być uznana za ofertę najkorzystniejszą, a sam Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Uchybienie, któremu Zamawiający nadaje rangę niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w rzeczywistości takim nie jest, a brak wskazania na tym etapie nazwy oferowanego produktu pozostaje bez znaczenia w kontekście zapisów SIWZ dotyczących procedury wyłaniania wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Odwołujący zwrócił uwagę jednocześnie, że mimo odrzucenia jego oferty nadal przysługuje mu status wykonawcy w postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący na wstępie przedstawił stan faktyczny sprawy. Wskazał m.in., iż jednym z elementów dostawy przewidzianej przez Zamawiającego w ramach realizacji zamówienia była dostawa 61 urządzeń/zestawów urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków. Podniósł, iż pierwotnie Zamawiający nie przewidywał podania przez wykonawcę nazw, modeli i oznaczeń oferowanych w ramach oferty urządzeń, co oznacza, że oceniając ich zgodność z treścią SIWZ bazował na oświadczeniu wykonawcy o zgodności oferowanych urządzeń z treścią SIWZ. Zamawiający nie wymagał również załączenia do oferty na tym etapie żadnych szczegółowych informacji, w tym kart katalogowych oferowanych urządzeń. Zamawiający przewidział natomiast przeprowadzenie testu urządzenia do pomiaru natężenia przepływu po terminie podpisania umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Testowaniu miało podlegać kompletne urządzenie do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, które wykonawca wskazał w ofercie. Odwołujący omówił następnie dokonane przez Zamawiającego w dniu 6

sierpnia 2019 r. modyfikacje treści SIWZ oraz części jej załączników. Zwrócił uwagę na zmianę w części VIII.7.3 SIWZ, Załącznika nr 6 do SIWZ oraz treści formularza ofertowego, gdzie dodano pkt 5 zawierający tabelę dotyczącą oferowanego urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków. Dalej Odwołujący przedstawił informacje o ofertach, które wpłynęły w postępowaniu oraz wskazał, iż Zamawiający w dniu 18 września 2019 roku podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, twierdząc, że wobec złożenia przez Odwołującego oferty z wykorzystaniem nieaktualnego wzoru formularza (sprzed modyfikacji SIWZ z dnia 8 sierpnia 2019 roku) i w konsekwencji nie wskazania informacji na temat oferowanych urządzeń/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego uznając, że jego oferta nie jest dotknięta wadą, jest w szczególności ofertą zgodną z SIWZ a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Zwrócił uwagę, iż główną tezę uzasadniającą odrzucenie oferty odwołującego jest zdanie: „Wykonawca stosując nieaktualny formularz, nie wskazał informacji dotyczących oferowanego urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, stanowiących element oferty i istotnych dla jej oceny pod kątem spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w Załączniku nr 6 do SIWZ, tj. w Opisie Przedmiotu Zamówienia.” Podniósł, iż zgodnie z treścią SIWZ i wymaganiami dotyczącymi formularza wykonawcy na tym etapie postępowania mieli jedynie wskazać w tabeli formularza ofertowego nazwę producenta i model urządzenia. Nie mieli natomiast podawać żadnych innych informacji dotyczących tego urządzenia. Na podstawie samych danych dotyczących producenta i modelu nie jest możliwe przeprowadzenie oceny zgodności pod kątem spełniania wymagań określonych w OPZ dla urządzeń. Wobec tego przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego pozbawiona jest podstawy faktycznej i prawnej. Odwołujący podkreślił, iż jedyne wymagane na tym etapie przez Zamawiającego informacje nie niosą za sobą wiedzy o parametrach urządzenia. Powołał się także na uzasadnienie wyroku KIO z dnia 29 stycznia 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 68/19.

Zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw do stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający co do zasady, nie wymagał ani przed modyfikacją SIWZ ani po niej, by wykonawcy załączali do oferty jakiegokolwiek dokumenty czy oświadczenia, które opisywałyby nie tylko oferowane urządzenia ale również posiadane przez nie parametry, tak by potwierdzić ich zgodność z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w OPZ i załącznikach do niego. Zamawiający wymagał natomiast, w zakresie urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, przeprowadzenia testów próbki oraz dostarczenia dokumentacji techniczno - ruchowej

urządzenia, ale dopiero po badaniu ofert i przyznaniu im punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert. Do tej pory Zamawiający bazował na oświadczeniu wykonawcy wyrażonym w pkt 6 ppkt 2 formularza ofertowego, w którym wykonawcy gwarantowali wykonanie całości zamówienia zgodnie z SIWZ, wyjaśnieniami do SIWZ oraz jego modyfikacjami. Zdaniem Odwołujący znajduje to potwierdzenie w opisie procedury odwróconej zgodnie z którą Zamawiający prowadził postępowanie.

Odwołujący wskazał, iż brak wypełnienia przez niego tabeli z pkt 5 formularza ofertowego, to jest zastosowanie starego wzorca formularza ofertowego, pozostaje dla oceny ofert i złożonego oświadczenia o wykonaniu zamówienia zgodnie z SIWZ w całym jego zakresie, w tym zgodnie z wymaganiami Zamawiającego co do parametrów urządzeń i oprogramowania określonych w OPZ i załącznikach do niego, bez znaczenia. W SIWZ Zamawiający wyraźnie określił, że badanie zgodności oferowanego urządzenia do pomiaru przepływu objętościowego ścieku będzie mieć miejsce na podstawie testu próbki produktu oraz badania dokumentacji techniczno-ruchowej urządzenia (próbki). Zamawiający bardzo konkretnie i jednoznacznie opisał procedurę testową urządzenia celem potwierdzenia spełniania parametru dotyczącego pomiaru prędkości przepływu ścieków oczyszczonych zgodnie z procedurą testową opisaną w pkt. 7.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 6 do SIWZ). Dodatkowo, wraz z próbką, Odwołujący miał dostarczyć Zamawiającemu dokumentację techniczno - ruchową tego urządzenia /zestawu urządzeń celem potwierdzenia posiadania przez urządzenie/zestaw urządzeń parametrów/wymagań wskazanych w pkt 2.1 i 2.2 Załącznika nr 1 do OPZ, czyli wymagań dla czujnika prędkości i wymagań dla czujnika poziomu. Nie jest zatem prawdą, zdaniem Odwołującego, stwierdzenie Zamawiającego zamieszczone w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, jakoby brak wskazania modelu i producenta danego urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków miał uniemożliwiać mu ocenę oferty i stwierdzić jej zgodność z OPZ w zakresie parametrów urządzenia. Same te informacje nie dawały Zamawiającemu żadnej wiedzy dotyczącej parametrów urządzenia, ani też tego czy urządzenia te są zgodne z wymaganiami wskazanymi w OPZ. Celem potwierdzenia tej zgodności Zamawiający przewidział test próbki i analizę dokumentów, jednak dopiero względem wykonawcy, który uzyskał najwyższą liczbę punktów podczas oceny ofert. Kryterium oceny ofert natomiast nie były parametry urządzeń, ale zaoferowana cena całkowita, okres gwarancji i czas realizacji.

Nieuzasadnione, zdaniem Odwołującego, jest traktowanie przez Zamawiającego okoliczności wykorzystania przez Odwołującego nieaktualnego formularza ofertowego jako sytuacji uzasadniającej odrzucenie oferty Odwołującego i to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czyli ofert, której treść nie odpowiada treści SIWZ. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2019 roku, sygn. akt 2642/18. Zauważył, że wskazanie

modelu i producenta urządzenia nie jest i nie może być traktowane jako potwierdzenie zakresu zobowiązania będącego przedmiotem oferty. Zgodnie z literalnym brzmieniem SIWZ, potwierdzeniem zakresu zobowiązania, czyli zgodności z parametrami opisanymi w OPZ, miał być test urządzenia oraz przedstawiona na tym etapie dokumentacja techniczno - ruchowa. Dalej wskazał on na orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2633/18 z dnia 10 stycznia 2019 roku. Zauważył, że Zamawiający na obecnym etapie postępowania nie może stwierdzić, czy Odwołujący zaoferował urządzenie zgodne z treścią SIWZ, czy też nie, czy zaoferowane urządzenie lub zestaw urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków odpowiada opisanemu w OPZ, a w szczególności w Załączniku nr 1 do OPZ. Nie stwierdziłby tego również w oparciu o samą nazwę urządzenia i jego producenta, szczególnie gdy jest ono autorskim rozwiązaniem wykonawcy i jego specyfikacja nie jest publicznie dostępna. Wskazał także na wyrok Izby z dnia 30 listopada 2018 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2343/18.

Dalej Odwołujący podniósł, iż zaoferował wszystkie wymagane przez Zamawiającego urządzenia i oprogramowanie w zakresie zgodnym z OPZ. Odwołujący oświadczył również w ofercie, że zapoznał się z treścią SIWZ i gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z SIWZ w terminie wskazanym w SIWZ. Wskazał również deklarowane i podlegające ocenie punktowej termin wykonania zamówienia oraz okres udzielonej gwarancji. Złożył również wypełniony formularz cenowy, dokonując wyceny poszczególnych dostaw, w tym w szczególności dostawy w zakresie urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków (wraz ze wskazanymi usługami) w wymaganej liczbie 61 kompletów. Dostarczył zatem Zamawiającemu wymaganej przez niego wiedzy wystarczającej do dokonania oceny punktowej oferty i przystąpienia do badania próbki i dokumentacji techniczno-ruchowej urządzenia celem zbadania ich zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Brak wskazania w formularzu ofertowym nazwy urządzenia i jego producenta, w kontekście przyjętego dla tego urządzenia w SIWZ sposobu badania jego zgodności z parametrami określonymi przez Zamawiającego w OPZ, pozostaje jedynie wymogiem formalnym, który nie może stanowić o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo, Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym co do niemożliwości zastosowania przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia treści oferty opisanej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i powołał się w tym zakresie na wyrok Izby z dnia 10 września 2018 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1546/18. Odwołujący wskazał, iż zaoferował w ofercie urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, zaś ich merytoryczna zgodność z wymaganymi parametrami, zgodnie z SIWZ, ma się odbyć dopiero względem oferty najwyższej ocenionej punktowo, a zatem nie stanowi naruszenia - ani prawa ani zapisów SIWZ - złożenie przez Zamawiającego wniosku do Odwołującego o wyjaśnienie w zakresie nazwy i producenta

zaoferowanego urządzenia. Treść oferty Odwołującego nie ulegnie przez to zmianie, gdyż nadal bez zmian pozostanie przedstawiony formularz cenowy i formularz ofertowy w zakresie elementów podlegających punktowanej ocenie. Nie zmieni to deklaracji Odwołującego zawartej w ofercie, ani nie będzie stanowił negocjacji pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym, bowiem nie zmienia zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Konkludując Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w SIWZ przewidział sekwencję wyboru oferty najkorzystniejszej, która zakładała w chwili składania oferty wycenę przedmiotu zamówienia oraz wskazanie innych parametrów podlegających punktowej ocenie oraz złożenie oświadczenia o realizacji umowy zgodnie z wymogami SIWZ. Na tym etapie Zamawiający nie przewidział mechanizmów umożliwiających mu stwierdzenie, że oferowane w ramach przedmiotu zamówienia urządzenia i licencje są zgodne z treścią SIWZ i parametrami opisanymi dla nich w OPZ i załącznikach do niego. Dopiero po przyznaniu punktów, wykonawca najwyżej oceniony miał przedstawić próbkę i dokumentację techniczno - ruchową urządzenia/zestawu urządzeń pomiaru prędkości przepływu ścieków oczyszczonych składających się z czujnika prędkości, czujnika poziomu, rejestratora oraz układu zasilania. Dopiero zatem na tym etapie Zamawiający mógłby stwierdzić, czy zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy jako nieodpowiadającej treści SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na marginesie Odwołujący podniósł, że w treści OPZ w pkt 7.2 Zamawiający wskazał, że „Wszystkie przewidziane do zamontowania/wykorzystania urządzenia pomiarowe oraz materiały podlegają zatwierdzeniu przez Zamawiającego z wyłączeniem urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu, które było testowane na etapie oceny ofert.” Jednoznacznie potwierdza to nie tylko fakt obligatoryjnego przeprowadzenia testów urządzeń w ramach przedstawionej próbki, ale również to, że ocena oferty, poza przyznaniem jej punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert, będzie realizowana podczas testów. Jednocześnie odnosząc się do przywołanego przez Zamawiającego w treści informacji o odrzuceniu oferty orzeczenia Izby (sygn. akt KIO 2110/18), Odwołujący podkreślił, że dotyczy ono innego stanu faktycznego niż istniejący w postępowaniu, przedstawiając w tym zakresie wyjaśnienie.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, również w sytuacji, gdyby uznać, że wymóg wskazania w formularzu ofertowym urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, nazwy producenta i modelu stanowił treść oferty. Zwrócił uwagę na treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i wskazał, iż skoro treść SIWZ zakłada udostępnienie urządzeń jako próbki w celu przeprowadzenia ich testu, a także przedstawienia dokumentacji ich dotyczącej celem potwierdzenia spełniania parametrów technicznych, a zatem nazwa, model, a także inne dane niż wymagane w pkt 5 tabeli

formularza ofertowego, mają być znane Zamawiającemu w toku postępowania, to trudno uznać, że wprowadzenie na tym etapie nazwy producenta i modelu do oferty mogłoby stanowić o zmianie jej treści. Urządzenia zostały bowiem zaoferowane, wycenione, a Odwołujący oświadczył, że są zgodne z SIWZ. Zastosowanie nieaktualnego formularza ofertowego pozostaje dla oceny oferty i jej treści bez znaczenia i wynika wyłącznie z omyłki Odwołującego co do treści aktualnego formularza ofertowego zamieszczonego na platformie na której prowadzone jest postępowanie.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zdaje się zakładać, że na podstawie nazwy producenta i modelu urządzenia jest w stanie określić jego parametry i zgodność z treścią OPZ. Tymczasem Zamawiający nie bierze pod uwagę, że oferowane urządzenie może być autorskim rozwiązaniem wykonawcy i wykonawca nie udostępnia jego dokumentacji publicznie. W szczególności dokumentacja oferowanego urządzenia nie jest dostępna w sieci Internet. W związku z tym nawet jakby nazwa urządzenia została podana w ofercie, zamawiający nie byłby w stanie na jej podstawie znaleźć dokumentacji potrzebnej do oceny zgodności urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu z wymaganiami SIWZ. Bez względu na podanie nazwy urządzenia w formularzu ofertowym, jedyną możliwością sprawdzenia zgodności parametrów urządzenia z wymaganiami zamawiającego jest zwrócenie się do Wykonawcy o dostarczenie dokumentacji techniczno-ruchowej urządzenia lub przebadanie próbki produktu. Samo to jednoznacznie i niepodważalnie wskazuje, że podanie nazwy producenta i modelu nie może być uznawane za element istotny treści oferty.

Zamawiający w dniu 10 października 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający przedstawił w piśmie stan faktyczny. Następnie odniósł się do zarzutów odwołania wskazując w szczególności, iż Odwołujący, w toku prowadzonego postępowania, nie kwestionował zmian postanowień SIWZ dokonanych przez Zamawiającego w dniu 8 sierpnia 2019 r. Zatem przed złożeniem oferty Odwołujący dysponował wiedzą na temat oczekiwań Zamawiającego i jako profesjonalista winien przygotować ofertę z należytą starannością. Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotowa zmiana SIWZ była następstwem wniosku Odwołującego, w konsekwencji którego Zamawiający przesunął obowiązek przeprowadzenia testów na okres poprzedzający zawarcie umowy. Jednocześnie Zamawiający wprowadził wymóg wskazania w ofercie oferowanego przez wykonawcę konkretnego urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, kluczowego z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia. Pochodną zaoferowania w ofercie konkretnego urządzenia/zestawu urządzeń jest żądanie przedłożenia go w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ale już jako próbki, celem oceny czy spełnia wymagania określone w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż poprzez

wskazanie w ofercie przez wykonawcę konkretnego urządzenia/zestawu urządzeń, Zamawiający jest w stanie stwierdzić, jakie urządzenie zostało zaoferowane, a w konsekwencji jakie urządzenie zostanie poddane ocenie. Zamawiający dodał, iż wprowadzenie zmian w SIWZ nastąpiło z uwzględnieniem potrzeb Zamawiającego do czego jest on uprawniony jako gospodarz postępowania (przywołał w tym zakresie wyrok KIO z dnia 8 maja 2017 r., sygn. akt KIO 729/17, wyrok K.IO z dnia 10 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1588/15, wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 969/16).

Następnie Zamawiający wskazał, iż okolicznością niebudzącą wątpliwości jest niezgodność oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SIWZ. Odwołujący złożył ofertę, której treść nie odpowiada wymogom Zamawiającego, przekładając formularz ofertowy, który nie zawierał merytorycznie istotnej informacji o oferowanym przez Wykonawcę urządzeniu/zestawie urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków. Podkreślił, że zgodnie z procedurą testową opisaną w pkt 7.1 OPZ testowaniu będzie podlegało kompletne urządzenie do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, składające się z czujnika prędkości oraz czujnika poziomu, celem potwierdzenia spełniania parametru dotyczącego pomiaru prędkości przepływu ścieków oczyszczonych. Stąd, w przypadku braku zaoferowanego w ofercie urządzenia/zestawu urządzeń niemożliwym jest dokonanie przez Zamawiającego skutecznego wezwania wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia próbki oraz dokumentacji techniczno-ruchowej (brak przedmiotu wezwania, tj. zaoferowanego urządzenia/zestawu urządzeń). Zamawiający dodał, iż Odwołujący informacji na temat oferowanego urządzenia/ zestawu urządzeń nie wykazał w jakimkolwiek innym dokumencie dołączonym do oferty, np. w drodze odrębnego oświadczenia woli.

W ocenie Zamawiającego, oświadczenie wykonawcy w zakresie informacji na temat urządzenia/zestawu urządzeń jest częścią oferty, którą pozostanie on związany na późniejszym etapie realizacji zamówienia. Zamawiający podkreślił, że jest to szczególnie istotne, zważywszy na zakres przedmiotu zamówienia zawarty w Załączniku nr 6 do SIWZ, obejmujący m.in. budowę Punktów Pomiarowych monitorujących sieć kanalizacyjną. Przedmiotowe zadanie obejmować ma dostawę oraz zabudowę 61 Punktów Pomiarowych objętościowego natężenia przepływu ścieków w istniejących studniach-komorach kanalizacyjnych. W tym przypadku każdy z Punktów Pomiarowych, by mógł być uznany za kompletny, winien posiadać: czujnik prędkości, czujnik poziomu, rejestrator, układ zasilania, konstrukcje wsporne, obudowę, okablowanie, akcesoria montażowe, materiały pomocnicze. Stąd w ocenie Zamawiającego szczególnie istotnym jest związanie się przyszłego wykonawcy rodzajem urządzenia/zestawu urządzeń już na etapie ofertowania, tak by realizacja zamówienia w oparciu o zaproponowane urządzenie spełniała oczekiwania Zamawiającego

związane z podniesieniem sprawności działania sieci kanalizacji sanitarnej, ogólnospławnej i deszczowej, zmniejszeniem kosztów eksploatacyjnych, skróceniem czasu lokalizacji i usuwania awarii oraz skutecznym zebraniem przydatnych danych wspierających Zamawiającego przy podejmowaniu decyzji inwestycyjnych w zakresie dalszej eksploatacji, remontów i rozbudowy sieć kanalizacyjnej.

W związku z powyższym Zamawiający, wobec oczywistej niezgodności treści oferty z SIWZ, był zobowiązany do jej odrzucenia, przyjmując za podstawę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (Zamawiający przedstawił wywód prawny w tym zakresie). Dalej wskazał, iż niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, wyłączając prawną możliwość poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podniósł m.in., iż nie jest dopuszczalnym zmiana oferty przez uzupełnienie oświadczenia którego brak w ofercie, a w złożonej ofercie brak jest oświadczenia Odwołującego w przedmiocie zaoferowanego urządzenia/zestawu urządzeń służących do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków (tabela pkt. 5 formularza ofertowego). Niedopuszczalnym jest wymaganie od Zamawiającego, by ten uzupełniał braki w ofertach wykonawców poprzez samodzielne ustalanie np. rodzaju urządzeń, które będą stanowić część zamówienia, a których wskazanie leży wyłącznie w gestii wykonawcy. Takie działanie nie tylko stanowiłoby przekroczenie kompetencji Zamawiającego, ale również stałoby w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Ponadto, w odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z przepisu tego wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. W niniejszej sytuacji nie sposób nie uznać, że wprowadzenie zmiany do oferty poprzez wskazanie urządzenia, które mogłoby być zastosowane przy budowie 61 Punktów Pomiarowych, a tym samym uzupełnienia oświadczenia woli Odwołującego, byłoby zmianą istotną, naruszającą równowagę stron w postępowaniu. Zmiana taka nie jest dopuszczalna też przez samego Odwołującego, co stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści oferty po terminie jej złożenia. Nieuwzględnienie jednego z kluczowych wymogów Zamawiającego, wprowadzonych do SIWZ na skutek wniosku Odwołującego, należy potraktować jako błąd istotny Odwołującego, który nie stanowi ani omyłki pisarskiej też omyłki rachunkowej, czy innej omyłki uzasadniającej samodzielną poprawę przez Zaprawiającego. Wynika ona wyłącznie z niezachowania należytej staranności przez Odwołującego przy sporządzaniu oferty.

Za wadliwy Zamawiający uznał także pogląd Odwołującego, jakoby o braku podstaw do uznania oferty za niezgodną z SIWZ ma świadczyć m.in. brak żądania przez Zamawiającego dołączenia do oferty jakichkolwiek dokumentów czy oświadczeń, które opisywałyby oferowane urządzenie, co uniemożliwia ocenę parametrów technicznych urządzenia. Zamawiający wskazał, iż oczekiwanie danych w przedmiocie urządzenia wyraził już na etapie modyfikacji

warunków zamówienia wprowadzając m.in. zmiany do formularza ofertowego. Nieprawdą jest, jak to wskazuje Odwołujący (m.in. str. 5 odwołania), że zakresem żądania Zamawiającego objęta jest wyłącznie nazwa producenta i modelu, albowiem oczekiwaniem Zamawiającego było przede wszystkim wskazanie urządzenia, co Odwołujący konsekwentnie pomija w treści Odwołania. Zamawiający wskazał, iż z drugiej strony brak było podstaw prawnych na tym etapie postępowania, by żądać od wykonawców innych dokumentów lub oświadczeń aniżeli wymagane. Pochodną zaoferowanego w ofercie konkretnego urządzenia/zestawu urządzeń jest żądanie przedłożenia go w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (tj. na drugim etapie postępowania), ale już jako próbki, celem oceny czy zaoferowane przez wykonawcę urządzenie/zestaw urządzeń spełnia wymagania określone w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Poprzez wskazanie w ofercie przez wykonawcę konkretnego urządzenia/zestawu urządzeń Zamawiający jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, jakie urządzenie zostało zaoferowane, a w konsekwencji, jakie urządzenie będzie poddane ocenie w kolejnym etapie postępowania.

Zamawiający wskazał również, iż w sytuacji objętej starem faktycznym sprawy nie zachodzi podstawa do zwrócenia się przez Zamawiającego do Odwołującego o wyjaśnienia treści oferty, przyjmując za podstawę art. 87 ust 1 Pzp. To wykonawca odpowiedzialny był za przygotowanie oferty i to po jego stronie, jako podmiotu profesjonalnego, leżało dołożenie należytej staranności przy tej czynności. Niedopuszczalnym jest wymaganie od Zamawiającego, by ten uzupełniał braki czy niedokładności w złożonej ofercie poprzez wskazanie urządzeń/zestawu urządzeń służących do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków. Takie działanie nie tylko stanowiłoby przekroczenie kompetencji Zamawiającego, ale również stałoby w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Zamawiający wskazał, że drugi z wykonawców przedłożył ofertę w pełni zgodną z wymogami Zamawiającego, zawierającą informacje o oferowanym urządzeniu/zestawie urządzeń. Zamawiający podkreślił, iż każdy z wykonawców mógł powziąć wiedzę na temat zmiany SIWZ już od dnia 8 sierpnia 2019 r. oraz dysponował takim samym długim okresem na poprawne przygotowanie oferty celem jej przedłożenia do dnia 05 września 2019 r. Zatem Zamawiający uznał za całkowicie chybiony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający zakwestionował również tezę Odwołującego o nieuwzględnieniu przez Zamawiającego ewentualnych urządzeń, które stanowią autorskie rozwiązania wykonawcy. Pogląd ten jest błędny i wynika z braku zapoznania się w sposób dostateczny z warunkami zamówienia, w szczególności opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Załączniku nr 6 do SIWZ. W warunkach tych Zamawiający nie zawarł tego typu wyłączenia, wymagając jedynie

by „Zastosowane urządzenia nie mogą być prototypami, muszą być fabrycznie nowe, pozbawione jakichkolwiek wad. Dostarczone materiały i urządzenia muszą posiadać atesty i certyfikaty, być oznaczone znakiem CE, muszą być dopuszczone do stosowania na terenie Polski oraz muszą odpowiadać pod względem technicznym warunkom miejsca zabudowy. Wszystkie dostarczone urządzenia muszą posiadać autoryzowany serwis na terenie Polski. Przy doborze zastosowanych urządzeń oraz materiałów należy ograniczyć do minimum różnorodności rozwiązań, typów urządzeń oraz ilości producentów” (pkt 7 Załącznika nr 6 do SIWZ).

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

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnienia jej treści oraz dokonane modyfikacje, informację z otwarcia ofert, ofertę Odwołującego, pismo Zamawiającego z dnia 18 września 2019 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz informację z dnia 19 września 2019 r. o unieważnieniu postępowania. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych (odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 października 2019 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem III.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest budowa systemu monitoringu sieci kanalizacyjnej w Katowicach, w tym m.in. budowa 61 Punktów Pomiarowych objętościowego natężenia przepływu ścieków.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został opisany w załączniku nr 6 do SIWZ (pkt III.4). Punkt 5.3. OPZ dotyczył budowy Punktów Pomiarowych objętościowego natężenia przepływu ścieków. Wskazano tam m.in., iż ww. zadanie obejmować ma dostawę oraz

zabudowę 61 Punktów Pomiarowych objętościowego natężenia przepływu ścieków w istniejących studniach-komorach kanalizacyjnych, zlokalizowanych w miejscach wskazanych w „Wykazie punktów pomiarowych”. W punkcie 5.3.2 OPZ określono szczegółowy zakres dostaw, gdzie wskazano, iż w skład każdego Punktu Pomiarowego wchodzi: czujnik prędkości, czujnik poziomu, rejestrator, układ zasilania, konstrukcje wsporne, obudowy, okablowanie, akcesoria montażowe, materiały pomocnicze.

W punkcie VIII.12 SIWZ Zamawiający wskazał, iż przewiduje zastosowanie procedury określonej w art. 24aa ustawy Pzp (tzw. „procedura odwrócona”).

W punkcie XV.1 SIWZ wskazano, iż kompletna oferta musi zawierać m.in. wypełniony formularz ofertowy sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ (pkt 1) oraz wypełniony formularz cenowy sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ (pkt 2).

W pkt XVIII SIWZ Zamawiający przedstawił kryteria oceny ofert, którymi były cena (waga 60%), okres udzielonej gwarancji (20%), termin wykonania zamówienia (20%).

W pierwotnym brzmieniu SIWZ Zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów przedmiotowych mających potwierdzać spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego. W treści formularza ofertowego należało wskazać informacje o cenie, terminie wykonania zamówienia oraz okresie udzielanej gwarancji. W formularzu cenowym należało podać m.in. cenę jednostkową i łączną wartość dla pozycji „Dostawa wraz z oprogramowaniem oraz montaż urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków wraz z renowacją studni - komory kanalizacyjnej, wymianą włazu, zabezpieczeniem, robotami towarzyszącymi, testami urządzeń, kalibracją oraz wizualizacją w systemie SCADA.”

W załączniku nr 6 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia („OPZ”) Zamawiający wskazał m.in. parametry kontrolowane dla urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków. W pkt 7.1. OPZ wskazano m.in., iż w ramach weryfikacji rozwiązań zaproponowanych przez wykonawcę, przed rozpoczęciem realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do dostarczenia, zamontowania i uruchomienia, do testów, jednego kompletnego urządzenia do pomiarów objętościowego natężenia przepływu ścieków, zgodnego ze złożoną ofertą. Testowaniu będzie podlegało kompletne urządzenie do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, które Wykonawca wskazał w ofercie. Wskazano także, iż w przypadku, gdy podczas testów urządzenie uzyskania wyniku negatywny, wykonawca proponuje inne rozwiązanie lub urządzenie zgodne ze Specyfikacją Techniczną, które również będzie podlegało w/w testom oraz zatwierdzeniu materiałowemu.

W załączniku nr 1 do OPZ (Specyfikacja techniczna urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków w kanalizacji grawitacyjnej) wskazano

niezbędne do spełnienia przez ww. urządzenie parametry, podkreślając, że brak ich spełnienia zobowiązuje wykonawcę do wymiany wszystkich zamontowanych urządzeń na zgodne ze specyfikacją.

W toku postępowania Odwołujący zadał pytanie do treści SIWZ, zawierające prośbę o przeprowadzenie testów urządzenia do pomiaru przepływu w ramach prowadzenia postępowania, przed podpisaniem umowy. W uzasadnieniu Odwołujący zwrócił uwagę m.in., iż standardem jest testowanie urządzeń w ramach prowadzonego postępowania, a nie po podpisaniu umowy, co umożliwi Zamawiającemu w przypadku nie przejścia testów przez jednego z wykonawców, rozpocząć testy urządzeń kolejnych oferentów. Zwrócił także uwagę na brak możliwości złożenia oferty w przypadku utrzymania wymogu przeprowadzenia testów po podpisaniu umowy, tj. po wniesieniu zabezpieczenia jej wykonania, z uwagi na trudności z pozyskaniem w takim przypadku gwarancji w formie poręczenia bankowego.

W konsekwencji powyższego pytania, Zamawiający w dniu 6 sierpnia 2019 r. dokonał modyfikacji zapisów SIWZ w zakresie dotyczącym spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, opisu przedmiotu zamówienia, w tym przeprowadzenia testów urządzeń pomiaru. W dniu 8 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował o powyższym wykonawców, zamieszczając na stronie internetowej zmodyfikowaną treść SIWZ, Załącznik nr 1 do SIWZ - Formularz ofertowy, OPZ (Załącznik nr 6 do SIWZ), Załącznik nr 1 do OPZ. Zamawiający w piśmie informującym o modyfikacjach wskazał także szczegółowe nazwy plików odpowiednie dla ww. dokumentów. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawców o zmianie terminu składania i otwarcia ofert z 19 sierpnia 2019 r. na 5 września 2019 r.

Zgodnie ze zmienionym brzmieniem pkt VIII.7.3) SIWZ Zamawiający wezwie przed udzieleniem zamówienia wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów, celem wykazania, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w załączniku nr 6 do SIWZ, tj. w OPZ:

- a) próbka, tj. kompletne urządzenie/zestaw urządzeń składające się z czujnika prędkości oraz czujnika poziomu, celem potwierdzenia spełnienia parametru dotyczącego pomiaru prędkości przepływu ścieków oczyszczonych zgodnie z procedurą testową opisaną w pkt 7.1 OPZ;
- b) dokumentacja techniczno-ruchowa urządzenia/zestawu urządzeń (próbki), które zostaną poddane testowaniu, celem potwierdzenia posiadania parametrów/wymagań wskazanych w pkt 2.1 i 2.2 Załącznika nr 1 do OPZ.

Zamawiający wprowadził także zmianę w treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, dodając pkt 5 o treści „W ramach przedmiotu zamówienia oferujemy dostarczenie następującego urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków” oraz tabelę, w której należało wskazać: urządzenie, producenta oraz model.

Zgodnie ze zmienionym brzmieniem pkt 7.1 OPZ testowaniu będzie podlegało kompletne urządzenie do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, które Wykonawca dostarczy w ramach postępowania przetargowego. Zamawiający usunął postanowienia odnoszące się do konieczności zaproponowania innego rozwiązania lub urządzenia w przypadku, gdy podczas testów urządzenie uzyskania wynik negatywny.

W załączniku nr 1 do OPZ (Specyfikacja techniczna urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków w kanalizacji grawitacyjnej) Zamawiający pozostawił postanowienie, że brak spełnienia określonych tam parametrów zobowiązuje wykonawcę do wymiany wszystkich zamontowanych urządzeń na zgodne ze specyfikacją.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego z ceną 7 243 347,00 zł brutto, 72-miesięcznym okresem gwarancji oraz terminem wykonania zamówienia wynoszącym 16 miesięcy oraz oferta BMsonic – Biotechnika s.c. z siedzibą w Łomiankach z ceną 8 614 526,40 zł brutto, 36-miesięcznym okresem gwarancji i terminem wykonania zamówienia wynoszącym 16 miesięcy. Odwołujący wraz z ofertą złożył formularz ofertowy nie zawierający dodanej na skutek modyfikacji treści SIWZ z dnia 6 sierpnia 2019 r. tabeli w pkt 5 formularza, w której należało wskazać oferowane przez wykonawców urządzenie/zestaw urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, z podaniem nazwy, producenta oraz modelu urządzenia/zestawu urządzeń. Powyższe dane nie znalazły się także w żadnym innym dokumencie złożonym wraz z ofertą.

Pismem z dnia 18 września 2019 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, iż w dniu 8 sierpnia 2019 r. poinformował wykonawców o modyfikacji treści SIWZ, w tym o zmianie terminu składania ofert na dzień 5 września 2019 r. Jednocześnie Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej zmodyfikowaną SIWZ, Załącznik nr 1 do SIWZ formularz ofertowy, Opis Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) oraz Załącznik nr 1 do OPZ. Wskazał, iż zmodyfikowany formularz ofertowy zawierał w pkt 5 wymóg wskazania zaoferowanego przez wykonawcę urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, z podaniem nazwy, producenta oraz modelu urządzenia/zestawu urządzeń. Wyjaśnienia i modyfikacje były wiążące dla wszystkich wykonawców. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w dniu 2 września 2019 r. za pośrednictwem miniPortalu przekazał

Zamawiającemu plik o nazwie *Oferta PM Ecology.zip*. W toku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie wskazał w ofercie urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, które oferuje. Nadmienił, że powyższe informacje nie zostały również wskazane np. odrębnym oświadczeniem woli złożonym wraz z ofertą. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z pkt XV.2 SIWZ treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Wykonawca stosując nieaktualny formularz, nie wskazał informacji dotyczących oferowanego urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, stanowiących element oferty i istotnych dla jego oceny pod kątem spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w załączniku nr 6 do SIWZ, tj. OPZ. Zamawiający podkreślił również, że brak wymaganych informacji w ofercie nie podlega uzupełnieniu ani wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w opisanym przypadku prowadziłoby to do niedozwolonych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym w zakresie treści złożonej oferty. Wskazał ponadto, iż powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w wyroku KIO z dnia 31 października 2018 r. sygn. akt KIO 2110/18, którego fragment przytoczył.

Pismem z dnia 19 września 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, iż cena jedynej ważnej oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie stwierdzając nieprawidłowości w czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

Odwołujący upatrywał naruszenia ww. przepisu w dwóch aspektach: po pierwsze w braku podstaw do uznania, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenia nie posiadają parametrów określonych dla nich w SIWZ, gdyż dokumenty potwierdzające posiadanie określonych parametrów przez urządzenia zgodnie z SIWZ miały być przedstawione dopiero przez wykonawcę najwyżej ocenionego, a po drugie w uznaniu przez Zamawiającego, że brak wskazania przez Odwołującego w formularzu ofertowym urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków z podaniem nazwy producenta oraz modelu stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

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

Jak wskazuje się konsekwentnie w orzecznictwie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiącym, 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. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź 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 ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 346/18).

Podkreślić należy, że to zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty - poza potwierdzeniem ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia - podania konkretnych parametrów, np. nazwy, modelu, producenta, pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności (por. m.in. wyrok KIO z 26 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 672/19). Dodać należy, że aby stwierdzić ewentualną niezgodność oferty z treścią SIWZ musi być możliwe ustalenie w sposób jednoznaczny na czym ta niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie wykonawcy nie odpowiada konkretnym wymogom wyrażonym w SIWZ.

W rozpoznawanej sprawie okolicznością bezsporną było dokonanie przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia zmian w treści SIWZ

dotyczących kwestii zidentyfikowania oferowanego urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków oraz przeprowadzenia oceny zgodności tego urządzenia/zestawu urządzeń z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Ustalona treść SIWZ po modyfikacjach z dnia 6 sierpnia 2019 r. (opublikowanych 8 sierpnia 2019 r.) zawierała m.in. wymóg wskazania w formularzu ofertowym (pkt 5) urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, jakie wykonawca ofertuje wraz z podaniem jego producenta oraz modelu. Zamawiający określił także w SIWZ dokumenty przedmiotowe, jakich wymagał będzie od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyższej oceniona, celem wykazania, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ - dokumentami tymi była próbka kompletnego urządzenia/zestawu urządzeń i dokumentacja techniczno - ruchowa tego urządzenia. Powyższe zmiany nie były kwestionowane przez żadnego z wykonawców.

Również bezsporna była okoliczność, że Odwołujący złożył formularz ofertowy, który nie zawierał tabeli z opisem oferowanego urządzenia dodanej do jego treści na skutek modyfikacji z dnia 6 sierpnia 2019 r. Jak przyznał sam Odwołujący, posłużył się on nieaktualną wersją formularza ofertowego (sprzed ww. zmiany treści SIWZ). Odwołujący w żadnym innym miejscu oferty nie wskazał także jakie urządzenie/zestaw urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków oferuje ani nie określił jego modelu i producenta.

W tym stanie rzeczy, nie budziło wątpliwości Izby, iż brak wskazania przez Odwołującego w formularzu ofertowym urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków z podaniem nazwy, producenta oraz modelu, stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a konkretniej z wymaganiem Zamawiającego wynikającym z punktu 5 formularza ofertowego. Niezgodności oferty z treścią SIWZ – wbrew stanowisku Odwołującego - nie można sprowadzać wyłącznie do płaszczyzny związanej z oceną parametrów oferowanego produktu. Niezgodność taką stanowić może także nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w zakresie wymaganym przez zamawiającego, co miało miejsce w przedmiotowym przypadku. Podkreślić należy, że żądanie wskazania urządzenia, modelu i producenta w treści oferty wynikało z jednoznacznego, niebudzącego wątpliwości, wymagania zawartego w SIWZ, które to wymaganie nie było przez Odwołującego ani innych wykonawców w żaden sposób kwestionowane. Odwołujący nie wskazywał także przed terminem składania ofert na jakiegokolwiek nieścisłości w treści dokumentacji postępowania, na które zwracał uwagę w postępowaniu odwoławczym. Nadmienić jedynie należy, że dla oceny zarzutów odwołania irrelewantne pozostaje brzmienie postanowień SIWZ obowiązujące przed dokonaniem modyfikacji z dnia 6 sierpnia 2019 r., Izba bowiem dokonuje kontroli czynności Zamawiającego na gruncie postanowień SIWZ ostatecznie ukształtowanych w postępowaniu.

Nie sposób przyznać racji Odwołującemu, że brak wypełnienia przez niego tabeli w pkt 5 formularza ofertowego pozostaje bez znaczenia dla oceny ofert. Brak oświadczenia o tym, jakie urządzenie Odwołujący oferuje (nazwa, model, producent), spowodował, że Zamawiający nie był w stanie zidentyfikować produktu będącego przedmiotem oferty Odwołującego, tj. nie mógł stwierdzić jakie urządzenie/zestaw urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków Odwołujący chciał zaoferować, a w konsekwencji nie mógł stwierdzić, jakie urządzenie będzie poddane ocenie w kolejnym etapie postępowania, podczas testów. Słusznie wskazywał Zamawiający, iż wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia są związani ofertą, a zatem także tym, jaki przedmiot zamówienia zaoferowali. Pomiędzy wskazaniem oferowanego urządzenia w treści oferty, a składanymi następnie na wezwanie Zamawiającego dokumentami przedmiotowymi zachodzi ścisły związek. Dokumenty te, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mają potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Celem ich złożenia jest zatem potwierdzenie przez wykonawcę, że oferowane dostawy spełniają wymagania wynikające z SIWZ. Przepis odnosi się bezpośrednio do „oferowanych dostaw” czyli tych produktów, które zidentyfikowano w ofercie (jeśli SIWZ wymagała takiej identyfikacji). Analogicznie do „oferowanej dostawy” odnosi się postanowienie z pkt VIII.7.3) SIWZ precyzujące, jakie dokumenty przedmiotowe (próbka oraz DTR) należy złożyć na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego. Nie budziło żadnych wątpliwości Izby, że próbka, jaka zgodnie z pkt VIII.7.3) SIWZ miała zostać złożona przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, miała być próbką tego urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, które wskazano w formularzu ofertowym. Nie jest zatem zasadne stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie, że na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogli złożyć próbkę innego niż wskazane w ofercie urządzenia - powyższe nie znajduje oparcia w treści dokumentacji postępowania.

Za chybione Izba uznała stanowisko Odwołującego, jakoby podanie konkretnych informacji dotyczących urządzenia na etapie składania oferty nie było potrzebne, ponieważ urządzenie podlegać miało badaniu dopiero na dalszym etapie. Takie podejście wypacza sens i cel żądania Zamawiającego zidentyfikowania przez wykonawców urządzenia do pomiaru już w ofercie. Akceptacja stanowiska prezentowanego przez Odwołującego mogłaby prowadzić do sytuacji, w której treść oferty byłaby uzupełniana i precyzowana na dalszym etapie postępowania, po upływie terminu składania ofert. Tego rodzaju działanie w zakresie odnoszącym się do urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, stanowiłoby w ocenie Izby istotną zmianę treści oferty, która na podstawie przepisów ustawy Pzp jest niedopuszczalna.

Odwołujący błędnie wskazuje, że podanie modelu i producenta urządzenia nie jest i nie może być traktowane jako potwierdzenie zakresu zobowiązania będącego przedmiotem oferty. W istocie jest wręcz przeciwnie - to właśnie wskazanie urządzenia (jego nazwy), modelu oraz producenta konkretyzuje zakres świadczenia wykonawcy, które ma zostać dostarczone Zamawiającemu w rezultacie udzielenia zamówienia. Badanie dokumentów przedmiotowych przez Zamawiającego ma na celu jedynie potwierdzenie, że zidentyfikowany w ofercie, konkretnie wskazany, produkt spełnia wymagania wynikające z treści SIWZ. Nie jest tak, jak wskazuje Odwołujący, że dopiero na tym etapie Zamawiający może poznać, jakie urządzenie jest przedmiotem oferty. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wymaga zidentyfikowania urządzenia w ofercie, czyli do upływu terminu składania ofert, a nie po tym terminie. Na powyższą ocenę w żaden sposób nie wpływa podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że potwierdzeniem zakresu zobowiązania, czyli zgodności z parametrami opisanymi w OPZ, miał być test urządzenia oraz przedstawiona na tym etapie dokumentacja techniczno - ruchowa. Test złożonej próbki oraz weryfikacja DTR miał, co wynika wprost z SIWZ, służyć potwierdzeniu zgodności parametrów urządzenia z wymaganiami wskazanymi w OPZ, a nie identyfikacji tego urządzenia, która miała nastąpić już w ofercie.

Nie można zgodzić się także z Odwołującym, że skoro nazwa, model, a także inne dane niż wymagane w pkt 5 tabeli formularza ofertowego, mają być znane Zamawiającemu w toku postępowania, to wprowadzenie na tym etapie nazwy producenta i modelu do oferty nie mogłoby stanowić o zmianie treści oferty, urządzenia zostały bowiem zaoferowane, wycenione, a Odwołujący oświadczył, że są zgodne z SIWZ. Odwołujący pomija okoliczność, iż Zamawiający - pomimo precyzyjnego wymogu wynikającego z SIWZ co do wyspecyfikowania w ofercie proponowanych urządzeń - nie posiada żadnej wiedzy, jaki produkt Odwołujący zamierzał zaoferować i zaoferował. Odwołujący pozbawił Zamawiającego możliwości poznania przedmiotu świadczenia i jego skonfrontowania chociażby z ceną wskazaną za dostawę i montaż urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków w formularzu cenowym. Co więcej, mając na uwadze, że okoliczność jakie zaoferowano urządzenia jest znana wyłącznie Odwołującemu, należy wskazać, że Zamawiający - gdyby wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów przedmiotowych - nie byłby w stanie w ogóle ustalić czy Odwołujący przedstawił próbkę oraz DTR tego samego urządzenia, które brał pod uwagę składając ofertę i kalkulując jej cenę.

Odwołujący błędnie także podnosił, iż na obecnym etapie Zamawiający powinien przeprowadzić ocenę ofert tylko pod kątem ustalonych kryteriów oceny. W procedurze odwróconej, która miała zastosowanie w przedmiotowej sprawie, zamawiający co do zasady najpierw sprawdza kwestię zgodności treści oferty z treścią SIWZ, a następnie dokonuje oceny ofert na podstawie kryteriów oceny. Dopiero w stosunku do najwyższej ocenionej oferty, ale

przed jej wyborem, zamawiający przeprowadza badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podleganie wykluczeniu z postępowania. Powyższe ma na celu przyspieszenie postępowania, bowiem Zamawiający dokonuje weryfikacji podmiotowej tylko tego wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Jeżeli zatem zamawiający, jeszcze przed dokonaniem oceny na podstawie kryteriów oceny ofert, stwierdzi niezgodność oferty wykonawcy z treścią SIWZ, to ma obowiązek ofertę taką odrzucić, z zastrzeżeniem art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - taka właśnie sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Nie oznacza to bynajmniej, że po dokonaniu oceny na podstawie kryteriów oceny ofert, zamawiający nie może oferty odrzucić, jeżeli ujawni się jakakolwiek podstawa przewidziana w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Wręcz przeciwnie, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę na każdym etapie postępowania, jeżeli zajdzie jedna z okoliczności wskazanych w ww. przepisie. W szczególności podstawa do odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może zmaterializować się po przeprowadzonej na kolejnym etapie postępowania weryfikacji spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, która następuje na podstawie złożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oświadczeń lub dokumentów (tzw. dokumentów przedmiotowych).

Bez znaczenia w ocenie Izby jest podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że na podstawie samych danych dotyczących urządzenia, producenta i modelu może nie być możliwe przeprowadzenie oceny zgodności pod kątem spełniania wymagań określonych w OPZ dla urządzeń oraz że Odwołujący oferował autorskie urządzenie. Przeprowadzenie oceny zgodności parametrów urządzenia nastąpić miało na podstawie składanych na dalszym etapie postępowania dokumentów przedmiotowych. Kluczowe w przedmiotowej sprawie jest to, że Odwołujący w ofercie nie sprecyzował w ogóle jakie urządzenie/zestaw urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków zamierza dostarczyć Zamawiającemu. Kwestia weryfikacji czy to urządzenie spełniałoby wymagania SIWZ jest kwestią wtórną, wobec faktu, że brak jest podstaw do ustalenia jakie miałyby to być urządzenia. Sam Odwołujący dopiero w postępowaniu odwoławczym wskazał, że oferował rozwiązania autorskie, co potwierdza, że na podstawie złożonej przez niego oferty nie była możliwa jakakolwiek identyfikacja jego oświadczenia woli w tym zakresie.

W ocenie Izby ustalenie treści oświadczenia Odwołującego co do zaoferowanego urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, stanowiącego przedmiotu dostawy, nie było możliwe w sposób nie naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, był to brak merytoryczny i nieusuwalny. Ww. oświadczenie stanowiło istotną treść oferty, która pozwalała Zamawiającemu na powzięcie wiedzy jakie urządzenie/zestaw urządzeń proponuje Odwołujący. Urządzenia te niewątpliwie stanowiły istotny element zamówienia, co potwierdza

choćby już sama liczba ww. urządzeń, które należało dostarczyć w ramach zamówienia (po jednym kompletnym urządzeniu dla 61 Punktów Pomiarowych) oraz fakt, że wartość dostawy i montażu tych właśnie urządzeń została wyceniona przez Odwołującego na prawie połowę wartości całkowitej zamówienia. Niedopuszczalne byłoby obecnie uzupełnianie oferty Odwołującego o to, jakie konkretnie urządzenie czy też zestaw urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków oferuje – działanie takie stanowiłoby niedozwoloną zmianę oferty po upływie terminu składania ofert.

Reasumując, Izba nie stwierdziła nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na fakt, iż „Wykonawca stosując nieaktualny formularz, nie wskazał informacji dotyczących oferowanego urządzenia/zestawu urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, stanowiących element oferty i istotnych dla jej oceny pod kątem spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w Załączniku nr 6 do SIWZ, tj. w Opisie Przedmiotu Zamówienia.” Ww. informacje konkretyzujące urządzenie będące przedmiotem dostawy stanowiły istotną, merytoryczną treść oferty, która niewątpliwie wpływała na ocenę oferty pod kątem spełnienia wymagań wskazanych w OPZ, gdyż ocenie tej podlegać miało właśnie to urządzenie i to ono miało zostać złożone jako próbka wraz z DTR, celem potwierdzenia spełnienia określonych przez Zamawiającego wymagań.

W tym stanie rzeczy zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała za bezpodstawne.

W konsekwencji niezasadny był także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Rozważając zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy przede wszystkim mieć na uwadze wspomniany już ustawowy zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty, rozumianych jako ustalenie właściwości oferowanego świadczenia w sposób odmienny od zobowiązania wykonawcy wyrażonego w pisemnej ofercie. W ocenie Izby wzywanie Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp sprowadzałoby się właśnie do niedopuszczalnego negocjowania treści oferty po terminie składania ofert.

Izba wskazuje, iż nie każda niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały. To na

wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym, spoczywa obowiązek szczegółowego zapoznania się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia i rzetelnego skonstruowania oferty w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ (por. m.in. wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r., sygn. akt KIO 2013/15, KIO 2018/15). W ocenie Izby w przedmiotowym przypadku żądanie złożenia wyjaśnień w spornym zakresie prowadzioby do niedopuszczalnych na gruncie ustawy Pzp negocjacji treści oferty i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ jest konsekwencją jego błędu, polegającego na oparciu się na dokumentacji postępowania bez uwzględnienia jej modyfikacji i zastosowania starej wersji formularza ofertowego, co stanowi okoliczność obciążającą wyłącznie Odwołującego. Przy przyjęciu przeciwnego stanowiska Odwołujący mógłby po upływie terminu składania ofert uzupełnić treść swojej oferty o informacje na temat oferowanego urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, których nie wskazał w ofercie, a wskutek tego z nieuzasadnionych powodów znalazłby się w sytuacji korzystniejszej od innych wykonawców. Stanowioby to zatem naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż Odwołujący miałyby więcej czasu od innych wykonawców na sprecyzowanie oferowanego urządzenia.

W ocenie Izby niemożliwe było również poprawienie treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zasadą jest, iż wykonawca, odpowiadając na ogłoszenie o zamówieniu, działa z zachowaniem należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i składa ofertę zawierającą świadome oświadczenie woli zgodne zamiarem obejmującym wykonanie zamówienia w określony w tej ofercie sposób. Uznanie niezgodności treści oferty z SIWZ za omyłkę stanowi zatem wyjątek od ogólnej zasady. Izba stoi na stanowisku, iż aby przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mógł znaleźć zastosowanie poprawienie omyłki musi mieścić się w ramach korekty możliwej dla Zamawiającego. Poprawienie oferty nie może prowadzić do dowolnego wypełnienia oświadczenia woli wykonawcy dodatkową treścią, co do której Zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji. Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w tworzeniu treści oferty, dlatego poprawienie omyłki jest uzasadnione wyłącznie w sytuacji, gdy możliwe jest wywiedzenie wyraźnej woli wykonawcy z treści oferty i nie może prowadzić do wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści.

Jak wskazano już powyżej, z żadnego ze złożonych wraz z ofertą dokumentów nie można było wywnioskować woli Odwołującego odnośnie tego, jakie urządzenie czy też zestaw urządzeń do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków zaoferował w postępowaniu. Poprawienie oferty Odwołującego we wskazanym zakresie, dodatkowo po przeprowadzeniu procedury wyjaśnień, bez których ustalenie intencji Odwołującego w ogólnie

nie jest możliwe, w ocenie Izby prowadziłyby ponadto do istotnej zmiany treści oferty. Tymczasem w ślad za wyrokiem Izby z dnia 11 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1248/18 wskazać należy, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawiania błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp za bezzasadny.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się także postawiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W przedmiotowym przypadku Izba oceniła jako prawidłowe działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Co więcej, to właśnie działanie przeciwne, w tym prowadzenie z Odwołującym procedury wyjaśnienia treści jego oferty i uzupełnienie jej o informacje dotyczące zaoferowanego urządzenia do pomiaru objętościowego natężenia przepływu ścieków, stanowiłoby naruszenie naczelnych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1 i 2 lit. a) i § 5 ust. 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 806 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników Zamawiającego na rozprawę.

Przewodniczący: