

WYROK
z dnia 28 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mariana Buronia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian Buroń w Bytomiu oraz MSA a.s. w Dolni Benesov, Republika Czeska** w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BROEN-ZAWGAZ sp. z o.o. w Suchym Lesie oraz Franz Schuck GmbH w Steinheim, Niemcy** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mariana Buronia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian Buroń w Bytomiu oraz MSA a.s. w Dolni Benesov, Republika Czeska** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mariana Buronia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian Buroń w Bytomiu oraz MSA a.s. w Dolni Benesov, Republika Czeska** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mariana Buronia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian Buroń w Bytomiu** oraz **MSA a.s. w Dolni Benesov, Republika Czeska** na rzecz **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie prowadzi postępowanie w wyniku zawartych umów ramowych o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem są dostawy fabrycznie nowych zaworów kulowych DN800 i DN700 wraz z napędami do zadań inwestycyjnych realizowanych przez GAZ-SYSTEM S.A.

W dniu 7 października 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mariana Buronia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian Buroń w Bytomiu oraz MSA a.s. w Dolni Benesov, Republika Czeska zwanych dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BROEN-ZAWGAZ sp. z o.o. w Suchym Lesie oraz Franz Schuck GmbH w Steinheim, Niemcy, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego;
- 2) zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego;
- 3) prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 4) zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej;

odwołujący wniósł w dniu 17 października 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- 3) naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp,
- 4) naruszenie przepisu art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp,

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że treść oferty złożonej przez przystępującego nie odpowiada treści SIWZ na zawarcie umowy ramowej (zmienionego następnie przez SIWZ dla oferty cząstkowej), gdyż zamawiający w pkt 3.2.3 Załącznika nr 1 do SIWZ na zawarcie umowy ramowej pt. opis przedmiotu zamówienia określił, iż dozwolone jest zastosowanie wyłącznie dwóch typów uszczelnień: uszczelnienia typu PMSS oraz uszczelnienia miękkiego z pierścieniem obrotowym. Wskazywał, że zamawiający zastrzegł,

iż w ramach uszczelnienia PMSS uszczelnienie miękkie musi posiadać własny system kompensacji siły docisku uszczelki do kuli (pkt 3.2.4 załącznika nr 1 do SIWZ na zawarcie umowy ramowej). Tymczasem z treści oferty złożonej przez przystępującego wynika, iż zaproponowane przez tych wykonawców gniazda uszczelniające nie odpowiadają warunkom określonym przez zamawiającego w SIWZ z tego względu, iż:

- a) zaprezentowany jako pierwszy w ofercie typ uszczelnienia SO (miękkie osadzenie) nie może być w ogóle zakwalifikowany jako uszczelnienie PMSS lub też jako uszczelnienie miękkie z pierścieniem obrotowym:
- b) podobnie również zaprezentowany jako drugi w ofercie typ uszczelnienia PMSS określony jako połączenie systemu SO (miękkie osadzenie) z dodatkowym stykiem metal do metalu nie spełnia określonych przez zamawiającego wymogów.
- c) również określony w ostatnim akapicie oferty opis uszczelnienia pn. Schuck PMSS nie odpowiada wymogom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ na zawarcie umowy ramowej ponieważ rozwiązanie to przewiduje, iż uszczelnienie miękkie nie będzie posiadać własnego systemu kompensacji, a funkcja uszczelnienia metal x metal realizowana będzie wyłącznie poprzez odkształcenie (ścisk) uszczelnienia miękkiego. Odwołujący wywodził, że potwierdzenia dla tych okoliczności dostarcza załączona do oferty karta charakterystyki materiału oraz certyfikat dekompresji (antywybuchowości) miękkiej uszczelki. Powoływał się także na konstrukcję gniazda uwidocznioną na stronie 18 oferty złożonej przez przystępującego i wywodził, że nie można wskazać elementu bądź układu kompensującego, który stanowiłby system kompensacji siły docisku miękkiej uszczelki do kuli.

Odwołujący podnosił także, że przystępujący nie załączył do oferty karty katalogowej uszczelki (dokładnego opisu uszczelnienia) dla każdego spośród proponowanych rozwiązań zgodnie z pkt 3.2.4 załącznika nr 1 do SIWZ na zawarcie umowy ramowej.

W dalszej treści odwołania odwołujący podnosił, że w toku postępowania doszło do naruszenia przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazu prowadzenia negocjacji z zamawiającym. Zwracał uwagę, że w ofercie złożonej przez przystępującego znalazły się sformułowania: „którego zatwierdzenie [projekt uszczelnienia PMSS] sugerowaliśmy firmie GAZ System w podmiotowym przetargu” oraz (str. 19) „wierzymy, że zyskamy aprobatę klienta i oczekujemy na jak najszybsze informacje z Państwa strony”. W oparciu o powyższe odwołujący wywodził, iż stwierdzenia te wskazują jednoznacznie, że przystępujący miał świadomość, iż oferowane przez niego rozwiązanie uszczelnienia nie spełnia wymogów SIWZ w pkt 3.2.4. i w związku z tym zwraca się do zamawiającego o wyrażenie zgody na akceptację zaproponowanego przez niego rozwiązania, a w konsekwencji na zmianę zapisów SIWZ. Wywodził, iż w świetle normy wyrażonej w przepisie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert, odstępować od jakichkolwiek wymagań ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ww. sposób został

przez zamawiającego naruszony również nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych w ofercie, nie zaś na podstawie wiedzy zamawiającego pozyskanej w inny sposób.

Odwołujący podnosił również, iż w ofercie złożonej przez przystępującego znajduje się opis różnych rozwiązań stosowanych przez firmę FRANZ SCHUCK GMBH bez wskazania, które spośród rozwiązań przystępujący proponuje w ramach niniejszego postępowania. Oferta ta jest zatem niedookreślona i nie wyraża stanowczej woli zawarcia umowy o definitywnie określonej treści.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty złożonej przez przystępującego;
- 4) dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ na zawarcie umowy ramowej, postanowienia SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku zawartych umów ramowych, ofertę złożoną przez przystępującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, w sytuacji gdy oferta złożona przez odwołującego została na

podstawie kryterium oceny ofert sklasyfikowana na drugim miejscu prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę, która została wybrana jako najkorzystniejsza prowadziłoby do uchylecia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący sprzeczności oferty złożonej przez przystępującego z SIWZ

Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do postanowienia pkt 3.2.3 Załącznika nr 1 do SIWZ na zawarcie Umowy Ramowej pt. opis przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzegł, iż *zawory kulowe powinny być wyposażone w system uszczelnienia PMSS (primary metal secondary soft) lub uszczelnienia miękkiego z pierścieniem obrotowym*. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, iż *w przypadku zaworów z uszczelnieniem PMSS nie dopuszcza się, aby uszczelnienie metaliczne było realizowane wyłącznie poprzez odkształcenie (ścisk) uszczelnienie miękkiego. Wymaga się aby uszczelnienie miękkie posiadało własny system kompensacji siły docisku uszczelki do kuli. Nie dopuszcza się aby uszczelka miękka uszczelnienie PMSS była wykonana z elastomeru* (pkt 3.2.4 Załącznika nr 1 do SIWZ na zawarcie Umowy Ramowej).

Na etapie postępowania o zawarcie umowy ramowej wpłynęło zapytanie od jednego z wykonawców, który wnosił o możliwość dopuszczenia przez zamawiającego, aby uszczelnienie metaliczne było realizowane wyłącznie przez odkształcenie (ścisk) uszczelnienia miękkiego, bez własnego systemu kompensacji siły docisku uszczelki do kuli. Na pytanie to, zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Zamawiający podtrzymuje wymagania w tym zakresie określone w pkt. 3.2.4 załącznika nr 1 do SIWZ -OPZ -D"* (strona 8 wyjaśnień Zamawiającego z dnia 07 grudnia 2010r. złożonych do treści SIWZ).

Zamawiający zawarł umowę ramową z przystępującym i odwołującym. W dniu 3 sierpnia 2011 r. zamawiający wystosował do przystępującego i odwołującego zaproszenie do złożenia oferty, przekazując jednocześnie SIWZ.

Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku zawartych umów ramowych zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ. Wskazał, iż pkt 3.2.4 otrzymuje brzmienie: „w przypadku zaworów z uszczelnieniem PMSS nie dopuszcza się, aby

uszczelnienie metaliczne było realizowane wyłącznie poprzez odkształcenie (ścisk) uszczelnienia miękkiego. Wymaga się aby uszczelnienie miękkie posiadało własny system kompensacji siły docisku uszczelki do kuli. Uszczelnienie miękkie musi być:

- odporne na dekompresję wybuchową przy ciśnieniach PN100 (klasa 600),
- odporne na własności fizyko-chemiczne przesyłanego gazu ziemnego i korozję cierną,
- odporne na starzenie w warunkach kilkudziesięcioletniej eksploatacji zaworu,

Materiał uszczelnienia miękkiego musi być tak dobrany, aby nie dochodziło do reakcji galwanicznych z powierzchnią kuli i z gniazdem zaworu.

Dodatkowo zamawiający zażądał złożenia wraz z ofertą dokładnego opisu uszczelnienia miękkiego przez podanie nazwy producenta i nazwy handlowej, składu chemicznego, twardości oraz innych parametrów charakteryzujących tworzywa sztuczne, a także certyfikatu (atest) antywybuchowości wystawionego na zastosowane uszczelnienie miękkie przez jednostkę trzecią lub producenta uszczelnienia.

Ustalono również, iż przystępujący złożył wraz z ofertą pismo z 4 lipca 2011 r. jako opis uszczelnienia miękkiego, oraz certyfikat próby wytrzymałości na szybką dekompresję gazową dla EnDura V91A oraz kartę charakterystyki materiału dla Endura V91A.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, powołując się na konstrukcję gniazda uwidocznioną na stronie 18 oferty przystępującego, iż nie można wskazać elementu bądź układu kompensującego, który stanowiłby system kompensacji siły docisku miękkiej uszczelki do kuli i wywodził, że zaprezentowana konstrukcja gniazda umożliwia uzyskanie uszczelnienia metalicznego wyłącznie poprzez odkształcenie (ścisk) uszczelnienia miękkiego. Wywodził, że potwierdzenia dla tych okoliczności dostarcza załączona do oferty karta charakterystyki materiału oraz certyfikat dekompresji (antywybuchowości) miękkiej uszczelki, albowiem brak było w ofercie przystępującego ww. dokumentów dla materiału kompensacyjnego.

Zamawiający w trakcie rozprawy wywodził, co potwierdził przystępujący, iż proces kompensacji siły docisku miękkiej uszczelki do kuli może być realizowany na kilka sposobów. Jeden ze sposobów odpowiadający rozwiązaniu zaoferowanemu przez odwołującego miał polegać na wykorzystaniu uszczelki miękkiej i dodatkowego materiału kompensacyjnego, jednakże możliwym było również zaoferowanie systemu kompensacji polegającego na rozwiązaniu, w którym uszczelnienie miękkie montowane jest elastycznym siedzisku, które pod wpływem ciśnienia w sposób kontrolowany odkształca się powodując uszczelnienie metaliczne. Wyjaśniał, iż przy niskim ciśnieniu uszczelnienie miękkie dociska do kuli, zaś przy wyższym ciśnieniu, gdy uszczelnienie miękkie traci możliwość ugięcia, działa system kompensacji w postaci odkształcającego się siedziska, natomiast przy jeszcze dalszym wzroście ciśnienia działa już uszczelnienie metal-metal. Powołując się na przedstawione

przez przystępującego w opisie uszczelnienia rysunki (rys. 6, 7, 8 i 9) wywodził, iż na poszczególnych elementach uszczelnienia występuje różny poziom naprężeń na materiale, a tym samym różna siła docisku uszczelnienia miękkiego i metalicznego. Podnosił, że o tym, iż kompensacja ma miejsce świadczy okoliczność, że z różną siłą odbywa się docisk uszczelnienia metalicznego oraz uszczelnienia miękkiego. Kompensacja uszczelnienia miękkiego odbywa się poprzez kontrolowane odkształcenie obsady pierścienia, na którym zamocowane jest uszczelnienie miękkie. Powołując się na załączone do opisu analizy numeryczne wyjaśniał, iż występuje zjawisko ugięć w przypadku wszystkich elementów, przede wszystkim metalowych, zaś przystępujący dysponuje technologią, dzięki której potrafi ten naturalnie występujący efekt wykorzystać do kompensacji w sposób kontrolowany.

Odwołujący w trakcie rozprawy po przedstawieniu stanowiska zamawiającego i przystępującego podnosił, że z przedstawionego przez przystępującego rysunku ideowego nr 11 na str. 18 nie sposób wykazać, że niezależna kompensacja siły docisku uszczelki do kuli realizowana jest przez odkształcenie siedziska metalowego uszczelki miękkiej, a przystępujący nie złożył wraz z ofertą ani w trakcie rozprawy żadnego opisu systemu kompensacji, na który wskazywał zamawiający.

Oceniając stan faktyczny ustalony w sprawie oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania Izba zważyła, że zamawiający w SIWZ nie wymagał złożenia wraz z ofertą szczegółowego opisu systemu kompensacji siły docisku uszczelki do kuli, lecz opisu uszczelnienia miękkiego, precyzując, że interesują go takie dane jak nazwa producenta i nazwa handlowej, skład chemiczny, twardość oraz inne parametrów charakteryzujące tworzywa sztuczne. W świetle przywołanego wymogu nie ulegało wątpliwości, że wykonawcy nie mieli obowiązku przedstawienia opisu oferowanego systemu kompensacji. O braku takiego obowiązku świadczyła również okoliczność, że w ofercie odwołującego nie znajdował się opis systemu kompensacji, a o tym iż taki system zaoferował świadczyło jedynie załączenie dokumentów dotyczących opisu uszczelki i materiału kompensacyjnego. Wobec braku dowodu przeciwnego, nie można było zatem wykluczyć, iż kompensacja siły docisku uszczelki do kuli realizowana w sposób opisany przez zamawiającego i przystępującego tj. poprzez odkształcenie siedziska metalowego uszczelki miękkiej jest technicznie możliwa i została przez przystępującego zaoferowana.

To na odwołującym, jako na podmiocie, który z faktu niezaoferowania przez przystępującego wymaganego systemu kompensacji wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty przystępującego spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, stosownie do brzmienia przepisu art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp czego jednak nie uczynił. Obowiązek taki wynikał również z brzmienia przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, stosownie do którego strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W świetle powyższego należało przyjąć, że odwołujący który powoływał się wyłącznie na poglądowy, a więc co do zasady uproszczony rysunek systemu Schuck PMSS, który został ponadto złożony w celu jedynie zaprezentowania opisu uszczelnienia miękkiego, a nie systemu kompensacji siły docisku uszczelki do kuli nie wykazał, iż przystępujący nie zaoferował systemu podwójnej kompensacji.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (dokonanie wyboru oferty, która jest niedookreślona)

Odwołujący podnosił, iż złożony przez przystępującego wraz z ofertą opis uszczelnienia miękkiego obejmuje kilka możliwych rozwiązań, w konsekwencji nie wskazując w sposób stanowczy proponowanego typu uszczelnienia. W efekcie odwołujący wywodził, że oferta złożona przez przystępującego jest niedookreślona i nie wyraża stanowczej woli zawarcia umowy o definitywnie określonej treści.

Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiałach dowodowych. Izba stwierdziła bowiem, iż załączony do oferty przystępującego (s.11-19 oferty) opis uszczelnienia miękkiego składał się z dwóch części, w tym części historycznej oraz opisu oferowanego rozwiązania. Przystępujący przedstawił ten sposób technologiczny rozwój finalnego rozwiązania, które zaproponował zamawiającemu w ostatniej części opisu. Jeśli chodzi o część historyczną przystępujący wskazał 2 typy uszczelnienia typu SO (miękkie osadzenie). O tym, iż rozwiązania te nie zostały zaoferowane w sposób wyraźny świadczyła sama treść opisu. Przystępujący w sposób wyraźny określił, iż firma Schuck w przeszłości wykorzystywała projekt miękkiego osadzenia przedstawiony na rysunku nr 1, jednak nie był on niezawodny, ulegał silnemu zużyciu (str. 12 oferty przystępującego). Również drugi typ uszczelnienia został przez przystępującego określony jako rozwiązanie niedoskonałe, nie wytrzymujące maksymalnego obciążenia, ulegające szybkiemu zużyciu. Izba stwierdziła ponadto, że dopiero od str. 14 rozpoczynał się opis rozwiązania uszczelnienia miękkiego, które zostało zaoferowane wraz ze stosownymi rysunkami i diagramami. Dodatkowo na str. 20 i 21 dołączono dokumenty, tj. certyfikat próby wytrzymałości i kartę charakterystyki materiałów, które w sposób jednoznaczny dotyczą trzeciego ze wskazanych rozwiązań. W świetle powyższego nie ulegało wątpliwości, że przystępujący nie zaoferował żadnego z rozwiązań historycznych, lecz rozwiązanie, o którym mowa na str. 14 i następnych oferty. Trudno było bowiem przypuszczać, iż przystępujący zaoferowałby jedno z dwóch rozwiązań o których sam twierdził, że nie spełniają wymagań zamawiającego, są zawodne, szybko zużywające się. Za takim stanowiskiem przemawia również interpretacja formularza znajdującego się na str. 4 oferty, w którym wymieniono jedną cenę za każdy rodzaj wymaganego asortymentu. Wreszcie przystępujący w trakcie rozprawy potwierdził, iż dwa

rozwiązania określane jako historyczne nie są już obecnie przez niego oferowane i nie znajdują się obecnie w jego ofercie handlowej.

Zarzut naruszenia zakazu prowadzenia przez Zamawiającego negocjacji z wykonawcą oraz zmiany SIWZ po upływie terminu do składania ofert

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez prowadzenie w toku postępowania negocjacji z przystępującym, w następstwie których de facto doszło do modyfikacji SIWZ. Odwołujący w omawianym zakresie powoływał się na znajdujące się w ofercie przystępującego sformułowania: „którego zatwierdzenie [projekt uszczelnienia PMSS] sugerowaliśmy firmie GAZ System w podmiotowym przetargu" oraz (str. 19) „wierzymy, że zyskamy aprobatę klienta i oczekujemy na jak najszybsze informacje z Państwa strony".

Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, iż rzeczywiście przeprowadził u członka konsorcjum przystępującego, tj. w firmie Schuck wizytę referencyjną która odbyła się w dniach 27-29 czerwca 2011 r. a więc w okresie pomiędzy zawarciem przez zamawiającego umowy ramowej z przystępującym i odwołującym, a wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie cząstkowe, które miało miejsce w dniu 3 sierpnia 2011 r. poprzez wystosowanie zaproszenia do składania ofert. Zamawiający dodał również, iż podobne wizyty referencyjne odbywały się u innych producentów – MSA - Czechy (maj 2009 r.), RMA - Niemcy (maj 2009 r.), Cameron - Włochy (czerwiec 2009 r.), RMG (czerwiec 2009 r.). Wyjaśnił, że przeprowadził również wizytę referencyjną także u członka konsorcjum odwołującego, jednakże odbyła się jeszcze przed wszczęciem postępowania o zawarcie umowy ramowej.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, iż przepis art. 87 ust. 1 ustawy pzp, którego naruszenie zarzucił odwołujący w zd. 2 stanowi, iż *Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.* Dobrem prawnym jakie jest chronione w przywoływanym przepisie jest stałość (niezmiennność) już złożonej oferty. Literalna wykładnia przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, iż wypełnienie jego dyspozycji może mieć miejsce wyłącznie po złożeniu oferty przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, albowiem zakazane są negocjacje dotyczące już złożonej oferty. Zakazu sformułowanego w przywoływanym przepisie nie można zatem naruszyć poprzez przeprowadzenie wizyty u jednego z wykonawców, która miała miejsce nie tylko przed złożeniem oferty ale jeszcze przed wszczęciem postępowania, nawet jeśli jej efektem mogło być dokonanie nieistotnej modyfikacji dopiero przygotowywanej SIWZ dotyczącej zamówienia objętego przedmiotem

umowy ramowej. Powyższy wniosek wynika także z wykładni znajdującej uzasadnienie w systematyce ustawy Pzp, albowiem przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp został zamieszczony w rozdziale ustawy Pzp „Wybór najkorzystniejszej oferty”.

Do naruszenia reguł postępowania na etapie przygotowania postępowania mogłoby dojść w sytuacji, gdyby wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu takich czynności (art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) albo gdyby osoby po stronie zamawiającego wykonujące czynności w postępowaniu pozostawały z wykonawcą w stosunku prawnym lub faktycznym który mógłby budzić uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności (art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), jednakże nie został sformułowany zarzut ani nie zostały przytoczone okoliczności faktyczne które mogłyby świadczyć o zaistnieniu przesłanek wymienionych w tych przepisach.

Izba stwierdziła ponadto, że zamawiający wszczynając postępowanie w celu udzielenie zamówienia objętego przedmiotem umowy ramowej przesłał SIWZ zawierającą wyłącznie nieistotną modyfikację. Dostrzeżenia wymaga, iż w świetle art. 101 ust. 2 ustawy Pzp udzielając zamówienia, zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową, zamawiający może dokonać zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, wyłącznie wtedy, gdy zmiana ta nie jest istotna. W oparciu o przywoływany przepis zamawiający uprawniony był zatem do dokonania modyfikacji SIWZ wszczynając postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot jest objęty umową ramową. Modyfikacja ta miała nieistotny charakter, gdyż w jej efekcie została jedynie rozszerzona konkurencyjność poprzez wykreślenie zakazu stosowania uszczelki miękkiej uszczelnienia PMSS wykonanej z elastomeru. O tym, iż zmiana taka miała charakter nieistotny świadczy fakt, że odwołujący nie kwestionował tej modyfikacji w terminie określonym w art. 182 ustawy Pzp, a więc nie miał wątpliwości, że zmiana nie ma charakteru kluczowego. Ponadto sam skorzystał z możliwości jakie zmiana SIWZ dopuściła, gdyż zaoferował rozwiązanie które przy poprzednim brzmieniu nie było przez zamawiającego akceptowane. A zatem modyfikacja ta miała charakter nieistotny, a ponadto nie miała żadnego wpływu na sytuację prawną odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Przewodniczący: