

**WYROK**

**z dnia 18 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **E. K.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **Analityk E. K., ul. E. Romera 10/B9, 02-784 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **E. K.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **Analityk E. K., ul. E. Romera 10/B9, 02-784 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.1. zasądza od wykonawcy **E. K.** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **Analityk E. K., ul. E. Romera 10/B9, 02-784 Warszawa** na rzecz **Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych kosztów postępowania.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Główny Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o szacunkowej wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, na Zakup i dostawę analizatorów przepływowych i przepływowo-wstrzykowych.

Część I - Analizatory przepływowe.

Część II - Analizator przepływowo-wstrzykowy"

nr referencyjny ZP/220-45/18/JK, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.12.2018 r. pod nr 2018/S 246-563461 (dalej jako „Postępowanie”).

Odwołujący: Analityk E. K., ul. E. Romera 10 lok. B9, 02-784 Warszawa wniósł odwołanie od czynności (zaniechań) Zamawiającego podjętych w postępowaniu dotyczących części I postępowania, a polegających na:

- 1) unieważnieniu Postępowania,
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego wskutek bezpodstawnego uznania, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, co także narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Powyższe doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Części I Postępowania,
2. unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w Części I,
3. dokonania ponownej oceny i badania ofert oraz dokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Części I Postępowania.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. 1. Przedmiotem Części I Postępowania, której dotyczy odwołanie, jest dostawa 32 analizatorów przepływowych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 8 do SIWZ stanowiącym tabelę zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego.

2. Oferty złożyło dwóch wykonawców. 1 marca 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie cz. I Postępowania. Dnia 11 marca 2019 r., tj. w ostatnim dniu na wniesienie odwołania od wspomnianej czynności, Zamawiający unieważnił rozstrzygnięcie przetargu bez podania uzasadnienia. Tego samego dnia Zamawiający wezwał drugiego wykonawcę - Tecom Analytical Systems-Poland Sp. z o.o., dalej zwaną „Tecom”, do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp.

3. W dniu 22 marca 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu wszystkich złożonych ofert oraz o unieważnieniu postępowania. Odrzucenie oferty Odwołującego uzasadnił jej niezgodnością z treścią SIWZ w zakresie podajnika próbek uznając, że Odwołujący nie miał podstaw do zaoferowania takiego samego rozwiązania dla obu typów wymaganych analizatorów, gdyż wyjaśnienie SIWZ, które miało miejsce przed terminem składania ofert, odnosiło się tylko do jednego z nich.

II. Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

1. Odwołujący nie zgadza się z odrzuceniem jego oferty, bowiem ta pozostaje zgodna z treścią SIWZ. Argumentacja Zamawiającego uzasadniająca rzekomą sprzeczność tej oferty z SIWZ została oparta na wybiórczej analizie dokumentacji i nie może się ostać.

2. Wskazać należy, że z pisma Zamawiającego nie wynika, który dokładnie wymóg SIWZ nie został spełniony przez zaoferowane mu urządzenia. Zamawiający chaotycznie wskazuje na różne zdarzenia, które miały miejsce w toku Postępowania, ale w żadnym miejscu uzasadnienia odrzucenia nie ma zestawienia konkretnych zapisów specyfikacji z treścią oferty Odwołującego. Odwołujący domyśla się gdzie upatruje problemu Zamawiający (choć budzi to jego duże zdziwienie i zaskoczenie), niemniej odnosi wrażenie, że Zamawiający niejako „na siłę” kwestionuje zaproponowane mu rozwiązanie. Nie można zapomnieć, że Zamawiający, po dwutygodniowej ocenie ofert wybrał ofertę Odwołującego, nie dostrzegając w niej sprzeczności z treścią SIWZ. Dopiero nieformalne zastrzeżenia do czynności wyboru wniesione przez konkurencyjnego wykonawcę wywołały u niego obiekcje. W rezultacie podjął się wysiłku wykazania, że oferta Odwołującego nie odpowiada parametrom granicznym SIWZ, czyniąc to zdaniem Odwołującego absolutnie nie przekonująco, a to z następujących przyczyn.

3. W ramach Części I Postępowania Zamawiający żąda dostawy 32 analizatorów przepływowych, z czego 16 analizatorów przepływowych CFA będzie wykorzystywane do

jednoczesnej analizy azotu amonowego, azotu azotynowego oraz fenoli (indeksu fenolowego) - sekcja A Załącznika nr 8 do SIWZ, a kolejne 16 analizatorów ma być wykorzystywane do jednoczesnej analizy fosforanów oraz fosforu ogólnego - sekcja B Załącznika nr 8 do SIWZ. We wspomnianym Załączniku nr 8 do SIWZ Zamawiający postawił szczegółowe wymagania techniczne, które w większości są analogiczne dla obydwu typów analizatorów. Wśród nich znajduje się „Automatyczny podajnik próbek”, który ma cechować „łatwozdejmowalna mobilna tarcza umożliwiająca nalewanie roztworów próbek w miejscu ich przygotowania do analizy”.

4. Na rynku występują różne typy podajników próbek i w świetle opisu wymaganych funkcjonalności każdy mógł być zaoferowany w Postępowaniu. Niemniej Odwołujący, z ostrożności, chciał się upewnić, czy użycie przez Zamawiającego mało precyzyjnego określenia „tarcza” nie eliminowało podajników typu „XY”, które co prawda mają łatwozdejmowalną mobilną tarczę umożliwiającą nalewanie roztworów próbek w miejscu ich przygotowania do analizy, ale nie jest ona okrągła, a przez to bywa inaczej nazywana (np. stojakiem, czy statywem). Odwołujący nie chciał się również narazić na późniejszą polemikę dotyczącą wyrwanego z kontekstu zapisów SIWZ znaczenia słowa tarcza. W związku z tym Odwołujący zadał pytanie (nr 26 w odpowiedziach z dnia 17.01.2019 r.), czy Zamawiający w miejsce łatwo zdejmowalnej mobilnej „tarczy” dopuści zaoferowanie łatwo zdejmowalnych mobilnych „statywów”.

5. Zamawiający udzielając odpowiedzi, potwierdził że dopuszcza takie rozwiązanie w zakresie wymogu dotyczącego automatycznego podajnika próbek, co oznacza, iż niezmiennie od początku szeroko interpretował wymogi „Automatycznego podajnika próbek” dopuszczając rozwiązania inne niż „tarcza”. Gdyby takiej możliwości pierwotnie nie przewidywał, a dopiero dopuścił ją na skutek pytań, to dokonałby zmiany treści SIWZ, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca (załącznik nr 8 był aktualizowany, ale opis „Automatycznego podajnika próbek” nigdy nie uległ zmianie).

dowód: wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 17.01.2019 r.

6. W ślad za tym potwierdzeniem Zamawiającego, Odwołujący złożył ofertę obejmującą podajnik automatyczny z łatwo zdejmowalnymi mobilnymi stojakami umożliwiającymi nalewanie roztworów próbek w miejscu ich przygotowywania do analizy. Po złożeniu oferty przez Odwołującego w wyżej wskazanym kształcie Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do jej prawidłowości, wybierając ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Dopiero pod naciskiem konkurencji Odwołującego. Zamawiający unieważnił wybór i dokonał ponownej oceny ofert, przyjmując argumentację firmy Tecom za swoją.

7. Aktualnie Zamawiający twierdzi, że dopuszczenie podajnika XY dotyczyło wyłącznie analizatorów typu A. Zamawiający wytyka Odwołującemu, że wskazał, iż „pytanie dotyczy

str. 63, no której znajdował się opis wymagań minimalnych dla części A przedmiotu zamówienia”. Dodatkowo podnosi, że Odwołujący „w każdym pytaniu precyzyjnie wskazywał na miejsce w SIWZ, którego ono dotyczy”, oraz że „w przypadku gdy pytanie dotyczyło części A i B, wykonawca określał precyzyjnie, stosując jednoznaczny zapis: wymagania szczegółowe A i B (np. pytanie nr 24, 25 i 27)”. Ta ocena nie jest jednak właściwa.

8. Przede wszystkim, w powyższy sposób Zamawiający zaostrzył wymagania poprzez niedopuszczalną, zawężającą interpretację postanowień zawartych w SIWZ, będącą przeciwieństwem pierwotnej wykładni specyfikacji, jakiej dokonał przy wyborze oferty Odwołującego.

9. Ponadto, nie było żadnych racjonalnych argumentów, aby Odwołujący świadomie ograniczył pytanie o dopuszczenie określonego rozwiązania jedynie do analizatorów typu A. Zamawiający jako profesjonalista doskonale musiał zdawać sobie sprawę, że w cz. 1 zostaną mu zaoferowane urządzenia, różniące się jedynie modułem analitycznym, czyli tymi elementami, które odpowiadają za analizę odpowiednio azotu amonowego, azotu azotynowego oraz fenoli (typ A) i fosforanów oraz fosforu ogólnego (typ B). Co więcej, tożsamość opisu większości parametrów obydwu analizatorów wskazuje, że takie było jego oczekiwanie. W związku z tym powinno być dla niego oczywiste, że pytania dotyczące wymagań wspólnych dotyczą obydwu typów analizatorów.

10. Omawianą odpowiedzią na pytanie 26 Zamawiający dopuścił określone rozwiązanie w zakresie automatycznego podajnika próbek, bez ograniczania jego zastosowania jedynie do analizatorów typu A (dla analiz azotu amonowego, azotu azotynowego oraz fenoli (indeksu fenolowego)). Takie zastrzeżenie nie pojawiło się w odpowiedzi na pytanie nr 26, a Zamawiający stwierdził, że dopuszcza zaoferowanie „łatwo zdejmowalnych mobilnych statywów”, w żaden sposób nie ograniczając tego wyjaśnienia tylko do jednego rodzaju analizatora. Zamawiający ogólnie wyjaśnił, iż „dopuszcza takie rozwiązanie” (co zostało odebrane przez Odwołującego jako potwierdzenie jego zgodności z SIWZ, a nie jako jej modyfikację). Na marginesie dodać trzeba, iż Odwołujący w ww. pytaniu, w żadnym miejscu nie użył określenia „dotyczy”. Wskazanie „Strona 63” miało jedynie ułatwić Zamawiającemu odnalezienie w SIWZ wspólnego dla wszystkich analizatorów wymogu dotyczącego automatycznego podajnika próbek. Także w samej treści pytania brak jest jakichkolwiek cech wskazujących na to, iż odnosi się tylko do analizatorów dla analiz azotu amonowego, azotu azotynowego oraz fenoli. Tak więc odpowiedź 26, dopuszczająca określone rozwiązanie w ramach opisu automatycznego podajnika próbek, w myśl utrzymania spójności i jednolitości SIWZ, znajduje zastosowanie do każdego miejsca SIWZ, które dotyczyło automatycznego podajnika próbek z łatwo zdejmowalną mobilną tarczą.

11. Dodatkowo trzeba podkreślić, iż zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie, niezależnie od tego czy odpowiedź 26 odnosi się do drugiego typu analizatorów czy nie, i tak spełnia określony przez Zamawiającego wymóg. Pytanie zadane przez Wykonawcę miało jedynie rozwiać wątpliwości co do zastosowanego sformułowania „tarcza”, które faktycznie „zwyczajowo” może (lecz nie musi) budzić skojarzenie z podajnikiem karuzelowym. Niemniej jednak, zaakcentować trzeba, iż Zamawiający nigdzie nie wymagał zaoferowania podajnika karuzelowego. Wyjaśnić w tym względzie należy, iż w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie precyzował cech konstrukcyjnych podajnika, w szczególności czy wymagany jest podajnik karuzelowy czy typu XY. Formułując wymagania dotyczące podajnika Zamawiający koncentrował się na aspekcie funkcjonalności, a nie na aspektach konstrukcyjnych. Wyraźnie określił zatem, że podajnik ma być wyposażony w „łatwozdejmowalną mobilną tarczę umożliwiającą nalewanie roztworów próbek w miejscu ich przygotowania do analizy”. W tym przypadku mobilna tarcza stanowi jedynie rodzaj statywu/stojaka/koszyka umożliwiającego wstawienie próbek poza podajnikiem, a następnie umieszczenie całości w podajniku. Jakikolwiek inne cechy tarczy w tym kształt nie zostały przez Zamawiającego określone. Istotą przedmiotowego wymagania jest zatem jego funkcjonalność (a nie kwestia nazewnictwa: „tarcza”, czy też „statyw”), a mianowicie wyjęcie mobilnej tarczy z podajnika, postawienie jej w miejscu przygotowania próbek, wstawienie naczynek z próbkami, a następnie ponowne wstawienie do podajnika. Jednoznacznie wynika to z opisu przedmiotu zamówienia. W tym przypadku mobilna tarcza nie wskazuje na cechy konstrukcyjne podajnika, bo nie na tym zależało Zamawiającemu. Tarcza pełni tu rolę statywu na próbki, a taki podajnik z mobilnym statywem został zaoferowany przez Odwołującego. Zatem wymagana przez Zamawiającego funkcjonalność jest spełniona

12. Zatem zgodnie z pierwotną intencją Zamawiającego nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia to który z podajników próbek - karuzelowy, czy „XY” zaoferują wykonawcy, natomiast ocenie podlegało to czy oferowany podajnik umożliwi nalewanie roztworów próbek w miejscu ich przygotowania do analizy. Zgodnie z pierwotnym zamierzeniem Zamawiającego zapewnienie przez oferenta tej funkcjonalności decydować miało o spełnianiu wymagania dla „Automatycznego podajnika próbek” wskazanego w Załączniku nr 8 do SIWZ.

13. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „postanowienia SIWZ na etapie oceny ofert nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, nawet gdyby taka interpretacja z punktu widzenia zamawiającego była korzystniejsza dla jakości i walorów użytkowych zamówienia/ przykładowo przedmiotu dostawy (urządzenia)” (wyrok z dnia 9 stycznia 2019 r. sygn. KIO 2618/18). Także w wyroku z 20.12.2018 r. Izba zauważyła, że wszelkie wątpliwości treści SIWZ powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy:

„Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, w tym co do poszczególnych parametrów sprzętu, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postanowień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Artykuł 89 ust 1 pkt 2 pzp nie można interpretować w sposób rozszerzający, co oznacza, że odrzucenie oferty wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy.”

14. W świetle powyższego uznać należy, iż treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, a jej odrzucenie nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

III. Wobec stwierdzenia niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać, że Postępowanie nie zasługiwało na unieważnienie, a co za tym idzie podjęcie tej czynności narusza art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący popierając odwołanie przypomniał zawarty w specyfikacji opis przedmiotu zamówienia w zakresie automatycznego podajnika próbek. W szczególności wskazał na określenie „łatwo zdejmowalna mobilna tarcza ...”. Stwierdził, że w opisie nie użyto określeń wskazanych w decyzji o wyniku postępowania, tj. podajnik karuzelowy. Przypomniał czynności z dnia 17.01.2019 i 29.01.2019; w tych pierwszych udzielono oprócz zmiany specyfikacji wyjaśnień w odpowiedzi na pytanie Odwołującego dotyczące podajnika. Wskazał na sposób udzielania wyjaśnień w kontekście treści pytań i ich rozumienia, jako odnoszących się do obydwu typów podajników, natomiast Zamawiający odmiennie potraktował pytanie 24, 25 i 27, w odróżnieniu od pytania 26. To ostatnie, stwierdził Odwołujący, dotyczyło także obydwu typów podajników. Ponownie zauważył, iż Zamawiający odmiennie rozumie pojęcie tarcza i je uszczegóławia w treści swojej decyzji, utożsamiając je z podajnikiem karuzelowym. Stwierdził, że określenie tarcza może oznaczać różne kształty urządzenia czy podajnika. Podkreślił, że ten element podajnika - tarcza, zawsze jest statywem, jako że służy do umieszczania próbek z badaną substancją. Wskazał na całość opisu automatycznego podajnika próbek, w tym fakt, iż tarcza umożliwiająca nalewanie roztworów ma być łatwo zdejmowalna i mobilna. Złożył pisemną opinię producenta, dotyczącą podajnika próbek dla oferowanego aparatu. Okazał dwa rodzaje statywów, okrągły i prostokątny, które ocenił jako spełniające przedmiotowe wymogi OPZ.

Przypomniał treść pytania oraz odpowiedzi w kwestii będącej przedmiotem sporu. W tym zakresie nie wnosił o zmianę specyfikacji, w odróżnieniu od innych treści, gdzie wyraźnie



wniosek o zmianę SIWZ formułował. Stwierdził, iż na okazanej przez zamawiającego fotografii nie widnieje oferowany przez niego podajnik, również z oferty TEKOM nie wynika, by oferowała produkt okazany na fotografii, widnieje jedynie rzeczywista różnica kształtu podajników. Podkreślił, iż z punktu widzenia wymaganych funkcjonalności, oferowane przez niego urządzenie jest optymalne. Przypomniał, iż w treści uzasadnienia odrzucenia oferty nie użyto określeń i wymogów przedstawionych w postanowieniach specyfikacji, w szczególności brak jest w OPZ określenia podajnik karuzelowy. Zauważył, że w dokumencie, jakim jest SIWZ, rozumienie określonych pojęć powinno być tożsame w całej treści dokumentu, zwłaszcza jeżeli jest użyte w identycznym kontekście.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że jego decyzja jest prawidłowa, zawiera precyzyjne uzasadnienie faktyczne i prawne, zrozumiałe także dla Odwołującego, co wynika z treści i sposobu argumentacji odwołania.

Odnosnie pytania 26 zauważył, że to Odwołujący użył w jego treści określenia typu podajników jako karuzelowe i XY. Zauważył, że udzielając odpowiedzi na pytania użył formuły, iż odpowiedzi na pytania są wiążące. Przypomniał, iż w części I zamówienia opisano dwa typy tj. A i B. Podkreślił, że wyjaśnienie dotyczyło konkretnego elementu, opisanego na konkretnej stronie, wskazanego przez wykonawcę zadającego pytanie. Wykonawca uzyskał wyjaśnienie dla niego satysfakcjonujące. Zauważył, że opis dla obydwu typów, tj. A i B był dokonany odrębnie. Przedstawił fotografie podajnika typu (XY) oraz typu karuzelowego. Argumentację uzasadnił wymogiem oczekiwania profesjonalizmu po stronie wykonawcy. Stwierdził, że wskazane urządzenia mają różne przeznaczenie, a przy typie B, którego w istocie dotyczy spór, przewiduje się znaczną liczbę analiz określonych preparatów. Rozwiązanie z tarczą jest w jego ocenie bardziej funkcjonalne i tylko takie dopuszczono dla podajnika typu B. Tym samym podkreślił niezgodność oferowanego przez Odwołującego urządzenia z wymogami SIWZ. Podkreślił konieczność dokonywania precyzyjnej oceny ofert, także z uwagi na źródła finansowania zamówienia i ewentualne skutki uchybień. Zauważył, że zarówno z treści pytania, jak i treści oferty wynika, iż to Odwołujący jako wykonawca rozróżnił pojęcia mobilnej tarczy i mobilnego stojaka czy też statywu. W złożonej ofercie dla typu B użył także tego sformułowania, innego niż tarcza.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, w tym w szczególności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień do jej treści oraz treści oferty

odwołującego, z uwzględnieniem stanowisk stron przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania stanowiącą przesłankę materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Jest oczywiste, że niemożność uzyskania zamówienia wskutek odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania może prowadzić do realnej szkody po stronie tego wykonawcy, który nie będzie realizował umowy na przewidywanych warunkach.

Oceniając zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego skład orzekający uznaje go za niezasadny.

Zdaniem odwołującego, z pisma Zamawiającego nie wynika, który dokładnie wymóg SIWZ nie został spełniony przez zaoferowane mu urządzenia.

Jak ustalono, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp zostało uzasadnione w treści pisma z dnia 22 marca 2019 r. na stronach 2 i 3 przez powołanie treści wymogu dołączenia do oferty Wzoru tabeli zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego stanowiącego załącznik nr 8 do siwz. W tabeli 2 „Wymagania szczegółowe”, zamawiający określił wymagania techniczne odrębnie dla części A Kompletny, gotowy do pracy analizator przepływowy CFA umożliwiający jednoczesną analizę azotu amonowego, azotu azotynowego oraz fenoli (indeksu Fenolowego) oraz dla części B Kompletny, gotowy do pracy analizator przepływowy CFA umożliwiający jednoczesną analizę fosforanów oraz fosforu ogólnego.

Następnie zamawiający wskazał, w piśmie, że po zamieszczeniu siwz na platformie zakupowej zamawiającego, otrzymał od obecnego odwołującego pytanie: „Czy zamawiający w miejsce łatwo zdejmowalnej mobilnej „tarczy” dopuści zaoferowanie łatwo zdejmowalnych mobilnych „statywów?” (zwanych w dalszej części pisma zamiennie „stojakami”). W odpowiedzi z dnia 17 stycznia 2019 r. zamawiający dopuścił zaproponowane rozwiązanie uznając, że pytanie odnosi się do części A, gdyż wykonawca wskazał, że pytanie dotyczy strony 63 siwz, której znajdował się opis wymagań minimalnych dla części A przedmiotu zamówienia. Taki tok rozumowania, zdaniem zamawiającego, potwierdza fakt, że wykonawca w każdym pytaniu precyzyjnie wskazywał na miejsce w siwz, którego ono dotyczy. I tak, w przypadku gdy pytanie dotyczyło części A i B, wykonawca określał to

precyzyjnie, stosując jednoznaczny zapis: „wymagania szczegółowe A i B” np. pytanie 24, 25 i 27. Zamawiający wskazał następnie, że w ofercie zaoferowano zarówno dla części A jak i części B podajniki próbek posiadające mobilne „stojaki”, powołując się na odpowiedzi udzielone dnia 17 stycznia 2019 r. przez zamawiającego, pomimo, że zamawiający dopuszczając zaproponowany przez wykonawcę rodzaj podajników w części A, nie wyraził zgody, na zastosowanie takiego samego rozwiązania dla części B przedmiotu zamówienia.

„Nie można zatem uznać, że oferowane dla części B urządzenie, spełnia wymogi zamawiającego, gdyż nawet sam wykonawca formując pytanie wskazał różnice pomiędzy częściami urządzenia zwyczajowo określanymi „tarczą” a „stojakiem”, cyt.: „Zwyczajowo określenie „tarcza” dotyczy podajników karuzelowych.”. Zatem, oczywistym i niebudzącym wątpliwości jest stwierdzenie, że wymagany przez zamawiającego w części B podajnik karuzelowy, nazywany zwyczajowo „tarczą”, jest czymś innym, niż zaoferowany przez wykonawcę podajnik XY, nazywany zwyczajowo „statywem” lub „stojakiem”. W związku z powyższym zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Analityk E. K. jako niezgodną z siwz.”.

Z powyższej treści, a szczególnie zacytowanego bezpośrednio powyżej fragmentu wynika jednoznacznie, że zamawiający uznał, iż zaoferowane dla części B urządzenie nie spełnia wymogów określonych w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako że wymogiem było oferowanie tarczy (rozumianej przez oboje strony jako podajnik karuzelowy), a odwołujący przedstawił podajnik innego typu określanego jako XY i nazywanego statywem lub stojakiem. Zasadnie zatem stanowiło to podstawę faktyczną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Należy zauważyć, że rozróżnienie typów podajników zostało wyraźnie przedstawione przez odwołującego w ramach składania zapytań zamawiającemu. We wskazanym pytaniu wykonawca świadomie zauważył, że sugeruje złożenie oferty, w której nie będzie oferował mobilnej tarczy, lecz „w miejsce łatwo zdejmowalnej mobilnej tarczy” zaproponuje mobilny statyw, co stanowi nowocześniejsze rozwiązanie. Tym samym, co nie powinno być sporne, planowane w ofercie urządzenie zastąpiłoby takie, jakie jest opisane na str. 63 siwz – opz.

Zamawiający dopuścił proponowane rozwiązanie dla urządzenia opisanego jw.

W ocenie składu orzekającego wskazana zgoda na oferowanie określonego w zapytaniu urządzenia w miejsce opisanego w siwz w konkretnym miejscu dla konkretnego typu podajnika, nie powinna być rozumiana jako zgoda na pozostałe podajniki będące przedmiotem zamówienia i oferowania tj. w tym przedmiocie dotyczy to podajnika typu B opisanego na stronie 65, a którego to podajnika pytanie, i co naturalne, odpowiedź zamawiającego, nie dotyczyły.

Tym samym podobna zmiana jak dla podajnika typu A nie zaszła w stosunku do wymogu określonego na stronie 65, czyli wymogu co do automatycznego podajnika próbek analizatora przepływowego CFA umożliwiającego analizę fosforanów oraz fosforu ogólnego. Zatem wykonawca nie uzyskał zgody na odstąpienie od postawionego przez zamawiającego wymogu, by automatyczny podajnik próbek drugiego typu analizatora posiadał łatwo zdejmowalną, mobilną tarczę. Zaoferował zaś „łatwo zdejmowalne mobilne stojaki”, co jest sprzeczne z tabelą zgodności – załącznikiem nr 8 do SIWZ.

Można zatem zauważyć, w świetle treści pisma zawierającego pytanie, jak i opisu rozwiązania oferowanego podajnika zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie nie spełnia określonego przez Zamawiającego wymogu wobec własnych stwierdzeń odwołującego co do zastosowanego sformułowania „tarcza” jako odmiennego od stojaka lub statywu.

Formułowane w toku postępowania odwoławczego odmienne rozumienie wcześniej dookreślonych pojęć, jest w ocenie składu orzekającego sporządzone jednoznacznie na konkretną potrzebę rozpatrywanej sprawy. Można jedynie zauważyć, że nie jest zadaniem Izby ocena walorów konkretnych rozwiązań, ich nowoczesności i funkcjonalności, lecz zgodność treści oferty z treścią wymogów opisanych w postanowieniach siwz.

Wobec braku takiej zgodności w zakresie rozpatrywanym, w konsekwencji uznania zasadności odrzucenia ofert w postępowaniu, a w następstwie tej czynności, zasadności unieważnienia postępowania, zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu nie znalazł zdaniem Izby potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....