

Sygn. akt: KIO 1698/16

WYROK
z dnia 26 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2016 r. przez odwołującego – **spółkę cywilną prowadzoną pod nazwą DPİdea D.K. i DPİdea T.F. z siedzibą w Gdyni** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Wojewodę Podkarpackiego - **Podkarpacki Urząd Wojewódzki w Rzeszowie,**

przy udziale **wykonawcy ALFA SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - **spółkę cywilną prowadzoną pod nazwą DPİdea D.K. i DPİdea T.F. z siedzibą w Gdyni** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - **spółkę cywilną prowadzoną pod nazwą DPİdea D.K. i DPİdea T.F. z siedzibą w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Rzeszowie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione na podstawie art. 180 ust.2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2015 r. poz.2164 ze zm.) [ustawa Pzp] przez spółkę cywilną prowadzoną pod nazwą DPİdea D.K. i DPİdea T.F. z siedzibą w Gdyni [Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa sprzętu diagnostyczno - badawczego do wyposażenia Drogowego Przejścia Granicznego w Korczowej.” Postępowanie to prowadzone jest przez Zamawiającego - Podkarpacki Urząd Wojewódzki w Rzeszowie w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp. W tym odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 7 Pzp, będący konsekwencją naruszenia:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na odrzucenie oferty, której treść jest zgodna z treścią SIWZ, a wskazanie przez Zamawiającego jakoby zaoferowane przez Odwołujących urządzenie nie spełniało wymagań SIWZ dot. pracy w wskazanym zakresie temperatur oraz wilgotności, nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania;
2. art. 87 ust 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej przez nas oferty, jeżeli zdaniem Zamawiającego załączona do oferty Deklaracja stanowiąca o zgodności sprzętu z normą EN 61010-1 oraz EN 60529/A1, nie była wystarczającym potwierdzeniem zgodności treści oferty z treścią SIWZ (Zgodność ze wskazanymi normami jest równoznaczna ze spełnieniem wymagań dot. warunków pracy (temperatura i wilgotność względna);
3. art. 91 ust 1 Pzp z uwagi na dokonanie wyboru oferty wykonawcy "ALFA SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołujących;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie decyzji o wyborze oferty wykonawcy "ALFA SYSTEM Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. Zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i ewentualnych dalszych kosztów.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów, gdyż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu odwołania podał, co następuje:

Zamawiający pismem z dnia 06.09.2016 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, jako oferty której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu (SIWZ). Jako uzasadnienie Zamawiający wskazał zaoferowanie przez Odwołującego urządzenia ADANI BV 100100TB, które zdaniem Zamawiającego może pracować jedynie w zakresie temperatur od 10 st C do 35 st C oraz wilgotności do 90%, co jak wskazał Zamawiający nie jest zgodne z SIWZ. Odwołujący wskazał na załącznik do SIWZ - CZĘŚĆ B SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia (...), 1. Urządzenie rentgenowskie do prześwietlania bagaży - 1 szt. tabela poz. 4.4. Warunki pracy, zgodnie z którym Zamawiający wymagał: "Skaner musi być zdolny do pracy w następujących warunkach klimatycznych: w temperaturze od 0 st. C do + 40 st. C oraz wilgotności do 95%." Podniósł ponadto, że Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł wzoru formularza jaki należałoby wypełnić przedstawiając wskazane informacje, a jedynie wskazał: "W celu potwierdzenia iż oferowana dostawa sprzętu diagnostycznego - badawczego odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda aby wykonawca wraz ze składaną ofertą dostarczył: Specyfikacje techniczne producenta (opisy) oferowanego sprzętu wraz z podaniem jego rodzaju i modelu: a) deklarację producenta lub dokument równoważny potwierdzający spełnienie norm bezpieczeństwa (...); b) deklarację zgodności CE wydaną przez producenta skanera lub inny dokument równoważny". Odwołujący dołączył do oferty szereg dokumentów, celem przedstawienia Zamawiającemu jak największej ilości informacji nt. zaoferowanego sprzętu. Przyznał jednocześnie, że „Faktem jest, że przygotowując ofertę Odwołujący nie ustrzegł się omyłki natury technicznej - do oferty załączył specyfikację techniczną - zał. 7.1. (wraz z tłumaczeniem), wskazującą nieaktualne już informacje, tj. wskazanie odniesienia do warunków pracy jedynie do wartości w zakresie temperatur od 10 st C do 35 st C oraz wilgotności do 90%, jednakże do oferty załączono również Deklarację Zgodności (Declaration of Conformity - dokument anglojęzyczny oraz jego tłumaczenie), które w sposób bezsporny potwierdzają, iż zaoferowany sprzęt spełnia normy: "Safety of machinery - EN 61010-1 EN ISO 13850, EN ISO 13857, EN ISO 14121-1, EN 1037, EN 349, EN 953, EN 954-1" (Bezpieczeństwo urządzeń mechanicznych: EN 61010-1, EN ISO 13850, EN ISO 13857, EN ISO 14121-1, EN 1037, EN 349, EN 953, EN 954-1.) "Degrees of protection provided by enclosure (IP code): EN 60529/A1." (Stopnie zabezpieczenia zawarte w załącznikach (kod IP): EN 60529/A1.) Warunkiem spełnienia powyższych norm, jest m.in: (Dokument: ANSI/ISA-61010-1 (82.02.01) CSA C22.2 No. 1010.1 ANSI/UL 61061,0-1 Formely ANSI /ISA - 82.02.01-1999 (IEC 610610-1 Mod) s. 68.) Test temperaturowy, test wilgotności 6.8.2. Humidity preconditioning Preconditioning is carried out in a humidity chamber containing air with a humidity of 92.5 % RH ±2.5% RH. The temperature of the air in the chamber is maintained at 40 °C± 2 °C. (Preconditioning is carried out in a humidity

