

Sygn. akt: KIO 2491/14

WYROK
z dnia 15 grudnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2014 roku przez wykonawcę CAGEN Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Telewizyjnej 3, Koninko, 62-023 Kórnik

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Akademię Górniczo-Hutniczą w Krakowie, Akademickie Centrum Komputerowe CYFRONET AGH z siedzibą w Krakowie przy ulicy Nawojki 11, 30-950 Kraków

przy udziale wykonawców:

- R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EPS System R. L. z siedzibą w Trzebini przy ulicy Harcerskiej 16, 32-540 Trzebinia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe HORUS-ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku przy ulicy Drobiarskiej 43, 05-070 Sulejówek zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę CAGEN Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Telewizyjnej 3, Koninko, 62-023 Kórnik i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez CAGEN Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Telewizyjnej 3, Koninko, 62-023 Kórnik tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy CAGEN Sp. z o.o. z siedzibą przy ulicy Telewizyjnej 3, Koninko, 62-023 Kórnik na rzecz Zamawiającego Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie, Akademickie Centrum Komputerowe CYFRONET AGH z siedzibą w Krakowie przy ulicy Nawojki 11, 30-950 Kraków kwotę 3 791,69 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt jeden złotych, sześćdziesiąt dziewięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa na rozprawie oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2491/14

UZASADNIENIE

Zamawiający Akademię Górniczo-Hutniczą w Krakowie, Akademickie Centrum Komputerowe CYFRONET AGH z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie dostawy i instalacji agregatu prądotwórczego 2,5 MVA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 września 2014 roku pod numerem 2014/S 176-310323.

27 listopada 2014 roku działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

- wyborze w dniu 18 listopada 2014 r. w postępowaniu, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Handlowo — Usługowe Horus-Energia Sp. z o.o.,
- odrzuceniu oferty Odwołującego, w sytuacji gdy nie zaistniały przesłanki odrzucenia wskazane w ustawie,
- zaniechaniu wyboru w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- przepisu art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania nie zachowując zasady równego traktowania wykonawców,
- przepisów art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ustawy przez błędne zastosowanie art. 89 ustawy polegające na odrzuceniu oferty na skutek tego, iż Odwołujący nie podał wymaganej informacji o modelu wyłącznika głównego, podczas kiedy model Schneider Electric wynikał z opisu parametrów tego urządzenia, iż jest to: wyłącznik 4000A, w wersji wysuwnej przystosowany do monitorowania położenia styków; stan wyłącznika musi być przystosowany do istniejącego systemu monitoringu zasilania Power Ekspert 7.2 — Schneider Electric,
nadto jeżeli była w tym zakresie ewentualna wątpliwość u zamawiającego, to mogła być w każdym momencie usunięta na jego żądanie na podstawie art. 87 ust 1 ustawy, którego przepisu w ogóle nie zastosowano,
- przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezastosowanie polegające na nie podaniu podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego, w sytuacji gdy w stosunku do pozostałych dwóch wykonawców EPS System R. L. oraz Delta Power

sp. z o.o., których oferty odrzucono zamawiający wyraźnie wskazał podstawę prawną, iż „treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”,

Odwołujący wniósł o:

uwzględnienie odwołania w całości przez unieważnienie czynności Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu wyboru w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, albowiem z uwagi na wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy nieudzielenie zamówienia Odwołującemu spowoduje powstanie po jego stronie szkody.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego nie wskazując podstawy prawnej jedynie powołując się na okoliczność, iż *w ofercie nie podano wymaganej informacji o modelu wyłącznika głównego, nie można więc ustalić jaki wyłącznik jest przedmiotem ofert.* Tym samym Zamawiający rażąco naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezastosowanie, a polegające na nie podaniu podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, podczas kiedy w stosunku do pozostałych wykonawców taka podstawa prawna została precyzyjnie podana.

Następnie Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: SIWZ) Zamawiający określił wymagania szczegółowe odnośnie agregatu prądotwórczego, wskazując na parametry wyłącznika głównego: *Wyłącznik 4000A, w wersji wysuwnej przystosowany do monitorowania położenia styków. Stan wyłącznika musi być przystosowany do istniejącego systemu monitoringu zasilania PowerEkspert 7.2 — Schneider Electric.* W związku z powyższym, przygotowując ofertę na podstawie załącznika do Formularza ofertowego „Szczegółowy opis elementów dostawy”, w tabeli dotyczącej wyłącznika głównego Odwołujący wpisał:

producent: - Schneider Electric

parametry urządzenia: - wyłącznik 4000A, w wersji wysuwnej przystosowany do monitorowania położenia styków

Źródło informacji, które umożliwią zamawiającemu potwierdzenie oferowanych parametrów

dostawy: - Karta katalogowa

Ponadto dodatkowo w karcie katalogowej agregatu TCA 2500 dołączonej do złożonej oferty w części „wyłącznik” Odwołujący wyraźnie wskazał na parametry oferowanego przez siebie wyłącznika *Wyłącznik 4000A , w wersji wysuwnej przystosowany do monitorowania położenia styków. Stan wyłącznika przystosowany do istniejącego systemu monitoringu nasilania PowerEkspert 7.2 — Schneider Electric*”. Tym samym Odwołujący w pełni zagwarantował spełnienie wymaganych przez Zamawiającego parametrów odnośnie wyłącznika. Zaznaczyć należy, że Odwołujący celowo wybrał wyłącznik Schneider Electric, po to aby nie było żadnych problemów z podłączeniem do systemu określonego przez zamawiającego, tj. PowerEkspert 7.2 - Schneider Electric. Odwołujący argumentował, że *jeżeli Zamawiającemu nie wystarczały takie informacje jakie podał odwołujący, to powinien był zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 30.03.2010 (sygn. X Ga 7/2010): Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budulca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane popalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał.*

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał skorzystania z przepisu art. 87 ustawy i nie żądał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, która wskazywała na parametry wyłącznika produkcji Schneider Electric.

Odwołujący wyjaśniał, że specyfikacje podana przez Odwołującego w ofercie spełnia tylko jeden model wyłącznika produkowanego przez firmę Schneider Electric.

Odwołujący powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2707 /12 i wykazywał, że naruszenie przez wykonawcę art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy miałyby miejsce, w przypadku kiedy wykonawca wezwany do wyjaśnienia wykazałby, że zaoferowane urządzenie o parametrach wskazanych w SIWZ i w ofercie jest w istocie innym urządzeniem niż to, które zostało zaoferowane. Tylko wtedy można byłoby uznać, iż złożone wyjaśnienie powoduje tak istotną zmianę oświadczenia zawartego w ofercie, że nie jest możliwe zachowanie tożsamości przedmiotu zamówienia w niej zaoferowanego, a tym samym niezgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazywał, że załącznik do formularza ofertowego nie został skonstruowany w sposób pozwalający na jednoznaczną interpretację sposobu jego wypełnienia. Pierwsza kolumna została wypełniona przez Zamawiającego i nie pozostawił on żadnej informacji jakoby wykonawcy mieli ją jeszcze dodatkowo uzupełniać (np. przez wykropkowanie). Załącznik ten w podobny sposób zrozumiały dwie niezależne firmy tj. Qumak S.A. oraz Odwołujący nie uzupełniając pierwszej kolumny. Jednakże informacje podane w formularzu ofertowym oraz uzupełniających go kartach katalogowych wskazały w sposób jednoznaczny podzespoły agregatu (opis wyłącznika podany przez Odwołującego w formularzu oraz karcie katalogowej spełnia tylko jeden model na rynku i nie ma możliwości dostarczenia odmiennego modelu towaru). Odwołujący dodatkowo wskazuje, że zamawiający nierówno potraktował wykonawców naruszając tym samym fundamentalną zasadę art. 7 ust. 1 ustawy, nie odrzucając wykonawcy firmy Qumak S.A., a który kolumnę, która powinna zawierać nazwę, typ i model elementów dostawy,(tj.: „agregat prądotwórczy”, „silnik”, „prądnica”, „wyłącznik główny”), również pozostawił bez dodatkowego komentarza.

Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż Zamawiający powinien mieć na uwadze racjonalne wydatkowanie środków publicznych (co dodatkowo przytacza wyżej cytowane orzeczenie KIO2707/12 z dnia 8 stycznia 2013 r.), a różnica między ofertą Odwołującego a Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Handlowo — Usługowe Horus-Energia sp. z o.o. to 140.000 zł na korzyść Odwołującego, z kolei wyłącznik agregatu to koszt około 35.000 zł, czyli niewielki procent wartości zamówienia i cztery razy mniej niż różnica w porównywanych ofertach. Na marginesie zaznaczył, że wyłącznik stanowi mało istotną wartościowo część zamówienia. W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający rażąco naruszył art. 7 ust. 1, 89 i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy i zaniechał zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy, a więc podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający otrzymał ofertę, z której wynikało, że wyłącznik w pełni będzie zgodny z wszystkimi parametrami podanymi w SIWZ, i nawet jeżeli Odwołujący błędnie zrozumiał wytyczne Zamawiającego co do sposobu wypełnienia Formularza ofertowego i omyłkowo opuścił w tabeli pierwszą kolumnę, łącznie z modelem wyłącznika, to z dalszej części opisu specyfikacji wyłącznika wynikało wyraźnie, że to model Schneider Electric, ponadto w karcie katalogowej agregatu TCA 2500 na stronie 4 odwołujący gwarantował, że wyłącznik spełnia SIWZ. Powołał orzeczenie z 8 listopada 2011 roku o sygnaturze akt KIO

2317/10 i zarzucił Zamawiającemu, że miał możliwość zwrócenia się z żądaniem wyjaśnień do Odwołującego, czego zaniechał.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 listopada 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły strony i uczestnicy postępowania na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie wykonawców:

- R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EPS System R. L. z siedzibą w Trzebini przy ulicy Harcerskiej 16, 32-540 Trzebinia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe HORUS-ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku przy ulicy Drobiarskiej 43, 05-070 Sulejówek zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym*

wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 27 listopada 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania (1 grudnia 2014 roku - poniedziałek), zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenia przystąpienia doręczone zostały Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopie zostały przekazane Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Izba uznała, że wykonawcy:

- R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EPS System R. L. z siedzibą w Trzebini przy ulicy Harcerskiej 16, 32-540 Trzebinia stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe HORUS-ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku przy ulicy Drobiarskiej 43, 05-070 Sulejówek stała się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu oraz dokumenty złożone w postępowaniu przy odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający złożył *Odpowiedź na odwołanie* z dnia 9 grudnia 2014 roku.

Izba ustaliła i stwierdziła co następuje:

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika

postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) część X – opis sposobu przygotowania oferty, pkt 1 – Na zawartość oferty składa się: pkt 2) – *szczegółowy opis elementów dostawy. Wykonawca zobowiązany jest do jednoznacznego określenia zaofertowanych w ofercie produktów, charakteryzując je poprzez wskazanie na konkretny wyrób (producenta, typ, model) oraz podania parametrów – urządzenia umożliwiających zweryfikowanie przez Zamawiającego ich zgodności z wymaganiami SIWZ – zgodnie ze wzorem załączonym do formularza ofertowego, który stanowić będzie treść oferty.*

Izba ustaliła, że Zamawiający nie wymagał kart katalogowych „wyłącznika głównego” (nie zostały wymienione w SIWZ części X pkt 1 pkt 3 – *dokumenty dotyczące oferowanych elementów dostawy*). Brak określenia wymagania składania wraz z ofertą kart katalogowych dla „wyłącznika głównego” został potwierdzony przez Strony na rozprawie.

W Załączniku nr 1 do SIWZ - *Szczegółowe wymagania dotyczące elementów dostawy oraz wykonania poszczególnych instalacji*

Zamawiający określił w części zatytułowanej „Wyłącznik”:

Wyłącznik 4000A, w wersji wysuwnej przystosowany do monitorowania położenia styków. Stan wyłącznika musi być przystosowany do istniejącego systemu monitoringu zasilania PowerEkspert 7.2 — Schneider 'Electric

W części zatytułowanej „Zespół prądotwórczy musi być wyposażony w: (...)”

- wyłącznik główny 3-polowy, 4000A umieszczony w wolnostojącej szafy z kompletnym zabezpieczeniem przeciążeniowym i zwarciovym podejściem kablowym od strony prądnicy i odejściem w postaci szynoprzewodów (okablowanie pomiędzy prądnicą i wyłącznikiem głównym oraz podłączenie szynoprzewodu pozostaje w zakresie wykonawcy).

W załączniku do Formularza Ofertowego zawarta została tabela poprzedzona słowami *Szczegółowy opis elementów dostawy*. W tabeli składającej się z czterech kolumn, pierwszą kolumnę zatytułowano „Nazwa/typ/ model oferowanych elementów dostawy, wyspecyfikowanych w SIWZ”; następnie w każdym z czterech wierszy został podany przez Zamawiającego w pierwszej kolumnie kolejno: Agregat prądotwórczy, Silnik, Prądnica, Wyłącznik główny.

W Formularzu Ofertowym (Załącznik nr 7 do SIWZ) zawarte zostało postanowienie: *Oferujemy dostawę i instalację agregatu prądotwórczego 2,5 MVA, zgodnie z zakresem określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

W ofercie Odwołującego na stronie trzeciej załączona została tabela z załącznika do Formularza Ofertowego, Odwołujący w pierwszej kolumnie nie podał dla żadnego z oferowanych urządzeń typu ani modelu urządzenia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści, a także art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi przez Zamawiającego na rozprawie jak również w piśmie stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego uwzględnił fakt, że mimo niewpisania w kolumnie pierwszej konkretnych modeli oferowanych urządzeń – agregatu, silnika, prądnicy – wynikają one z kart katalogowych złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą. Natomiast w przypadku wyłącznika głównego nie można było ustalić na podstawie dokumentów złożonych przez Odwołującego nazwy typu modelu tego urządzenia, które zaoferował Odwołujący.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że załącznik do Formularza Ofertowego został wypełniony prawidłowo jak również w odpowiedzi na pytanie podał, że *z kart katalogowych nie wynika nazwa, typ i model oferowanego wyłącznika głównego.* Obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę było wskazanie nazwy, modelu i typu oferowanego urządzenia, w tym wyłącznika głównego.

Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego uwzględniając informacje zawarte w całej ofercie i uznał, że dla urządzeń innych niż wyłącznik główny podane zostały wymagane

informacje, choć w innym miejscu niż załącznik do Formularza Ofertowego co należy ocenić jako prawidłowe działanie Zamawiającego.

Należy w tym miejscu wskazać, że również uczestnika postępowania odwoławczego EPS System R. L. niezasadnie podnosił, że nie zostały sprecyzowane przez Zamawiającego wymagania co do podania informacji w załączniku do Formularza Ofertowego; po pierwsze, wszystkie wymagania zostały określone w sposób precyzyjny w SWIZ (część X pkr 1 ppkt 2)), po drugie - nie stanowiło dla uczestnika postępowania problemu zinterpretowanie wymagań Zamawiającego przy wypełnianiu załącznika do Formularza Ofertowego w zakresie agregatu, silnika, prądnicy, w których podał on wymagane przez Zamawiającego informacje oferowanego urządzenia, natomiast nie podał ich w przypadku wyłącznika głównego (str. 3 oferty); po trzecie – nie można zgodzić się z argumentacją, że Zamawiający *w swojej ocenie brnął w szczególności, niedopowiedzenia, wymagał bardziej szczegółowych informacji niż było to określone w specyfikacji*, bowiem Zamawiający dokonał oceny zgodnie z wymaganiami jakie określił i oceniał oferty zgodnie z postanowieniami SWIZ.

Odwołujący wskazywał na stronę 33 złożonej oferty (część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) i wyjaśniał, że zawartego tam opisu w punkcie „*wyłącznik*” wynika, że *zaoferowane zostały wszystkie parametry wymagane przez Zamawiającego*. Informacje podane przez Odwołującego zarówno w załączniku do Formularza Ofertowego jak również w Karcie katalogowej, na którą się powoływał, określają jedynie wybrane parametry urządzenia i nie sposób ich uznać za podanie typu i modelu urządzenia oferowanego.

Nie można zgodzić się również z Odwołującym, że Zamawiający w sposób nierówny traktował wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu. Odwołujący powoływał się na ocenę oferty firmy Qumak, jednakże odnosił się tylko do części jawnej tej oferty. W części jawnej oferty Qumak (str. 6 oferty) nie zostały podane w załączniku do Formularza Ofertowego informacje określone w kolumnie pierwszej tabeli zawartej w tym załączniku. Jednakże w części oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa (str. 43 oferty) zostały podane wymagane przez Zamawiającego informacje w odniesieniu do każdej z pozycji (wiersza) tabeli zgodnie z postanowieniami kolumny pierwszej tabeli i SWIZ część X pkr 1 ppkt 2).

W ocenie Izby, uwzględniając wymagania jakie określił Zamawiający w SIWZ, przytoczone wyżej, jednoznacznie wynika jakie informacje miał podać wykonawca wypełniając załącznik do Formularza Ofertowego.

Zamawiający wraz z Odpowiedzią na odwołanie złożył karty katalogowe wyłączników (str. 21), z której wynika, że seria NW czyli seria wyłączników wskazanych jako spełniające wymagania podane w ofercie Odwołującego tj. obciążenie 4000A i możliwość komunikowania się z systemem monitoringu występują w 4 wersjach tj. H1, H2, H3, H10, podobnie seria NW40B spełnia te same wymagania Zamawiającego, które oferował wykonawca i jest w dwóch wersjach H1 i H2. Zamawiający wskazywał, że zgodnie z katalogiem, jak również na podstawie wyjaśnień producenta Schneider Electric (załączonych do odpowiedzi na odwołanie) wynika, że każdy z tych wyłączników można dostosować do rodzaju pracy, jakiego wymagał Zamawiający. Zgodnie z oświadczeniem z dnia 5 grudnia 2014 r. firmy Schneider Electric, z treści wynika, że model wyłączników Masterpack NW mają możliwość komunikowania się z systemem monitoringu Power Ekspert przy obciążeniu prądem znamionowym do 4000A, a wyłączniki te za każdym razem montowane są wg specyfikacji klienta, natomiast do jednoznacznego oznaczenia parametru konieczne jest podanie parametrów takich jak prąd znamionowy, wytrzymałość zwarciowa, rodzaj zabezpieczenia, liczba biegunów, sposób montażu, rodzaj wykonania. Zamawiający wyjaśnił, że oznaczenia od H1 i następne H wskazują na wymienione wcześniej elementy, które są niezbędne do podania przy montażu konkretnego aparatu.

Zaznaczyć należy, że Odwołujący kwestionując istnienie sześciu różnych modeli i typów wyłączników głównych i wskazując, że jest to sprzeczne z rzeczywistością, bowiem w ocenie Odwołującego jest tylko jeden wyłącznik główny, który ma możliwość podłączenia szyn 4000A i jest to Master Pack NW 40 nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu.

Odwołujący wyjaśnił, że oferowany wyłącznik to NW40b w wersja H1, jednocześnie wskazując, że H2 może być podwersją wyłącznika NW40b. Tym samym to stanowisko Odwołującego jest sprzeczne z jego wyjaśnieniami, że *wskazane w odpowiedzi na odwołanie modele i typy wyłączników nie mają możliwości podłączenia szyny 4000A.*

Z przedstawionych Kart katalogowych, jak również z oświadczenia producenta jednoznacznie wynika, że Masterpack NW mają możliwość komunikowania się z systemem monitoringu Power Ekspert przy obciążeniu prądem znamionowym do 4000A. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z kartą katalogu wyłącznik NW40 zgodnie z konstrukcją

tego katalogu ma podtypy H1, H2, H3 i H10, a prąd znamionowy 4000A, natomiast dla NW40b H1 i H2 prąd znamionowy do 4000A.

Zamawiający wyjaśnił, że wykowany mieli skonfigurować oferowane urządzenia w taki sposób aby osiągały one swoją końcową funkcjonalność, a dobór wyłącznika głównego zależy jest od parametrów zaoferowanych pozostałych urządzeń. Należy uznać za słuszne stanowisko Zamawiającego, że nie miał możliwości samodzielnego określenia doboru poszczególnych urządzeń w tym wyłącznika głównego.

W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty odwołującego z postępowania była prawidłowa. Z pisma producenta złożonego wraz z odpowiedzią na pytanie wynika, że model wyłączników to Masterpact NW a aby jednoznacznie określić aparat niezbędne jest podanie parametrów takich jak: prąd znamionowy, wytrzymałość zwarciowa, rodzaj zabezpieczenia, liczba biegunów, sposób montażu / rodzaj biegunów. W ofercie Odwołującego brak jest wskazania nazwy modelu i typu (informacje te podał dopiero na rozprawie) jak również brak jest informacji o parametrach technicznych jednoznacznie precyzujących urządzenie.

Izba wskazuje, odnosząc się do argumentacji Odwołującego niezastosowania wyjaśnień treści oferty przez Zamawiającego, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznej oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej

oferty pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie treści złożonej przez Odwołującego oferty. W ocenie Izby, po stronie Zamawiającego nie zaktualizował się obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, ponieważ wyjaśnia się treść oferty, która istnieje natomiast nie ma możliwości wyjaśnienia czegoś czego nie ma, tak jak w przypadku tej sprawy nie został podany typ, model oferowanego urządzenia. Istotnym i znamionym jest również fakt, iż wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać – w tym przypadku, wyjaśnienia prowadziłyby do rozszerzenia treści oferty o wymagane przez Zamawiającego informacje dające podstawę do indywidualizacji zaoferowanego urządzenia. W tym miejscu warto wskazać na powołany przez Odwołującego wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 30.03.2010 (sygn. X Ga 7/2010): *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. Jednoznacznie Sąd Okręgowy przesądził, że art. 87 ust. 1 ustawy nie ma zastosowania do tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego nie uczynił. Odwołujący nie podał informacji wymaganych w SIWZ część X pkr 1 ppkt 2 jak również w załączniku do Formularza Ofertowego.*

W zakresie naruszenia art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy *niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) wykonawcach, którzy zostali wykluczenia z postępowania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego (...)* Izba uznała zarzut za niezasadny.

W uzasadnieniu decyzji Zamawiającego z dnia 18 listopada 2014 roku w części

z tytułu „Wyjaśnienia” Zamawiający szeroko wyjaśnił podstawy prawne dokonanych czynności, w tym również podał podstawy prawne tj. wskazał artykuł – 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że podanie podstawy prawnej przez wskazanie jej w przypadku innych wykonawców bezpośrednio przy nazwie wykonawcy a niepodanie jej w taki sam sposób lecz w innym miejscu uzasadnienia czynności Zamawiającego powoduje naruszenia art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy

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

Przewodniczący: