

WYROK
z dnia 10 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2015 r. przez wykonawcę R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. L. EPS System w Trzebini w postępowaniu prowadzonym przez Akademię Górniczo- Hutniczą w Krakowie, Akademickie Centrum Komputerowe Cyfronet AGH w Krakowie przy udziale wykonawcy Delta Power spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. L. EPS System w Trzebini i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. L. EPS System w Trzebini tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. L. EPS System w Trzebini na rzecz Zamawiającego Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie, Akademickiego Centrum Komputerowego Cyfronet AGH w Krakowie kwotę 4 016 zł 99 gr [słownie: czterech tysięcy szesnastu złotych i dziewięćdziesięciu dziewięciu groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Skład orzekający

UZASADNIENIE

W postępowaniu prowadzonym przez Akademię Górniczo- Hutniczą w Krakowie, Akademickie Centrum Komputerowe Cyfronet AGH w Krakowie na „dostawę agregatów prądotwórczych 2,5 MVA”, złożone zostało odwołanie przez wykonawcę R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. L. EPS System w Trzebini, wobec wadliwego rozstrzygnięcia przetargu poprzez wybranie oferty niespełniającej istotnych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], wadliwej oceny oferty i wyboru tej, która nie spełnia kryterium oferty najkorzystniejszej, wadliwego odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Delta Power sp. z o.o. z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada SIWZ – nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego; przedstawienie oferty wariantowej pomimo wyraźnego wykluczenia takiej formy oferty w SIWZ,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 9 ust. 2 i 3 ustawy, poprzez sporządzenie części dokumentacji w języku innym niż polski, bez odpowiedniej zgody zamawiającego;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 91 ust 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Delta Power sp. z o.o., która w świetle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ponownej weryfikacji złożonych w toku przetargu ofert, unieważnienie czynności Zamawiającego związanych z wyborem oferty firmy Delta Power Sp. z o.o. jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na brak zgodności z wymaganiami SIWZ, nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podkreślił, w zakresie zarzutu wadliwego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybranie oferty niespełniającej istotnych wymagań SIWZ, że przy wyborze oferty przez Zamawiającego w toku przedmiotowego przetargu doszło do szeregu nieprawidłowości, które dotyczyły wyboru oferty wykonawcy Delta Power sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako najkorzystniejszej, która nie spełniała istotnych wymagań SIWZ. Zdaniem Odwołującego, zarzucane nieprawidłowości stanowiły przyczynę wadliwości całokształtu postępowania przetargowego, w ramach którego wybrana oferta nie

spełnia kryterium najbardziej korzystnej propozycji wykonania agregatów, spośród wszystkich biorących udział w przetargu.

Odwołujący podkreślił niewykonalność poszczególnych rozwiązań proponowanych w wybranej ofercie oraz nieprecyzyjność jej treści, jak również stopień ogólnikowości i niedopuszczalnej alternatywności poszczególnych rozwiązań oferowanego wykonania.

Odwołujący wskazał następujące uchybienia, pozostające w związku z nieprawidłowym wyborem oferty firmy Delta Power sp. z o.o.:

1. Na załączonej przez firmę Delta Power sp. z o.o. karcie katalogowej agregatu/silnika/prądnicy podano wariantowo typ kontrolera sterowania i nadzoru DeepSea/Comap. Zapis ten oznacza, że zastosowany może być w agregacie prądotwórczym sterownik firmy DeepSea lub firmy Comap i pozostawia firmie Delta Power Sp. z o.o. możliwość swobodnego wyboru układu sterowania, co niewątpliwie wpływa także na wycenę oferty w ramach zamówienia publicznego.

2. Firma Delta Power Sp. z o.o. w swojej ofercie podaje, że *„Do realizacji potrzeb własnych agregatu, zostaną przygotowane odpływy odbiorów 20kW w ramach rozdzielni głównej agregatu”*. Tymczasem w opisie *„Wentylacji i chłodzenia zespołu prądotwórczego”* punkt 2.1.2 oferent podaje, że *„Powietrze będzie doprowadzane do pomieszczenia za pośrednictwem wentylatorów kanałowych 2x2x11 kW...”*, co sumarycznie daje moc 44 kW, a więc znacznie więcej niż Delta Power Sp, z o.o. udostępni na potrzeby własne agregatu. Dodatkowo należy pamiętać, że to nie wszystkie odbiorniki agregatu zasilane z potrzeb własnych, ponieważ doliczyć należy także moce wentylatorów chłodnicy, moce grzałek płynu chłodzącego, moc pompy paliwa. Na podstawie tak przedstawionych danych należy stwierdzić, że rozwiązanie zaproponowane przez w/w Spółkę nie będzie funkcjonowało prawidłowo, a ograniczenia w ilości mocy zabezpieczeń na potrzeby własne miały wpływ na zmniejszenie oferowanej ceny.

3. Zamawiający w sposób jednoznaczny poprzez załączenie do SIWZ szczegółów dotyczących układu dylatacyjnego pod agregaty załącznik nr 9A oraz rzutów pomieszczeń agregatów załącznik 9B określił sposób usytuowania agregatów w pomieszczeniu. Tymczasem zgodnie z załączonym do oferty rysunkiem firma Delta Power Sp. z o.o. oferuje układ z obróconym o 90 stopni agregatem prądotwórczym, co uniemożliwia prawidłowe posadowienie agregatów zgodnie z projektem Zamawiającego, rzutując tym samym na cenę złożonej oferty, ponieważ skraca odcinki układu wydechowego wykonanego w poziomie. Inaczej mówiąc, w SIWZ na stronie 3 użyte zostało określenie *„W miejscu posadowienia*

agregatu istnieje dylatacja... szczegóły określa załącznik 9A”, tym samym w ocenie Odwołującego, Zamawiający jednoznacznie narzucił miejsce lokalizacji. Natomiast na przedstawionej koncepcji zabudowy przez Delta Power sp. z o.o. agregat jest obrócony o kąt. 90 stopni, tym samym nie jest przewidziane posadowienie go na istniejącym fundamencie. Wymagana jest zatem zamiana projektu budowlanego i przebudowa całej podłogi w obydwu agregatowniach.

W punkcie XXI warunków przetargu Zamawiający nie dopuścił do składania ofert wariantowych, a właśnie w tej formule została przygotowana oferta uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie legalnej definicji oferty wariantowej należy sięgnąć do regulacji art. 2 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych, który definiuje ją jako ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Przedstawiony zatem przez Delta Power sp. z o.o. sposób realizacji jest ewidentnie odmienny – wariantowy.

4. Delta Power Sp. z o.o. także w sposób niezgodny z SIWZ– w sposób wariantowy podaje wymiary oferowanego przez siebie agregatu prądotwórczego. Na karcie katalogowej agregatu/silnika/prądnicy podano wymiary [dł. x szer. x wys.] 4510x1680x2680mm, podczas gdy na anglojęzycznej karcie silnika podaje dwa warianty wykonania tego silnika w wersji Temperate gdzie podano, że wymiary samego silnika wynoszą [dł. x szer. x wys.] 4542x2185x3175mm oraz w wersji Tropical, gdzie podano, że wymiary silnika wynoszą [dł. x szer. x wys.] 4562x2185x3736mm. Ponadto w/w Spółka nie określiła w sposób jednoznaczny, która z wymienionych opcji silników jest oferowana. Podane na karcie katalogowej silnika wymiary uniemożliwiają ze względu na wysokość instalację agregatu w pomieszczeniu Zamawiającego.

5. Silnik Perkins 4016–61TRG3 występuje w 3 wersjach chłodzenia: TROPICAL, TEMPERATE, oraz w wersji bez chłodnicy, czyli do układów z „*wyniesionym układem chłodzenia*”. Zamawiający natomiast oczekiwał rozwiązania z „*wyniesionym układem chłodzenia*” [Załącznik nr 1, strona 4, punkt 4], co stoi w oczywistej sprzeczności z rozwiązaniem wybranej oferty, przez wzgląd na proponowany przez Delta Power sp. z o.o. silnik [zgodnie z załączoną kartą – na dodatek angielskojęzyczną] TEMPERATE lub TROPICAL – co również przedstawione zostało wariantowo, jednakże bez wskazania silnika zgodnego z wymaganiami SIWZ, a zatem silnika do układów z „*wyniesionym układem chłodzenia*”.

Podsumowując, Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, a zatem oferta firmy Delta Power jest niezgodna z wymaganiami SIWZ tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem „*przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada SIWZ. Utrwalony jest w orzecznictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia.*” [tak wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 754/14].

Z powyższego orzeczenia należy wnioskować, iż rozbieżnościami w ofercie, które mogą spowodować jej odrzucenie, są te, pozostające w bezpośrednim związku z treścią oferty – tak, że wywierają na nią wpływ. W ocenie odwołującego właśnie z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia w niniejszej sprawie. W wyniku wpływu owych rozbieżności ze SIWZ na treść oferty, stała się ona mniej korzystna od innych ofert zgłoszonych do przetargu. Chodzi zatem o związek przyczynowy pomiędzy niezgodnością oferty [rozumianej jako całość dokumentów określających jej treść] a oceną jej korzystności dokonywaną przez zamawiającego. Aby przeprowadzić wspomniany związek przyczynowy, należy rozstrzygnąć zagadnienie, czy jeżeli oferta złożona zostałaby w zgodzie ze SIWZ [w omawianym przypadku – w języku polskim oraz bez alternatywnych rozwiązań], to nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą, ustępując miejsca innym biorącym udział w tym samym przetargu.