chamber containing air with a humidity of 92.5% RH \pm 2.5% RH. The temperature of the air in the chamber is maintained at 40 st. C \pm 2 st C), Tłumaczenie: Kondycjonowania przeprowadza się w wilgotnej komorze w powietrzu o wilgotności 92,5% RH = / - 2,5% RH. Temperatura powietrza w komorze utrzymana: 40 st. C \pm 2 st. C). Jego zdaniem, skoro zaoferowany przez nas sprzęt powyższe normy spełnia, spełnia również wymagania Zamawiającego w zakresie pracy w następujących warunkach klimatycznych: w temperaturze od 0 st C do + 40 st C oraz wilgotności do 95%. Odnosząc się do przedłożonej wraz z ofertą specyfikacji technicznej wskazującej w powyższym zakresie nieaktualne już informacje, podkreślił, iż przedłożona specyfikacja zawiera również wskazanie (tłumaczenie): "Przy ciągłym rozwijaniu naszych produktów, ADANI (producent - przyp. Odw) zastrzega sobie prawo do dokonywania zmian w projektach i specyfikacjach w różnych okresach i bez uprzedzenia." Dalej podał, że „Taka też sytuacja nastąpiła w odniesieniu do zaoferowanego sprzętu, a Odwołujący omyłkowo zamieścili w ofercie specyfikację techniczną sformułowaną jeszcze przed dokonaniem zmian w jej treści, natomiast jednoczesne zamieszczenie w ofercie Deklaracji Zgodności potwierdzającej spełnienie wskazanych tam norm, potwierdza posiadanie przez zaoferowane urządzenie cech wymaganych przez Zamawiającego”. Dodatkowo podkreślając zgodność treści oferty z treścią SIWZ, przedstawił w załączeniu do odwołania właściwą – jego zdaniem - specyfikację techniczną (wraz z tłumaczeniem), oraz oświadczenie producenta sprzętu ADANI (wraz z tłumaczeniem), wskazujące cechy sprzętu takie, jakich wymagał Zamawiający. Podał, że te dokumenty zostały również przesłane Zamawiającemu po zorientowaniu się przez Odwołującego, że uprzednio złożone specyfikacje są nieaktualne. Dowód: Oświadczenie producenta ADANI, wraz z specyfikacją techniczną wskazującą aktualne informacje. Przywołane argumenty oraz załączone dowody, zdaniem Odwołującego, w sposób bezsporny potwierdzają zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Na marginesie wskazał, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, by mogła stanowić podstawę odrzucenia oferty, musi być istotna, nieusuwalna, a przede wszystkim musi wynikać jasno z porównania treści SIWZ z treścią oferty oraz, że „O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego (...). Odnośnie zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści SIWZ podał, że „Chociaż powyższe wyjaśnienia zdają się wskazywać, że nie ma podstaw do uzasadnienia wątpliwości Zamawiającego, co do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, to w przypadku ich wystąpienia ustawa Pzp przewiduje narzędzia służące ich rozwianiu. Dlatego też nie sposób pominąć również kwestii ogromnej wagi, tj. wskazanie celu wprowadzenia przez ustawodawcę instytucji wyjaśnienia treści oferty - art. 87 ust 1 Jak zostało to wielokrotnie podkreślone zarówno w uzasadnieniu wprowadzenia zmian, tzw.

Nowym podejściu do zamówień publicznych oraz doktrynie i judykaturze, instrument wyjaśnienia treści oferty, i inne narzędzia wskazane w art. 87 Pzp mają na celu zapobieganie występowaniu sytuacji, w których oferty najkorzystniejsze są odrzucane z uwagi na nieścisłości czy omyłki powstałe na etapie stricte przygotowania oferty, a celem wykonawcy jest złożenie oferty i realizacja zamówienia zgodnie z SIWZ. Oczywistym jest, iż w niniejszym zamówieniu treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ, a jeśli co do powyższego pojawiły się wątpliwości po stronie Zamawiającego, art 87 Pzp przewiduje instytucje zmierzające do ich rozwiania, a dopiero na dalszym etapie następuje wybór oferty - gdy potwierdzona została zgodność treści oferty z treścią SIWZ, lub odrzucenie oferty - jeśli udzielone odpowiedzi potwierdzą sprzeczność jej treści z treścią SIWZ. Dalej potwierdził, że do oferty Odwołujący dołączył nieaktualną już specyfikację techniczną, oraz Deklarację Zgodności potwierdzającą zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Jeżeli z uwagi na złożenie tych obu dokumentów, treść oferty w zakresie spornym była niejasna (załączone Deklaracje potwierdzały zgodność treści oferty z treścią SIWZ, podczas gdy element specyfikacji technicznej mógł wskazywać na coś innego) i Zamawiający miał wątpliwości, co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, zobowiązany był do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust i Pzp. Podniósł także, że „Nie jest dopuszczalnym ani zgodnym z przepisami prawa odrzucenie oferty, co do której Zamawiający nie może jednoznacznie wskazać że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ W takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do złożenia wyjaśnień, przeradza się w obowiązek wezwania do ich złożenia, celem dokonania jednoznacznej oceny co do zgodności treści oferty lub jej braku. Jak wskazuje doktryna, na Zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień Zamawiającego, a więc prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty”. Wskazując na orzecznictwo w szczególności podał, że (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki” oraz, że: "art. 87 ust 1 ustawy Pzp należy odczytywać nie tylko, jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, co raczej kompetencję tj. prawo do żądania wyjaśnień powiązanych z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. Tym samym możliwość, o której mówi art. 87 ust i ustawy Pzp przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. W konkluzji stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw ocenienia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ, gdyż Deklaracja Zgodności potwierdzała zgodność zaoferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ. Natomiast, jeżeli fakt wskazania różniących się informacji w ofercie

wzbudził wątpliwości, co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ - Zamawiający zobowiązany był do wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art 87 Pzp, a dopiero po udzieleniu wyjaśnień potwierdzających brak zgodności treści oferty z treścią SIWZ, Zamawiający mógłby dokonać czynności odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności:

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w części B SIWZ ustęp 1 Urządzenie rentgenowskie do prześwietlania bagaży, punkt 4.4 - „warunki klimatyczne pracy skanera” - określił, że skaner musi być zdolny do pracy w temperaturze od 0 do 40 stopni Celsjusza oraz wilgotności do 95% - za!. Nr 2. Zgodnie z dokumentacją przekazaną wraz z ofertą przez Odwołującego (zał. Nr 3) zaoferowane urządzenie może pracować w zakresie temperatur od 10 do 35 stopni Celsjusza oraz wilgotności do 90% - nie spełniając w tym zakresie zapisów SIWZ. Zamawiający pismem z dnia 17.08.2016r., znak OA-XVI.272.20.2016 wezwał Odwołującego do przedłożenia tłumaczenia specyfikacji technicznej na język polski - za!. Nr 4. Odwołujący przedłożył stosowne tłumaczenie - za!. Nr 5. Zamawiający dokonując analizy oferty w odniesieniu do jej zgodności z SIWZ uwzględnił wszystkie dokumenty, składające się na treść oferty i odnoszące się do oferowanego przedmiotu, złożone z ofertą oraz złożone w wyniku wezwania do ich uzupełnienia. Wynika z nich jednoznacznie, iż zaoferowany przedmiot nie spełnia ww. wymogów SIWZ. Po dokonaniu czynności odrzucenia oferty (przekazane Odwołującemu w dniu 06.09.2016 r.) Zamawiający otrzymał pismo (przesłane faksem) w dniu 07.09.2016 r., w którym Odwołujący powołuje się na omyłkowo dołączony do oferty dokument Technical Proposal z nieaktualnymi informacjami - za!. Nr 6. Odwołujący pomija jednak fakt, iż Zamawiający wezwał go pismem z dnia 17.08.2016 r. do uzupełnienia oferty o tłumaczenie na język polski specyfikacji oferowanego urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania bagaży. Tak z dokumentu złożonego wraz z ofertą jak i samego tłumaczenia jednoznacznie wynika, iż oferowane urządzenie nie spełnia ww. wymogów SIWZ. Mając na uwadze przedłożone w dniu 07.09.2016 r. oświadczenie (z dn, 06.09.2016r.) przedstawiciela Adani Limited, iż urządzenie spełnia stawiane wymagania, Zamawiający ponownie pobrał w dniu 12.09.2016 r. ze strony internetowej producenta oficjalną specyfikację oferowanego urządzenia - jednak nie potwierdza ona wymaganych warunków klimatycznych pracy skanera, gdyż wskazane jest, że urządzenie może pracować w zakresie temperatur od 10 do 35 stopni Celsjusza oraz wilgotności do 90% - za!. Nr 7. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał w toku prowadzonego postępowania przetargowego spełniania wymogów technicznych określonych w SIWZ dla urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania bagaży. Konkretnie podane przez Odwołujących parametry pracy urządzenia w zakresie temperatury i wilgotności spowodowały, że

Zamawiający miał podstawy do uznania treści oferty Odwołujących za nieodpowiadającą treści SIWZ, ponieważ ofertę stanowi nie tylko formularz oferty, ale też dokumenty wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego. Wskazał na orzecznictwo podnosząc, że zgodność oferty z treścią SIWZ należy rozpatrywać w oparciu o dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i ma na celu realizację zasad ustawowych. Zamawiający opierał się na oficjalnych przedłożonych przez Odwołującego dokumentach technicznych producenta urządzenia, a nie oświadczeniach, które co do zasady należy weryfikować przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty. Dokumenty te stały się elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 ustawy Pzp (Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli oferta jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Stwierdził ponadto, że dla zamawiającego oraz wykonawców specyfikacja techniczna producenta jest jednoznaczną podstawą do badania spełnienia kryteriów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia - mając na uwadze fakt, że Zamawiający odwoływał się w SIWZ do specyfikacji technicznej producenta urządzenia (§ 6 ust. 3 pkt 1) oraz w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.5 - zał. Nr 1) - respektując art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych uznał, iż zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymogów SIWZ, dlatego oferta została odrzucona (pismo z dnia 06.09.2016 r. znak: OA-XVI.272.20.2016 – zał. Nr 8). W przypadku treści oferty Odwołujących w zakresie parametrów pracy urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania bagaży temperatura pracy i wilgotność, wskazane przez Odwołujących w ofercie, są jednoznaczne. Odwołujący, w zakresie przedmiotowych parametrów, złożył stosowną dokumentację techniczną producenta (w ofercie oraz tłumaczenie na język polski w uzupełnieniu). Brak było podstaw do kwestionowania zapisów parametrów technicznych w niej zawartych, a co za tym idzie żądania wyjaśnień w tym przedmiocie od Odwołującego (posiadając przedłożoną oficjalną dokumentację producenta urządzenia). Deklaracje zgodności wskazujące na spełnianie przez oferowane dostawy, innych jeszcze, niż wymagał tego Zamawiający, norm (np. EN 61010-1 lub EN 60529/A1), nie tworzą treści oferty i nie powodują wątpliwości, co do jej treści. Odwołujący składając przedmiotową ofertę wraz z dokumentami dot. urządzenia rentgenowskiego złożył oświadczenie, które nie spełnia założeń Zamawiającego dotyczących kwestionowanych parametrów technicznych. Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie miał wątpliwości, co do treści oferty, mając na uwadze posiadaną dokumentację techniczną - złożoną w toku prowadzonego postępowania. Pomimo pisma Odwołującego (zał. Nr 6) - złożonego po rozstrzygnięciu postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego - Zamawiający nie podejmował działań, gdyż byłyby one sprzeczne z

wymogami ustawy i obowiązującym orzecznictwem. Zastosowanie wobec Odwołującego art. 87 ust. 1 w celu zmiany parametrów pracy urządzenia w zakresie temperatury i wilgotności, poprzez ich dostosowanie do warunków określonych w SIWZ, stanowiłoby niedopuszczalną próbę zmiany złożonej oferty. Podsumowując stwierdził, że Odwołujący nie wykazał przesłanek wymienionych w art. 180 ust. 1 uPzp, który stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca "ALFA SYSTEM Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu [Przystępujący], wnosząc także o oddalenie tego odwołania.

Rozpoznając odwołanie oraz uwzględniając stanowisko Zamawiającego, a także przystępującego po jego stronie wykonawcy, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawca – spółka cywilna prowadzona pod nazwą DPIdea D.K. i DPIdea T.F. z siedzibą w Gdyni [Odwołujący] legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, wymaganym art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła także, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 19.07.2016 r (data zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych) i z tego względu w myśl art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r poz. 1020), do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego i niezakończonego przed dniem wejścia w życie w/w ustawy (przed 28.07.2016 r.) oraz do odwołania dotyczącego tego postępowania należało stosować przepisy dotychczasowe]

Zamawiający, tak jak wskazano w odwołaniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] – w spornym zakresie - w załączniku - CZĘŚĆ B, Opis przedmiotu zamówienia w punkcie 1 (...), 1. Urządzenie rentgenowskie do prześwietlania bagaży - 1 szt, tabela poz. 4.4. Warunki pracy”, wymagał, aby to urządzenie [Skaner] był zdolny do pracy w temperaturze od 0 st. C do + 40 st. C oraz wilgotności do 95%. W celu potwierdzenia, że oferowany sprzęt odpowiada określonym wymaganiom żądał, aby wykonawca wraz ze ofertą

dostarczył w myśl § 6 ust.3 pkt 1 oraz lit. a) i b) w CZEŚCI A SIWZ: Specyfikacje techniczne producenta (opisy) oferowanego sprzętu wraz z podaniem jego rodzaju i modelu oraz deklarację producenta lub dokument równoważny potwierdzający spełnienie norm bezpieczeństwa i deklarację zgodności CE wydaną przez producenta skanera lub inny dokument równoważny. Odwołujący przedłożył w ofercie wymagane dokumenty w języku angielskim, a ich tłumaczenie [na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust.3 Pzp do wykonawcy przez Zamawiającego] uzupełnił przy piśmie z dnia 19.08.2016 r. W specyfikacji technicznej wykonawca oprócz wskazanych dokumentów przedłożył dodatkowo Deklarację Zgodności, która odnosi się do Bezpieczeństwa urządzeń mechanicznych, i w której wskazano na normy EN 61010-1, EN ISO 13850, EN ISO 13857, EN ISO 14121-1, EN 1037, EN 349, EN 953, EN 954-1. Także tłumaczenie tego dokumentu zostało przedłożone przy piśmie z dnia 19.08.2016 r., aczkolwiek ten dokument nie został wprost wymieniony w wezwaniu, w którym ogólnie wskazano na brak tłumaczeń dokumentów odnosząc powyższe do § 6. CZEŚCI A SIWZ.

Izba stwierdza, że przedłożony w ofercie, a wymagany specyfikacją dokument do oceny określonych parametrów, a mianowicie Specyfikacja Techniczna [ST] nie potwierdzał, że zaoferowane urządzenie jest zdolne do pracy w temperaturze od 0 st. C do + 40 st. C oraz wilgotności do 95%. Z treści tego dokumentu wprost wynika, że to urządzenie może pracować w zakresie temperatur od 10 do 35 stopni Celsjusza oraz wilgotności do 90%. Odnośnie wskazywanej przez Odwołującego Deklaracji Zgodności Izba podzieliła pogląd Zamawiającego oraz Przystępującego uczestnika, że ta Deklaracja nie mogła stanowić wyłącznej i samoistnej podstawy oceny wymaganych parametrów. Przede wszystkim Zamawiający żądał Specyfikacji technicznej producenta wskazując na opis oferowanego sprzętu wraz z podaniem nie tylko modelu, ale jego rodzaju. Deklaracja dotyczy wyłącznie wskazanych tam modeli. Ponadto jej treść jest interpretowana przez Odwołującego intencjonalnie, niezgodnie z celem wystawienia takiej Deklaracji. Tak jak słusznie wskazywał Przystępujący, aby spełnić wymogi normy nie jest konieczne, aby urządzenie spełniło wymogi postawione przez Zamawiającego w specyfikacji. Normę spełni też skaner pracujący w wilgotności 90 % i w temperaturze 38 stopni C, co z kolei jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Także zdaniem Izby, Zamawiający – w stanie faktycznym sprawy - nie mógł mieć żadnych wątpliwości, co do tego, że skaner Adani BV 100100BT nie spełnia wymaganych warunków w zakresie spornych parametrów. Dostarczane przez Odwołującego nowe dokumenty już po otwarciu ofert, a w tej sprawie po rozstrzygnięciu przetargu, nie mogą być brane pod uwagę, gdyż stanowiłyby zmianę treści oferty, co jest niedopuszczalne. Stąd za niezasadny należało uznać także zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z nie zastosowaniem procedury z art. 87 ust 1 Pzp [zaniechanie wezwania

wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty, z uwagi na załączoną Deklarację stanowiącą o zgodności sprzętu z normą EN 61010-1 oraz EN 60529/A1].

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest niewątpliwie sformalizowane i ma na celu realizację zasad ustawowych. Stąd dokonując oceny oferty, Zamawiający mógł opierać się tylko na przedłożonych przez Odwołującego w ofercie dokumentach technicznych producenta urządzenia, a nie oświadczeniach, które ponadto, co do zasady należy weryfikować przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty. Niewątpliwie, w przypadku tego postępowania, Specyfikacja techniczna producenta stanowiła jednoznaczną podstawą do badania spełnienia parametrów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący, w zakresie przedmiotowych parametrów, złożył stosowną dokumentację techniczną producenta (w ofercie oraz tłumaczenie na język polski w uzupełnieniu). Brak było podstaw do kwestionowania zapisów parametrów technicznych w niej zawartych, a co za tym idzie żądania wyjaśnień w tym przedmiocie od Odwołującego (posiadając przedłożoną oficjalną dokumentację producenta urządzenia).

Na marginesie Izba zauważa, że Oświadczenie producenta urządzenia z 6.09.2016 r., które wykonawca przesłał Zamawiającemu po rozstrzygnięciu przetargu dalej nie potwierdza, że w dacie składania ofert możliwe było powoływanie się na wyższe parametry. Zawiera jednocześnie enigmatyczne stwierdzenie, że w odniesieniu do warunków operacyjnych parametru [*bez bliższego określenia, którego z nich*] mogą być [*ale nie są*] nieprawidłowe i przestarzałe. Wskazano w tym Oświadczeniu na „Obecny opis techniczny produktu BV 100100TB”, który miał być załączony do tego Oświadczenia, „ukazujący odpowiednie wartości zakresu pracy urządzenia”. Izba zwraca uwagę, że przedłożona Zamawiającemu ST to inny dokument niż ten, który został załączony do odwołania. Ponadto tylko na dokumencie załączonym do odwołania zaznaczono datę „June, 2016”. Odwołujący w toku rozprawy nie podważył ponadto, że na stronie internetowej producenta dalej bez zmiany parametrów - także w dacie 12 września 2016 r. – publikowany jest opis urządzenia z parametrami takimi, jakie wynikały ze specyfikacji technicznej złożonej w ofercie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz uwzględniając przepisy 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).

.....