

Sygn. akt KIO/UZP 1242/09,

KIO/UZO 1243/09

WYROK

z dnia 19 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Barbara Bettman**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 października 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **6 października 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. ELSAG DATAMAT SPA, Via Puccini 2-1, 16-154 Genua, Włochy,

B. Konsorcjum firm: SIEMENS Sp. z o.o., SIEMENS AG, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **P.P.U.P. Poczta Polska, ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa** protestów:

A. ELSAG DATAMAT SPA, Via Puccini 2-1, 16-154 Genua, Włochy z dnia 3 sierpnia 2009 r.

B. Konsorcjum firm: SIEMENS Sp. z o.o., SIEMENS AG, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa z dnia 4 sierpnia 2009 r.,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

- **ELSAG DATAMAT SPA, Via Puccini 2-1, 16-154 Genua, Włochy,**

- **Konsorcjum firm: SIEMENS Sp. z o.o., SIEMENS AG, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ELSAG DATAMAT SPA, Via Puccini 2-1, 16-154 Genua, Włochy,**
 - B** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: SIEMENS Sp. z o.o., SIEMENS AG, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 500 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty **2 250 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **ELSAG DATAMAT SPA, Via Puccini 2-1, 16-154 Genua, Włochy** na rzecz **P.P.U.P. Poczta Polska, ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B** kwoty **2 250 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: SIEMENS Sp. z o.o., SIEMENS AG, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** na rzecz **P.P.U.P. Poczta Polska, ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 538 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **12 769 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **ELSAG DATAMAT SPA, Via Puccini 2-1, 16-154 Genua, Włochy,**

- B** kwoty **12 769 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: SIEMENS Sp. z o.o., SIEMENS AG, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Państwowe Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej POCZTA POLSKA prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę, montaż, szkolenie, uruchomienie i serwis gwarancyjny maszyn rozdzielczych do opracowywania przesyłek listowych i paczek.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/5 103 -138515.

KIO/UZP1242/09

Pismem z dnia 3 sierpnia 2009 roku odwołujący – ELSAG DATAMAT SPA złożył protest na następujące czynności zamawiającego:

1. bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego,
2. bezprawne unieważnienie postępowania
3. nie poprawienie w ofercie odwołującego oczywistej omyłki mimo złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 24 czerwca zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty i złożenia wyjaśnień odnośnie rozbieżności pomiędzy deklaracją w zakresie spełniania wymagań techniczno- eksploatacyjnych oraz przedstawionym rysunkiem (lp. 120) , wskazując że odwołujący dla lokalizacji WER Katowice użył podkładu innego niż stanowiący załącznik do siwz, co spowodowało iż ustawienie maszyny było niezgodne z wymaganiami zamawiającego, natomiast spełniało wymagania w zakresie kierunku przepływu materiału pocztowego od recepcji do ekspedycji oraz mieściło się w strefie wyznaczonej dla maszyn. W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił, że zmiana pozycji recepcji była wynikiem omyłki i załączył poprawiony rysunek.

W uzasadnieniu protestu odwołujący wskazał, że zamawiający ma prawo i obowiązek poprawić w ofercie oczywiste omyłki pisarskie. W jego ocenie ustawienie maszyny na rysunku przedstawiającym koncepcję układu przestrzeni technologicznej w innym miejscu niż powinna się ona znajdować, stanowi oczywistą omyłkę, która powinna być poprawiona zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawienie maszyny zaproponowane przez Wykonawcę spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie kierunku przepływu materiału

pocztowego od recepcji do ekspedycji, a więc zachowany jest zamierzony cel tegoż urządzenia. Omyłka popełniona przez odwołującego nie wpływa na zamierzone przez Zamawiającego funkcje operacyjne, ani logistyczne. Zatem nie może ona zostać uznana za na tyle istotną, aby uzasadniać odrzucenie oferty. Za ofertę nie odpowiadającą treści siwz można uznać taką ofertę, która nie spełnia celu wymagań formalnych siwz, spełnienie wymogów formalnych nie musi odbywać się koniecznie w taki sposób jak zażądał zamawiający. Nawet, jeżeli uznać, że pierwsza oferta była błędna (z czym Wykonawca się nie zgadza), to wyjaśnienie przez odwołującego oczywistych omyłek w ofercie spowodowało zgodność treści ofert z treścią SIWZ. Ponadto sposób jej ustawienia maszyny nie był wymaganiem istotnym, a co za tym idzie ustawienie maszyny w miejscu zaznaczonym przez odwołującego nie mogło stanowić podstawy do odrzucenia oferty. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący nie miał na celu uzupełnienia oferty, ale wykazanie że zarówno w przypadku ustawienia maszyny według rysunku zawartego w SIWZ, jak i w przypadku ustawienia zaproponowanego przez odwołującego maszyna będzie spełniać swoje funkcje.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2009 roku protest oddalił, wskazując że w trybie negocjacji z ogłoszeniem brak podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w stosunku do ofert wstępnych, bo brak takiego odesłania w art. 57 ust. 2 ustawy Pzp. Nie można się zgodzić, że błędne ustawienie maszyny (oznaczenie recepcji oraz ekspedycji) na rysunku przedstawiającym koncepcję układu przestrzeni technologicznej w innym miejscu niż powinna się ona znajdować, stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Sposób ustawienia maszyny jest dla Zamawiającego wymaganiem bardzo istotnym (podobnie jak wszystkie pozostałe wymagania określone w SIWZ), podyktowanym procesem technologicznym opracowywania materiału pocztowego w przeznaczonych do tego celu obiektach - Węzłach Ekspedycyjno-Rozdzielczych.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący wniósł w dniu 24 sierpnia 2009 roku odwołanie, w którym podtrzymał argumenty i zarzuty zawarte w proteście i wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. dokonanie oceny oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu;
4. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.
5. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2009 roku odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Siemens Sp. z o.o. i Siemens AG złożył protest na czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty wstępnej odwołującego oraz unieważnieniu postępowania w zadaniu nr 1.

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 60 i 65 kc w zw. z art.14 ustawy Pzp, art. 87 ust.1 i 2, art. 88, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt1 ustawy Pzp,

Odnosnie braku wskazania w treści oferty wstępnej miejsca opisu sposobu spełniania wymagań określonych przez zamawiającego w tabeli spełniania wymagań techniczno – eksploatacyjnych lp. 8,17,29,32,118,144, odwołujący wskazał, że Tabela spełniania wymagań techniczno-eksploatacyjnych stanowiąca element SIWZ, który podlegał wypełnieniu przez wykonawców składała się z czterech kolumn: liczby porządkowej, opisu wymogu techniczno eksploatacyjnego, deklaracji spełnienia wymogu przez wykonawcę (TAK/NIE¹, wskazanie miejsca spełnienia wymogu w ofercie oraz uwag wykonawcy. Zgodnie z punktem 13.2 SIWZ (str. 12) Zamawiający miał brać pod uwagę zgodność oferty z wymaganiami SIWZ. Parametry techniczne oferowanych maszyn miały być oceniane pod kątem spełniania wymagań Zamawiającego w oparciu o formułę spełnia/ nie spełnia. W zakresie ww. wymagań techniczno-eksploatacyjnych o lp. 8, 17, 29,32,118,144 odwołujący w kolumnie deklaracji spełnienia wymogu wszędzie wpisał "TAK", potwierdzając ich spełnienie. Ponadto w punkcie 1 formularza ofertowego odwołujący złożył oświadczenie, że przedmiot zamówienia będzie spełniał wszystkie wymagania techniczno -eksploatacyjne określone w siwz. Jednocześnie pod Tabelą spełniania wymagań techniczno-eksploatacyjnych oświadczył iż jeżeli w kolumnie „wskazanie miejsca spełnienia wymogów w ofercie” nie podano odniesienia do jakiegoś wymogu, a w kolumnie „Deklaracja spełnienia wymagania TAK/NIE” wpisano „tak”, oznacza to, iż potwierdzamy spełnienie tego wymogu przez ofertę. Odwołujący wskazał, że siwz w żadnym nie zobowiązywała wykonawców, aby obok deklaracji spełnienia danego wymagania technicznego przez ich urządzenie określali konkretne rozwiązanie techniczne w ofercie, potwierdzające spełnienie danego wymogu. Z faktu, iż jedna z kolumn Tabeli spełniania wymogów techniczno-eksploatacyjnych została opisana jako: „wskazanie miejsca spełnienia wymogu w ofercie” nie można wywodzić, że oznacza to automatycznie nałożenie na wykonawcę obowiązku tworzenia w ofercie opisu konkretnego rozwiązania technicznego potwierdzającego spełnienie danego wymogu. Wskazał również, że zamawiający określił w Tabeli spełniania wymogów techniczno-eksploatacyjnych kilkaset wymogów, które powinny spełniać zaoferowane urządzenia i zdecydowana większość z nich w tym wymagania w poz. 8,17,29,32,118,144 to

wymagania, których treść sprowadza się do weryfikacji spełnienia przez urządzenie pewnych prostych funkcjonalności -na zasadzie czy urządzenie ma daną funkcję czy nie, co powoduje, że „dla potwierdzenia spełnienia danego warunku wystarczy, że wykonawca zadeklaruje w kolumnie deklaracji spełnienia wymogu przez wykonawcę (TAK/NIE) -TAK.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego braku wskazania w ofercie wstępnej miejsca potwierdzenia opisu sposobu spełniania wymagań określonych w Tabeli spełniania wymagań techniczno – eksploatacyjnych lp. 97, odwołujący podtrzymał argumentację dotyczącą zarzutu pierwszego i wskazał dodatkowo, że nie jest jasne - w świetle konstrukcji punktów 91-100 Tabeli spełniania wymagań techniczno-eksploatacyjnych - czy punkt 97 określa sam w sobie samodzielnie jakiś odrębny wymóg, czy też stanowi wyłącznie początek zdania, którego rozwinięcie stanowią punkty 98 -100, których spełnienie odwołujący potwierdził . Za takim rozumowaniem przemawia również to, iż treść punktu 97 ma charakter wyłącznie blankietowy - tzn. wykonawca ma w nim potwierdzić że jego sprzęt jest w najwyższym stopniu nowoczesny, ale cechy decydujące o nowoczesności określone są w punktach 98-100.

Nawet, gdyby przyjąć, że punkt 97 określa samodzielnie jakiś wymóg to niewątpliwie o spełnieniu tego wymogu przesądza spełnienie wymogów punktów 98-100. odwołujący podniósł dalej, że nawet gdyby przyjąć, że punkt 97 powinien być opatrzony deklaracją spełnienia wymogu (TAK/NIE) - to brak takiej deklaracji może świadczyć co najwyżej o oczywistej omyłce, skoro odwołujący nie wpisał żadnej deklaracji a z treści formularza ofertowego wynika jasno że przedmiot zamówienia będzie spełniał wszystkie wymagania techniczno - eksploatacyjne określone w siwz.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego wymagań określonych pod lp. 232 Tabeli spełniania wymagań techniczno – eksploatacyjnych, odwołujący wskazał, że w ofercie potwierdził spełnianie tego wymogu przez wpisanie w tabeli deklaracji „tak”. W opisie swojego rozwiązania kwestii zasilania wyraził jedynie swoje oczekiwanie, co do zamawiającego odnośnie zapewnienia zasilania (kwestia bezpiecznej linii energetycznej), co nie stanowiło chęci przeniesienia na zamawiającego obowiązku dostarczenia urządzeń UPS.

Wyjaśnienia udzielone na wezwanie zamawiającego nie prowadzą w żaden sposób do zmiany treści oferty wstępnej.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2009 roku protest oddalił, wskazując że pismem z dnia 24 czerwca zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie i wskazanie w ofercie wstępnej miejsca opisu sposobu spełniania wymagań określonych przez zamawiającego w tabeli spełniania wymagań techniczno – eksploatacyjnych w poz. 8,17, 29, 32, 118, 144. Odwołujący przedstawił taki opis w wyjaśnieniach ale nie wskazał miejsca takiego opisu w

ofercie wstępnej. W siwz przekazanej wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych, zgodnie z wymaganiami zawartymi w kolumnie nr 4 Tabeli spełniania wymagań techniczno-eksploatacyjnych oraz w pkt 1 wzoru Projektu technicznego, będących załącznikami do siwz, zamawiający żądał, aby obok deklaracji spełniania wymagania odwołujący określił sposób jego spełniania – konkretne rozwiązanie w ofercie. Złożenie takiego opisu w wyniku wezwania do wyjaśnień stanowi niedozwoloną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp próbę uzupełnienia oferty. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany lub uzupełnienia oferty.

Oświadczenie zawarte w treści formularza oferty, które wskazuje odwołujący czy deklaracja spełniania wymagań mają charakter ogólny i nie mogą zastąpić opisu sposobu spełniania wymagań. Na treść oferty składają się również inne dokumenty, co potwierdził SN w uchwale SN z dnia 21.10.2005 roku III CZP 74/05, według którego skoro w SIWZ został zawarty obowiązek Wykonawcy przedstawienia zamawiającemu informacji na potwierdzenie ich spełnienia, a treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ (art. 82 ust. 3 pzp) oznacza to, że informacje te są elementem oferty.

Brak zamieszczenia w ofercie opisu sposobu spełnienia wymagań powoduje, że brak jest podstawy do negocjacji bo zamawiający nie posiada wiedzy na temat rozwiązań oferowanych przez odwołującego. Zamawiający wskazał także, iż odwołujący nie kwestionował wystąpienia skierowanego dnia 24 czerwca do odwołującego i uznał je za zasadne, tym bardziej dziwi go fakt, że obecnie uznaje wskazanie opisu sposobu spełniania wymagań za zbędne.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku wskazania opisu spełniania poz. 97, zamawiający wskazał, że użyte w poz. 97 -100 sformułowanie „ w szczególności” wskazuje, że wyszczególniony w lp. 98,99, 100 Tabeli sprzęt stanowiący wyposażenie stanowisk wideokodowania nie jest katalogiem zamkniętym, a sam zapis lp. 97 nie ma charakteru blankietowego. Zamawiający oczekiwał, że odwołujący przedstawiając opis sposobu spełnienia wymagania wraz z deklaracją jego spełnienia, wyszczególni w sposób jednoznaczny oferowane urządzenia składające się na sprzęt stanowiący wyposażenie stanowisk wideokodowania (poza elementami wymienionymi przez zamawiającego w Lp. 98 -100 Tabeli spełnienia wymagań techniczno -eksploatacyjnych) oraz poda ich opis wskazujący na ich najwyższy stopień nowoczesności. Próba uzupełnienia oferty przez opisanie sposobu spełniania wymagań zamawiający uznał za niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie nie znajduje uzasadnienia, że brak deklaracji spełnienia wymagań stanowi oczywistą omyłkę. Zamawiający odwołał się do definicji oczywistej omyłki utrwalonej w orzecznictwie i doktrynie.

W jego ocenie, specyfika trybu negocjacji z ogłoszeniem nie zezwala na etapie badania i oceny ofert wstępnych skorzystać z instytucji poprawiania omyłek w tych ofertach, bez

względu na rodzaj omyłek. Bowiem w art. 57 ust. 2 ustawy Pzp nie wskazano które przepisy rozdziału IV stosuje się do ofert wstępnych. Literalne brzmienie przepisu wskazuje, że w negocjacjach z ogłoszeniem nie stosuje się art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie zamawiający powiecił argumentację dotyczącą zarzutu nr 1.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wymagań w poz. 232 – zamawiający wskazał, że na stronie nr 330 pkt 1.6.4 oferty znajduje się stwierdzenie, że „Wszystkie systemy IT w maszynie będą miały osobne zasilanie. użytym zasilaczem będzie zasilacz UPS (bezpieczne źródło zasilania) dostarczone przez klienta”. Zapis taki w konfrontacji z wymaganiem określonym pod Lp. 232 Tabeli spełnienia wymagań techniczno - eksploatacyjnych, dotyczącym zapewnienia przez wykonawcę urządzenia UPS o odpowiednich parametrach do wszystkich maszyn i systemów, dla których są niezbędne, jednoznacznie wskazuje na próbę przeniesienia na zamawiającego obowiązku dostarczenia urządzeń UPS. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego, że „Oferowane maszyny są tak skonstruowane, że wszystkie części wymagające bezpiecznego

(bez zaników napięcia) zasilania, zasilane są albo z bezpiecznej sieci udostępnionej przez Zamawiającego lub z baterii lub UPS wchodzących w zakres ofert, wskazują na niedopuszczalną zmianę treści oferty w zakresie pkt. 1.6.4, str. 330.

Ponadto zamawiający wskazał, że naruszenie art. 60 i 65 Kc w zw. z art. 88 pzp nie było możliwe bowiem przepis art. 88, który dotyczył poprawiania omyłek rachunkowych został uchylony.

Nie zgadzając się ze stanowiskiem zamawiającego, odwołujący wniósł w dniu 21 sierpnia 2009 roku odwołanie, którego kopię przekazał zamawiającemu tego samego dnia. Podtrzymując zarzuty i argumentację protestu, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty wstępnej odwołującego i dokonanie ponownej oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, ofert wstępnych złożonych w postępowaniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz po wysłuchaniu pełnomocników zamawiającego oraz odwołującego – ELSAG DATAMAT SPA na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, określone w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, których uwzględnienie skutkowałoby odrzuceniem któregoś z odwołań.

Interes prawny odwołujących się, którzy złożyli oferty wstępne i ubiegają się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie budzi wątpliwości.

KIO/UZP 1242/09

W odniesieniu do odwołania złożonego przez odwołującego - ELSAG DATAMAT SPA, Izba ustaliła, że:

Na załączonym rysunku nr 2 Budynku Eksploatacyjnego WER w Katowicach „Koncepcja Układu Przestrzeni Technologicznej” wariant C, zamawiający wymagał usytuowania maszyn w strefie przeznaczonyj do rozdziału listów standardowych i flatów, wskazując że recepcja ładunku pocztowego znajduje się po prawej stronie zaś ekspedycja ładunku pocztowego po lewej stronie rysunku. Jednocześnie w pkt 12 załącznika nr 7 - 2 do siwz wskazano na wymagany kierunek przepływu materiału pocztowego od recepcji do ekspedycji w poszczególnych WER.

Bezspornym między stronami jest, że odwołujący wraz z ofertą załączył rysunek nr 10 Budynku Eksploatacyjnego OR CUP w Katowicach „Koncepcja Układu Przestrzeni Technologicznej” wariant C, gdzie po prawej stronie rysunku umieszczono ekspedycję ładunku pocztowego, a po jego lewej – recepcję ładunku pocztowego. Należy zgodzić się z odwołującym, że usytuowane w strefie przeznaczonyj do rozdziału listów standardowych i flatów maszyny zapewniają przepływ ładunku pocztowego od recepcji do ekspedycji, ale kierunek tego przepływu przez odwrotne niż na rysunku wzorcowym usytuowanie recepcji i ekspedycji jest inny niż wymagał zamawiający – odbywa się od lewej do prawej strony pomieszczenia. Okoliczność błędnego usytuowania maszyn na rysunku zamieszczonym w ofercie została przez odwołującego przyznana i nie budzi wątpliwości, dodatkowo odwołujący składając wraz z wyjaśnieniami poprawny rysunek tą okoliczność potwierdził. Biorąc pod uwagę specyfikę prowadzonego trybu postępowania, jakim są negocjacje z ogłoszeniem, należy uznać, że co do zasady oferta wstępna, która ma charakter stanowiska negocjacyjnego może w pewnym zakresie zostać zmieniona, zmodyfikowana czy

wyjaśniona. Celem bowiem prowadzonych negocjacji jest doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków udziału w postępowaniu, zaproponowanych w ofercie wstępnej. Niemniej jednak, zdaniem Izby, zmiany i modyfikacja oferty wstępnej nie mogą dotyczyć pewnych istotnych dla zamawiającego założeń, przekazanych wykonawcom w przygotowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których potwierdzenia zamawiający oczekiwał w złożonych ofertach wstępnych. Założenia co do realizacji zamówienia, przekazane wykonawcom w treści siwz winny pozostawać niezmiennie, a ich deklaracja w ofercie musi być jednoznaczna i nie może podlegać żadnym zmianom. W zaistniałych okolicznościach faktycznych sporu, w sytuacji, gdy zamawiający przygotował pewne założenia co do rozmieszczenia ekspedycji i recepcji, które w jego ocenie są istotne dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać, że przygotowanie projektu proponującego odmienne założenia stanowi o niezgodności treści oferty wstępnej z treścią siwz, co w konsekwencji skutkuje odrzuceniem oferty odwołującego. Za ofertę nie odpowiadającą treści siwz należy uznać ofertę, która została sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia siwz, w szczególności gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada lub jest niezgodny z opisanym przez zamawiającego w siwz. W rozpatrywanych okolicznościach sprawy, usytuowanie maszyny na rysunku przedstawiającym inne niż wymagane w siwz położenie ekspozycji i recepcji jest niezgodnością o charakterze merytorycznym, nie podlegającą poprawie czy uzupełnieniu i w konsekwencji skutkującą obligatoryjnym odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, niezgodność ta nie może zostać poprawiona w trybie art. 87 czy 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż przepisy te, jak słusznie wskazywał zamawiający, nie znajdują zastosowania w odniesieniu do ofert wstępnych składanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Dyspozycja przepisu art. 57 ust. 2 ustawy Pzp zdanie drugie, odsyła do odpowiedniego stosowania w zakresie ofert wstępnych ściśle wymienionych przepisów ustawy Pzp tj. art. 82 - 84, art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5, 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6, 7 i ust. 2 - 4, nie wskazując jednak na możliwość odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących poprawienia omyłek czy uzupełniania dokumentów. Z uwagi na specyficzny charakter trybu negocjacji z ogłoszeniem należy postulować *de lege lata* zmianę przepisów prawa w tym zakresie przez dopuszczenie możliwości zastosowania instytucji wyjaśnień, poprawienia omyłek czy uzupełnienia dokumentów również w odniesieniu do ofert wstępnych, tym bardziej że w stosunku do ofert ostatecznych ustawodawca te instytucje przewidział. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty wstępnej odwołującego i w konsekwencji unieważnieniu postępowania dla zadania nr 1 była właściwa i nie naruszała wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy art. 89 ust. 1 pkt 2, 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

KIO/UZP 1243/09

W odniesieniu do odwołania złożonego przez Konsorcjum Siemens Sp. z o.o. oraz Siemens AG, Izba zważyła, że zarzut dotyczący niespełnienia wymagań określonych w poz. 232 Tabeli Spełniania Wymagań Techniczno – Eksploatacyjnych jest niezasadny i z tych względów oddaliła odwołanie w oparciu o art. 191 ust. 1 a ustawy Pzp.

W poz. 232 Tabeli Spełniania Wymagań Techniczno – Eksploatacyjnych, zamawiający wymagał dostarczenia urządzenia UPS o odpowiednich parametrach do wszystkich maszyn i systemów, dla których są niezbędne oraz wymagał przedstawienia rozwiązań technicznych służących do podtrzymania zasilania na czas niezbędny do zakończenia procesu sortowania paczek, znajdujących się w trakcie opracowywania. Odwołujący potwierdził spełnienie tego wymogu w treści Tabeli Spełniania Wymagań Techniczno – Eksploatacyjnych, jednocześnie na stronie 330 w pkt 1.6.4 złożył oświadczenie o treści „wszystkie systemy IT w maszynie będą miały osobne zasilanie. użytym zasilaczem będzie zasilacz UPS (bezpieczne źródło zasilania) dostarczone przez klienta”. Wobec rozbieżnych oświadczeń złożonych w treści oferty wstępnej, na wezwanie zamawiającego z dnia 24 czerwca 2009 roku, odwołujący wyjaśnił, że „oferowane przez nas maszyny są tak skonstruowane, że wszystkie części wymagające bezpiecznego (bez zaników napięcia) zasilania, zasilane są albo z bezpiecznej sieci udostępnianej przez zamawiającego lub z baterii lub UPS wchodzących w zakres oferty”.

Izba, oceniając treść złożonych wyjaśnień doszła do wniosku, że odwołujący nie potwierdził, w sposób jednoznaczny, że dostarczy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia urządzenia UPS. Złożone wyjaśnienia są na tyle niejasne, że nadal nie wiadomo w jaki sposób, za pomocą jakich rozwiązań i urządzeń odwołujący zamierza zapewnić funkcję bezpiecznego zasilania maszyn. Wobec braku jednoznacznej deklaracji, zarówno w ofercie jak i w złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach, że obowiązek dostarczenia UPS leży po stronie odwołującego a nie zamawiającego zachodzi niezgodność treści oferty z treścią siwz, która w konsekwencji skutkuje koniecznością odrzucenia oferty odwołującego. Dostarczenie urządzeń UPS było wymogiem istotnym dla zamawiającego, nie podlegającym żadnym negocjacom, a zamawiający oczekiwał w ofercie jego jednoznacznego potwierdzenia. Zatem niespełnienie tego wymagania powoduje niezgodność treści oferty z treścią siwz.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty zgłoszone przez odwołującego za zasadne.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku w ofercie opisu sposobu spełniania wymagań wskazanych w poz. 8, 17, 29, 32 oraz 118 i 144, Izba zważyła, że zamawiający w rozdziale 6 pkt 6.2 siwz wymagał złożenia wraz z ofertą wstępną wypełnionej Tabeli Spełniania

Wymagań Techniczno – Eksploatacyjnych dla maszyn do opracowywania przesyłek listowych standardowych i przesyłek listowych dużych formatów (flats) dla części 1 wg. wzoru z załącznika nr 4 -1 siwz. We wskazanej tabeli wymagał zadeklarowania spełnienia wymagań (tak/ nie), wskazania miejsca spełnienia wymogów w ofercie (numery stron wraz z oznaczeniem punktów).

Odwołujący w treści załączonej do oferty Tabeli Spełnienia Wymagań Techniczno – Eksploatacyjnych dla części 1 złożył deklarację co do potwierdzenia spełnienia wymogów określonych w poz. 8, 17, 29, 32 oraz 118 i 144, wskazał również stosowne miejsca spełnienia tych wymogów w ofercie. Niemniej jednak, w ocenie zamawiającego, wskazane przez odwołującego miejsca nie odnoszą się do opisu sposobu spełnienia wymagań w ofercie.

Izba zważyła, że zgodnie z literalnym brzmieniem postanowień Tabeli Spełnienia Wymogów Techniczno – Eksploatacyjnych, zamawiający wymagał podania miejsca spełnienia wymogów w ofercie a nie, jak wskazał podczas rozprawy, miejsca opisu sposobu spełnienia wymagań. Zatem celem takiego a nie innego sformułowania treści tabeli było uzyskanie potwierdzenia w treści oferty co do zadeklarowanych parametrów technicznych a nie co do opisu sposobu ich spełnienia. Należy zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego zawartym w treści protestu, że zamawiający w żadnym z postanowień siwz nie wymagał potwierdzenia w ofercie opisu sposobu spełnienia wymagań. Poza tym wskazane w poz. 8, 17, 29, 32 oraz 118 i 144 parametry np. „wideokodowanie” czy wymóg dotyczący, aby „instalacja elektryczna maszyny nie powodowała zagrożeń porażeniowych ze strony instalacji elektrycznej maszyny są parametrami, którymi musi obligatoryjnie cechować się dostarczone urządzenie i są na tyle oczywiste, że trudno wymagać przedstawienia opisu sposobu ich spełnienia w ofercie. Wobec powyższego wystosowane do odwołującego pismo z dnia 24 czerwca 2009 roku z prośbą o wyjaśnienie i wskazanie w ofercie miejsca opisu sposobu spełnienia wymagań w zakresie pozycji 8, 17, 29, 32 oraz 118 czy 144 należy uznać nie tylko za zbędne z uwagi na oczywistość sformułowanych parametrów ale przede wszystkim – wobec braku konieczności przedstawienia opisu sposobu spełnienia wymagań - za nie znajdujące oparcia w postanowieniach siwz.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku złożenia stosownej deklaracji oraz braku wskazania miejsca spełnienia parametru podanego w poz. 97 Tabeli Spełnienia Wymagań Techniczno – Eksploatacyjnych, Izba ustaliła, że punktu 97 (pkt 3.13), gdzie zamawiający wskazał, że wymaga aby dostarczony sprzęt stanowiący wyposażenie stanowisk wideokodowania był oparty o rozwiązania o najwyższym stopniu nowoczesności zawiera trzy odrębne podpunkty (a-c), określające różne cechy uznane przez zamawiającego za istotne dla zachowania przez sprzęt odpowiedniego stopnia nowoczesności. Taki sposób skonstruowania punktu 97 prowadzi do wniosku, że podpunkty od a do c są jedynie rozwinięciem funkcji

nowoczesności, określonej w pozycji 97 i wyłącznie potwierdzenia tych funkcji wymagał zamawiający w złożonej wraz z ofertą tabeli. Sformułowanie użyte w poz. 97 jest nagłówkiem w stosunku do podpunktów a - c i należy zgodzić się z odwołującym, że nie precyzuje ono żadnego konkretnego parametru, nie ma charakteru odrębnego punktu czy parametru.

Nie można zgodzić się z zamawiającym, że przez użycie stwierdzenia „w szczególności” należy przyjąć, że wymagał od wykonawców potwierdzenia jeszcze innych niż wymienione w podpunktach a - c cech, które mają świadczyć o nowoczesności sprzętu. Obowiązkiem zamawiającego jest określenie w siwz precyzyjnych, czytelnych wymogów co do wszystkich parametrów, których spełnienia oczekuje w ofercie, a zaniechanie zamawiającego w tym zakresie nie może pociągać negatywnych skutków po stronie wykonawców.

Wyjaśnienia zamawiającego, że wymagał w poz. 97 potwierdzenia innych niż wymienione w podpunktach a - c parametrów, świadczących o nowoczesności sprzętu nie znajdują oparcia w treści samej tabeli jak i wymagań, określonych w siwz.

Nie uwzględnienie zarzutu dotyczącego poz. 232 Tabeli Spełniania Wymagań Techniczno-Exploatacyjnych w konsekwencji prowadzi do podtrzymania decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania dla zadania nr 1.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła odwołanie, uznając że wykazane naruszenia nie mają wpływu na wynik postępowania, zgodnie z art. 191 ust. 1 a ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba oddaliła oba odwołania na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 i 191 ust. 1 a ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego w wysokości 4 500 zł stosownie do nakładu pracy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....