Zdaniem Odwołującego, oferta złożona przez spółkę Delta Power sp. z o.o. w zgodzie z zapisami SIWZ nie byłaby uznana za najkorzystniejszą.

W wyroku KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 734/14 wskazano, iż „[...] *rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny [ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp]; dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież 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/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są umieszczane w SIWZ]; a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ [na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu] lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp [w tym próbek], potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego [na podstawie art. 26 ust. 3 i 4].”

W wyroku KIO z dnia 2 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 851/13, KIO 854/13 zawarto zapis zgodnie, z którym *„[...] zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Jednak nie każda niezgodność skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a jedynie ta, która dotyczy materialnej sfery oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie [tak wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 297/11].”*

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia KIO z dnia 23 grudnia 2013 r., sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, w którego treści wskazano, iż „art. 82 ust. 3 ustawy zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu oferta należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie 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 potwierdzenia ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc, pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. Jednakże nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów [...]. Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania [świadczenia] ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z.”

W zakresie zarzutu wadliwej oceny oferty i wyboru tej, która nie spełnia kryterium oferty najkorzystniejszej, w ocenie Odwołującego, wybrana oferta wykonawcy Delta Power

sp. z o.o. stanowi wielowariantową, nieprecyzyjną, a w niektórych przypadkach wręcz niewykonalną propozycję realizacji zamówienia agregatów, co w konsekwencji przesądza o zasadności zarzutu wadliwości zakończonego postępowania przetargowego, w wyniku którego nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem do naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy, narzucającego na Zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący podał, że wyżej opisane nieprawidłowości, które miały miejsce w zakresie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty niespieniającej istotnych warunków SIWZ skutkowały wadliwym odrzuceniem oferty złożonej przez odwołującego, która została oceniona na drugim miejscu.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Delta Power sp. z o.o. w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał bowiem szansę na uzyskanie zamówienia.

Odwołanie, skierowane wobec niewłaściwego – w ocenie Odwołującego – wyboru oferty złożonej przez Delta Power sp. z o.o. w Warszawie nie mogło być uwzględnione. Wykonawca złożył bowiem oprawną, zgodną z SIWZ oraz ustawą ofertę, która nie podlegała odrzuceniu. Finalnie, obaj wykonawcy, składając atrakcyjne oferty, nieznacznie różniące się nie tylko ceną ale i zawartością merytoryczną, konkurowali między sobą na równych i uczciwych zasadach.

Ustalono w zakresie wyznaczonym postawionymi zarzutami, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], opracowanej na użytek przedmiotowego postępowania Zamawiający, w zakresie sposobu zaprezentowania przedmiotu oferty wymagał – po pierwsze – wypełnionego i podpisanego formularza ofertowego, wskazującego m.in. ceny za dostawę agregatów, po drugie – szczegółowego opisu elementów dostawy, zawierającego jednoznaczne określenie zaoferowanych w ofercie

produktów, zawierających charakterystykę poprzez wskazanie na konkretny wyrób [producenta, typ, model] oraz podanie parametrów urządzeń umożliwiającymi zweryfikowanie ich zgodności z wymaganiami SIWZ – zgodnie z wzorem opracowanym przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał też złożenia dokumentów dotyczących oferowanych urządzeń, to jest karty katalogowej agregatu prądotwórczego, karty katalogowej silnika, karty katalogowej prądnicy, karty katalogowej wyłącznika agregatu prądotwórczego, rysunku koncepcyjnego rozmieszczenia poszczególnych elementów w pomieszczeniu agregatu, krótkiego opisu proponowanego rozwiązania dla: czerpni powietrza, układu odprowadzania spalin, układu wyniesionego chłodzenia agregatu, układu paliwowego, zasilania elektrycznego potrzeb własnych i odprowadzania mocy, przy czym opis powinien zawierać podstawowe obliczenia zastosowane dla dobrania wielkości tłumików akustycznych, ich wpływ na przepływy powietrza, dobór wszelkich wentylatorów, dobór zewnętrznej chodnicy poziomej, dobór falowników i innych kluczowych elementów [Rozdział X ust. 1 pkt 1- 3 SIWZ].

W odpowiedzi na tak opisane wymaganie wykonawca Delta Power sp. z o.o. w Warszawie złożył wymienione dokumenty: formularz ofertowy, szczegółowy opis elementów dostawy, karty katalogowe, schemat przykładowego rozmieszczenia urządzeń.

Podkreślenia wymaga, że dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ. Konieczne jest także podstawienie treści oferty, jej merytorycznej zawartości z odpowiednim wymaganiem postawionym w SIWZ.

Nie sposób bowiem tracić z pola widzenia kwestii, czym jest oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia w przyszłości. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie [opisu wymagań zamawiającego stawianych wobec przedmiotu zamówienia do zobowiązania wykonawcy] przesądza o tym,

czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Merytoryczny aspekt zaofertowanego przez wykonawców świadczenia oraz wymagania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający dla stwierdzenia zgodności oferty z SIWZ wymagał zestawu oświadczeń, w których wykonawca potwierdzi, że dostarczany na etapie wykonania umowy przedmiot będzie posiadał określone cechy i funkcjonalności a także kart katalogowych, potwierdzających, że oferowany przedmiot spełnia wymagania Zamawiającego. Takie oświadczenia i dokumenty wykonawca Delta Power sp. z o.o. w Warszawie złożył.

Podkreślenia następnie wymaga, że ofertę należy traktować jako całość, zespół zawartych w złożonych dokumentach oświadczeń i informacji, które mówią o oferowanym przedmiocie.

Odwołujący, wniosek o niezgodności oferty z SIWZ osadził w treści załączonych do oferty kart katalogowych, pomijając tę część oferty, która wyrażała odpowiednie oświadczenia i charakterystykę oferowanego przedmiotu [szczegółowy opis elementów dostawy], gdzie wykonawca Delta Power sp. z o.o. w Warszawie opisał przedmiot oferty w sposób odpowiadający treści SIWZ.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że karty katalogowe stanowią ogólną, uniwersalną charakterystykę urządzeń i nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania i z uwzględnieniem potrzeb i wymagań danego zamawiającego. Natura tego rodzaju dokumentu wskazuje, że zwykle zawiera on standardową charakterystykę, nie uwzględniającą możliwych modyfikacji przedmiotu na szczególne zamówienie, które są dostępne w ramach indywidualnych uzgodnień z producentem, jak i niejednokrotnie zawiera więcej niż jedną opcji zastosowania określonych urządzeń peryferyjnych czy elementów składowych dostępnych w określonym spektrum możliwości [rodzaje i moc silnika, rodzaje chłodnicy, możliwość dostawy urządzenia bez chłodnicy]. Tak więc, jeśli karty katalogowe, w kształcie wynikającym z opracowania ich przez producenta i unifikacji stosowanych opisów zawierają takie a nie inne informacje, przewidujące możliwe alternatywne rozwiązania, trudno wykonawcy stawiać zarzuty z tytułu przedstawienia ich w rzeczywistym brzmieniu, a jeszcze trudniej oczekiwać, by wykonawca ingerował w ich treść dostosowując je na potrzeby konkretnego postępowania. Skoro Zamawiający wymagał m.in. złożenia kart katalogowych to musiał liczyć się z tym, że charakter tego rodzaju dokumentu powoduje, że

będą one zawierały informacje operujące określonym poziomem ogólności, uniwersalnym opisem i charakterystyką przewidującą ewentualne opcje w zakresie możliwych rozwiązań, zaś wykonawcy nie można stawiać zarzutów, że uczynił zadość tak postawionemu wymaganiu.

Zamawiający wymagał na potwierdzenie, że oferowany przedmiot spełnia wymagania stawiane w SIWZ właśnie kart katalogowych a nie opisów i charakterystyk opisujących przedmiot oferty w kontekście wymagań postawionych w tym postępowaniu. Stąd nie sposób stawiać zarzutów w związku z tym, że wystawiane przez producenta karty katalogowe prezentują różne warianty i możliwości konfiguracji oraz elementy możliwe opcjonalnie do zastosowania [por. wyrok KIO z 30 marca 2010 r. w spr. KIO/UZP 280/10]. Nie oznacza to – wbrew stanowisku prezentowanemu przez Odwołującego – wariantowej oferty. Ofertę w tym wypadku wyraża bowiem jednoznaczne i kategoryczne stanowisko wykonawcy, opisującego oferowany przedmiot, wyrażone w szczegółowym opisie elementów dostawy. Karty katalogowe oraz ich zawartość nie mają w tej mierze znaczenia przesądzającego, a w każdym razie nie stanowią o niezgodności oferty z SIWZ, jeśli opisują, jako jedno z wielu możliwych rozwiązań to, które mieści się w zakresie wymagań Zamawiającego.

Z tego względu należało uznać za niepotwierdzony zarzut wskazujący na wariantowy charakter oferty uznanej za najkorzystniejszą a także na brak jej precyzji.

Konsekwencją powyższego jest, że zarzut wskazujący na niezgodność z SIWZ w zakresie typu kontrolera sterowania i nadzoru, co do którego w karcie katalogowej agregatu /silnika/prądnicy podano dwa możliwe typy i producentów kontrolera [DeepSea lub Comap] nie oznacza wariantowości oferty. To, że w karcie katalogowej wskazano te dwa możliwe do zastosowania sterowniki nie prowadzi do wniosku o wariantowym charakterze oferty, ani do stwierdzenia jej niezgodności z SIWZ, szczególnie że Zamawiający nie postawił w tym zakresie jakichkolwiek wymagań. Nie sposób też w tej mierze podzielić argumentacji zawartej w odwołaniu, jakoby możliwość swobodnego, na etapie wykonywania umowy wyboru tego sterownika wpływała na wycenę oferty w ramach zamówienia. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że wykonawca, jako gospodarz i kreator składanej oferty, ma na całym etapie jej kształtowania swobodę w zakresie dokonania wyceny oferty. Nie ma więc potrzeby w tej mierze czynienia tego rodzaju kreatywnych działań, polegających na wskazywaniu szerszego katalogu możliwych do zastosowania rozwiązań, jeśli posiada od samego początku możliwość swobodnego dobrania poszczególnych elementów urządzeń i ich wyceny według własnego uznania i kalkulacji.

Podobnie należało ocenić zarzut wskazujący na niezgodne z SIWZ podanie

w kartach katalogowych wymiarów silnika. Jak wskazano wyżej, Odwołujący przypisuje niewłaściwe znaczenie zawartości kart katalogowych upatrując obowiązku, by w sposób jednoznaczny i dostosowany do wymagań tego postępowania charakteryzowały one oferowany przedmiot i żaden inny. Fakt, że w kartach katalogowych podano wymiary dwóch rodzajów silnika Perkins [wersja Temperate oraz wersja Tropical] a także, że dla obu wersji silnika nie podano silnika bez chłodnicy [z wyniesionym układem chłodzenia] a tylko silnik bez chłodnicy jest wymagany w tym postępowaniu, nie oznacza jeszcze, że zaoferowano niewłaściwy silnik. Wykonawca Delta Power sp. z o.o. w Warszawie w opisie zaoferowanego rozwiązania wyraźnie podał, że oferuje agregat w którym zostanie zainstalowana chłodnica stołowa wyniesiona, co oznacza silnik bez układu chłodzenia. Opis w karcie katalogowej mówiący o dwóch rodzajach silnika, w tym podanie ich wielkości z uwzględnieniem chłodnicy jest zrozumiały, skoro karty katalogowe posługują się opisami typowymi, właściwymi dla wersji podstawowej, co do której wykonawca może zaoferować silnik bez chłodnicy, o odpowiednio mniejszej wadze i wielkości.

Zarzuty Odwołującego sprowadzają się w tej mierze do próby wykazania nie niezgodności oferowanego sprzętu z SIWZ, ale braku takiej charakterystyki w kartach katalogowych oferowanego sprzętu, która by dokładnie odzwierciedlała ten sprzęt z uwzględnieniem jego szczegółowej konfiguracji dedykowanej dla tego postępowania. Znamienne jest bowiem, że obaj wykonawcy: Odwołujący oraz Delta Power sp. z o.o. w Warszawie oferują agregaty z tym samym silnikiem a jedyna różnica jest taka, że Odwołujący posłużył się kartami katalogowymi przygotowanymi dla tego postępowania, podczas gdy Przystępujący przedstawił karty dostępne powszechnie, zawierające uniwersalną charakterystykę urządzeń.

Stąd zarzuty, mające wykazać wariantowy charakter oferty w zakresie zaoferowanej wersji silnika oraz braku zaoferowania silnika z wyniesionym układem chłodzenia nie zasługiwały na akceptację.

Nie znalazły także potwierdzenia zarzuty wskazujące na dalsze niezgodności oferty złożonej przez Delta Power sp. z o.o. w Warszawie z SIWZ.

Zarzut, wskazujący na założenie zbyt małej mocy na potrzeby własne agregatu także nie został wykazany. Odwołujący w tej mierze argumentuje, że wykonawca Delta Power sp. z o.o. w Warszawie przewidział do realizacji potrzeb własnych agregatu przygotowane odpływy odbiorów 20 kW w ramach rozdzielni głównej agregatu a zarazem w opisie „Wentylacji i chłodzenia zespołu prądotwórczego” podał, że powietrze będzie doprowadzane do pomieszczenia za pośrednictwem wentylatorów kanałowych 2x2x11 kW,

co daje moc 44 kW, czyli więcej niż przewidziano na potrzeby własne agregatu. Tak postawiony zarzut i mająca go potwierdzać argumentacja abstrahuje jednak, że Zamawiający nie postawił w tej mierze szczególnych wymagań, nie wyłączył przy tym możliwości korzystania z sieci energetycznej Zamawiającego. Nie ma więc przeszkód, by zapotrzebowane własne mocy było realizowane nie z oferowanego agregatu, ale z zasobów Zamawiającego, to jest z jego sieci energetycznej. Zamawiający wykazał bowiem, że w trakcie pracy agregatów dostarczana jest moc również na cele zasilania chłodzenia, a poza pracą [w trakcie postoju agregatu], agregatu ta moc ma być pobierana z zasobów AGH. W SIWZ brak jest postanowień, z którymi tego rodzaju byłoby niezgodne.

Nie jest także trafnym ten zarzut, który wskazywał na niezgodne z SIWZ posadowienie agregatu, co Odwołujący wywodził na podstawie rysunku załączonego do oferty Delta Power sp. z o.o. w Warszawie. Powyższy zarzut został postawiony w oparciu o określoną interpretację SIWZ, która jednak, po szczegółowej lekturze, nie daje podstaw do przyjęcia, że Zamawiający postawił wymagania co do sposobu posadowienia i rozmieszczenia agregatów. Wniosek o niezgodności oferty z SIWZ Odwołujący wysnuł w oparciu o następujący element treści SIWZ: *„W miejscu posadowienia agregatu istnieje dylatacja... szczegóły określa załącznik 9A”* a także z szczegółów dotyczących układu dylatacyjnego pod agregaty, które obrazuje rysunek stanowiący załącznik nr 9A oraz rzutów pomieszczeń agregatów stanowiących załącznik 9B. Pełne brzmienie postanowienia SIWZ w tej mierze mówi natomiast: *„Agregat będzie ustawiony na odpowiednio przygotowanym i oddylatowanym od konstrukcji budynku fundamencie, wyrównanym z poziomem posadzki. W miejscu posadowienia agregatu istnieje dylatacja obejmująca powierzchnię 5,73 x 2,60 m wykonana z materiału Sylomer. Dylatacja pionowa jest wykonana z materiału Sylomer SR18 o grubości 25 mm. Dylatacja pozioma jest wykonana z 15 elementów o wymiarach 300x280x50 mm, materiał Sylomer SR20. Szczegóły układu dylatacyjnego określa załącznik nr 9A do SIWZ”* [str. 3 SIWZ].

Dodatkowo, o charakterze i znaczeniu załączonych do SIWZ rysunków nr 9B, 9C 9D oraz 9E Zamawiający przesądził w SIWZ, wskazując, że *„Pomieszczenia przeznaczone do montażu agregatów [przyziemie, dach, kanały czerpni, wyrzutni, odprowadzania spalin oraz konstrukcja wsporcza] – przedstawiają rysunki zawarte w załącznikach nr 9B, 9C, 9C, 9D oraz 9E do SIWZ”*.

Analiza postanowień SIWZ wskazuje, że ta część opisu dotyczy charakterystyki zasobów Zamawiającego i ma znaczenie informacyjne o infrastrukturze i rozmieszczeniu określonych jej elementów w obiektach Zamawiającego a nie pełni roli obligującej wykonawców do takiego lub innego rozplanowania agregatów. W postanowieniach tych brak

jest bowiem wyrażonych w formule imperatywu oczekiwań Zamawiającego, z których można byłoby wyczytać obowiązek określonego ulokowania agregatów. Ten sam wniosek płynie z analizy postanowień mówiących o znaczeniu poszczególnych załączników, w tym 9A, 9B i następnych – każdorazowo w SIWZ zostało wskazane, że rysunki te przedstawiają czy określają stan istniejący [szczegóły układu dylatacyjnego, pomieszczenia przeznaczone do montażu agregatów]. Co więcej, samo postanowienie, w którego treści Odwołujący upatrywał źródła obowiązku posadowienia agregatu na aktualnie istniejącym fundamencie z zachowaniem obecnego układu dylatacji wyrażone jest w czasie przyszłym i nie odnosi się do istniejącego fundamentu i systemu dylatacji, ale wskazuje stan przyszły, w ramach którego dopiero ów fundament będzie przygotowany [*„Agregat będzie ustawiony na odpowiednio przygotowanym i oddylatowanym od konstrukcji budynku fundamencie, wyrównanym z poziomem posadzki ...”*]. Nie sposób w tym postanowieniu wyczytać obowiązku zachowania aktualnego układu dylatacji oraz fundamentu, w przeciwieństwie do innych postanowień, w których posłużono się kategorią formą [co dotyczy, przykładowo, tego wymagania, które mówi że rurociągi paliwowe z magazynu paliwa do pomieszczenia agregatu należy prowadzić w kanale podłogowym].

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że postanowienia SIWZ należy odczytywać w sposób ścisły, dokonując takiej jej interpretacji, która znajduje odzwierciedlenie w literalnym brzmieniu tego dokumentu. Zaakcentowano to w orzecznictwie, przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 października 2014 r. w spr. V Ca 2266/14, w którym wskazano, że *„[...] wykładnia oświadczenia woli stanowi zespół czynności prowadzących do ustalenia znaczenia danej wypowiedzi. Wykładni podlegają wszystkie oświadczenia woli, składane w ramach czynności jednostronnych, umów, uchwał ciał kolegialnych, a także statutów osób prawnych. Nie budzi też zatem wątpliwości możliwość objęcia metodami interpretacyjnymi zapisów warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzonych na potrzeby realizacji zamówienia przez zamawiających. Pamiętać jednak należy, że prawo zamówień publicznych ze względu na swą specyfikę wynikającą przede wszystkim z faktu dysponowania przez zamawiających środkami publicznymi ma niezwykle sformalizowany charakter. Powoduje to, że do interpretacji oświadczeń składanych przez zamawiających należy podchodzić z dużą ostrożnością oraz założeniem, że zamawiający to podmiot profesjonalny, posługujący się obsługą specjalistów i co więcej działający w sztywnych ramach ustawy prawo zamówień publicznych. Co do zasady zgodnie z art. 65 k.c. wykładnia dokonywana jest na trzech poziomach. Pierwszy wyznaczany jest przez dosłowne brzmienie tekstu, drugi zdeterminowany jest przez treść odczytywaną przy zastosowaniu reguł interpretacyjnych wyrażonych w art. 65 § 1 k.c.s trzeci zaś polega na ustaleniu znaczenia oświadczeń woli*

przez odwołanie do zgodnego zamiaru i celu umowy [art. 65 § 2 k.c]. Podstawę wykładni oświadczeń woli mających formę pisemną stanowi tekst dokumentu, w którym ujęto oświadczenie woli, lecz uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź możliwy do ustalenia na podstawie postanowień umowy. Niebagatelne znaczenie ma przy ocenie omawianego zarzutu zasada clara non sunt interpretanda. W ocenie Sądu Okręgowego warunek udziału w postępowaniu zamieszczony w sekcji III.2.3 ppkt II lit. a ogłoszenia o zamówieniu nie budzi wątpliwości, jest jasny w swej treści znaczeniowej, wobec czego w zasadzie kierując się wyżej przytoczoną regułą clara non sunt interpretanda nie powinien podlegać dalszym zabiegom interpretacyjnym. Gdyby jednak nawet przyjąć [bo i takie stanowisko znaleźć można w doktrynie], że hipoteza art. 65 k.c. „nie jest ograniczona do oświadczeń woli, które nie są jasne, dlatego wykładni podlega każde oświadczenie woli” [P. Sobolewski [w:] Kodeks cywilny..., red. K. Osajda, t. 1, s. 687], to i tak zdaniem Sądu Okręgowego zarzut naruszenia art. 65 par. 1 kc nie mógłby zostać uznany za trafny. Wskazać trzeba przede wszystkim, że oświadczenie zamawiającego może być tłumaczone tak „jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”, taka jest bowiem dokładna treść omawianego przepisu art. 65 par. 1 kc. Oświadczenie zamawiającego nie podlega natomiast regułom z art. 65 par. 2 kc, który przecież odnosi się jedynie do umów. Zatem wszystkie argumenty skarżącego co do tego jaki był zgodny zamiar stron i cel zapisu są po prostu nieprzystające do stanu faktycznego sprawy niniejszej, w której nie mamy do czynienia z interpretacją umowy. W toku postępowania nie zostało natomiast w żaden sposób wykazane, że wymóg dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia posiadającymi umiejętności potwierdzonymi dokumentem nie wynikał z okoliczności czy też zasad współżycia społecznego czy określonych zwyczajów. W ocenie Sadu Okręgowego przy rozpoznawaniu sprawy z zakresu prawa zamówień publicznych w ogóle wątpliwa wydaje się zasadność interpretowania oświadczeń uczestników postępowania w kontekście tych dwóch ostatnich przesłanek, natomiast jeśli chodzi o przesłankę „okoliczności” to zapewne w okolicznościach tej sprawy zamawiający zawarł treść o brzmieniu literalnym zgodnym z jego wolą, a późniejsze jego stanowisko, w istocie sprzeczne z zapisem należy traktować jako próbę „dostosowania” wymogu do sytuacji, która nastąpiła po upływie terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.”

Postanowienia SIWZ opracowane na potrzeby niniejszego nie dają podstawy do takiej ich interpretacji, która pozwalałaby na przyjęcie, że Zamawiający wymagał takiego posadowienia agregatów, które wyrażono na rysunkach obrazującym aktualny rozkład pomieszczeń i rozmieszczenie dylatacji.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że analiza załącznika nr 1 do SIWZ, stanowiącego szczegółowe wymagania dotyczące elementów dostawy oraz montażu wskazuje, że Zamawiający ukształtował obowiązki wykonawcy w zakresie szczegółowego rozplanowania przedmiotu dostawy na relatywnie wysokim stopniu elastyczności i swobody wykonawcy, jedynie w niezbędnym zakresie stawiając w sztywny sposób wymagania co do rozmieszczenia i szczegółowych rozwiązań związanych z montażem agregatów.

Wskazuje na to szereg postanowień tego dokumentu, przykładowo tych, które mówią o tym, że *„miejsce montażu wentylatorów, ich ilość i parametry zostaną dobrane przez Wykonawcę”*; *„Dokładne wymiary tłumików i ich ilość zostaną dobrane przez Wykonawcę z uwagi na różne wymagania silników spalinowych”*; *„Dokładną długość i ilość poszczególnych elementów, w tym kolan i elementów mocujących Wykonawca oceni samodzielnie z uwzględnieniem wymagań silnika [...]”*; *„Jeśli Wykonawca uzna, że przygotowane przejścia dla układu spalinowego nie posiadają wystarczającej średnicy, powiększenie przejść leży po stronie Wykonawcy”*; *„Jeżeli Wykonawca uzna, że rury o przekroju DN100 nie są właściwe dla dostarczanego przez niego agregatu, dobierze i wykona odpowiednie przekroje we własnym zakresie”*; *„Wykonawca określi moce i sposób doprowadzenia i podłączenia potrzeb własnych agregatu [układy pracujące w czasie postoju agregatu prądotwórczego].”*

Powyższe postanowienia SIWZ wskazują, że Zamawiający położył akcent na osiągnięcie rezultatu, pozostawiając swobodę wykonawcy co do szczegółowych rozwiązań i nie narzucał takich elementów, jak sporne posadowienie agregatów. Powyższe jest zresztą zrozumiałe, bowiem tego rodzaju przedsięwzięcia mają charakter dynamiczny i niejednokrotnie ujawniają konieczność zastosowania określonych rozwiązań w zakresie instalacji, posadowienia, szczegółowego rozplanowania w toku ich wykonywania.

Także co do spornego rysunku zawartego w ofercie wykonawcy Delta Power sp. z o.o. w Warszawie, w którego zawartości Odwołujący upatruje podstaw wniosku o niezgodności z SIWZ, jego autor zaakcentował, że stanowi on określoną projekcję, rozwiązanie przykładowe, co wynika z jego zatytułowania.

Powyższe czyni postawiony w tej mierze zarzut – niepotwierdzonym.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut wskazujący na bezprawne sporządzenie przez wykonawcę Delta Power sp. z o.o. w Warszawie części dokumentacji [kart katalogowych] w języku angielskim. Uszło uwadze Odwołującego, że w tej mierze Zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2015 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia

dokumentów w zakresie ich tłumaczenia na język polski, czemu wezwany wykonawca sprostał. Odwołujący przyznał, że z tą częścią dokumentacji się nie zapoznał. Postawiony zarzut nie znajduje zatem potwierdzenia w okolicznościach wynikających z dokumentacji postępowania.

Nie zasługiwał wreszcie na uwzględnienie zarzut odnoszący się do „wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego”. Oferta Odwołującego nie została odrzucona. Odwołujący zdaje się błędnie utożsamiać odrzucenie oferty z zaniechaniem jej wyboru, wobec postawionych przez siebie zarzutów. Postawione wobec uznanej za najkorzystniejszą oferty zarzuty okazały się nieuzasadnione, co czyni ten zarzut, osadzony w treści art. 91 ust. 1 ustawy, niepotwierdzonym.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, iż nie potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Delta Power sp. z o.o. z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada SIWZ, art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. art. 9 ust. 2 i 3 ustawy, poprzez sporządzenie części dokumentacji w języku innym niż polski, bez odpowiedniej zgody zamawiającego oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 91 ust 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Delta Power sp. z o.o., która w świetle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający: