

Sygn. akt KIO 657/15

WYROK
z dnia 13 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **1 kwietnia 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę „**MÜLLER POLSKA**” Sp. z o.o. z siedzibą w **Piekarach Śląskich** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **AQUANET S.A.** z siedzibą w **Poznaniu,**

przy udziale

wykonawcy **SEZAM-INSTAL P. C. i R. C. Sp. j.** z siedzibą w **Opolu, ul. Cygana 1, 45-131 Opole** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego „MÜLLER POLSKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę „MÜLLER POLSKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu, ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa (zakup) pojazdów specjalnych w rozbiu na 6 pakietów«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **06.12.2014 r.** pod nrem **2014/S 236-416000**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) zwanej dalej w skrócie **Pzp** lub **ustawą bez bliższego określenia**.

Zamawiający zawiadomił **23.03.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty w pakietach nr 4-6 **wykonawcy SEZAM-INSTAL P. C. i R. C. Sp. j. z siedzibą w Opolu, ul. Cygana 1, 45-131 Opole;**

Wykonawca „MULLER POLSKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich, ul. Grunwaldzka 18, 41-945 Piekary Śląskie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **01.04.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie pakietów nr 4-6 na:

- 1) wybór oferty wykonawcy **Sezam Instal P. C. i R. C. sp.j.** jako najkorzystniejszej w zakresie pakietów nr 4-6 (dalej **wykonawca Sezam**);
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Sezam**.

Zdaniem **odwołującego zamawiający** naruszył:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 zdanie drugie oraz art. 26 ust. 3 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Sezam**, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji, ponieważ **wykonawca Sezam** nie załączył do pierwotnie złożonej oferty wymaganych opisów pojazdów i rysunków zestawieniowych, a tym samym nie skonkretyzował oferowanego przedmiotu świadczenia oraz przez wybór oferty, której treść została zmieniona po upływie terminu do składania ofert;
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Sezam**, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ dokumenty przedstawione przez **wykonawcę Sezam**, uzupełnione w trybie **art. 26**

ust. 3 Pzp, nie potwierdzają, że oferowane pojazdy spełniają wymagania **zamawiającego** określone w SIWZ;

- 3) **art. 91 ust. 1 Pzp** przez wybór jako najkorzystniejszej oferty **wykonawcy Sezam**, mimo że oferta **wykonawcy Sezam** podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie **zamawiającemu**:

- 1) unieważnienia dokonanego wyboru oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty **wykonawcy Sezam**;
- 2) zwrotu na rzecz **odwołującego** kosztów postępowania odwoławczego.

Argumentacja **odwołującego**

Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na wybrany Pakiety lub na całość zamówienia. Oferty dotyczące pakietów nr 4-6 złożył **odwołujący** i **wykonawca Sezam**. **23.03.2015 r. zamawiający** przesłał do **odwołującego** faksem zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę Sezam**.

Odwołujący kwestionuje powyższy wybór z następujących powodów.

1. Zgodnie z **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** **zamawiający** odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji, z zastrzeżeniem **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

Zamawiający oczekiwał od wykonawców, aby oferowane przez nich pojazdy specjalne spełniały wszystkie wymagania szczegółowo określone w SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia, określający wymagania dla poszczególnych pakietów, stanowi część III SIWZ.

Na potwierdzenie spełniania przez oferowane pojazdy wymagań określonych w SIWZ, w punkcie 11.1 lit. d-f Instrukcji dla Wykonawców (część I SIWZ), **zamawiający** wskazał, że: „*wykonawca jest zobowiązany załączyć do oferty:*

Opis oferowanego pojazdu w rozbiciu na podwozie i zabudowę zawierający:

Opis i dane techniczne w zakresie podwozia potwierdzający wszystkie wymogi SIWZ;

Opis techniczny, technologiczny i dane nt. parametrów technicznych, technologicznych zastosowanych rozwiązań i urządzeń w zakresie zabudowy, potwierdzający wszystkie wymogi SIWZ;

Rysunek zestawieniowy proponowanego kompletnego pojazdu wraz ze wskazaniem usytuowania najistotniejszych elementów zabudowy takich jak np. pompy, kołowroty ciśnieniowe, system prowadzenia węża ssącego, szajki narzędziowe, wymiary zbiornika. Rysunek zestawieniowy z wymiarami podwozia ma przedstawiać usytuowanie nw. elementów:

Zbiornik główny,

Pompa próżniowa,

Pompa ciśnieniowa,

Kołowrót,

Wysięgnik węża ssącego,

Kaseta prowadzenia węża ssącego,

Usytuowanie pólek i szafek zabudowy;

Symulację obciążenia osi podwozia dla poszczególnych wariantów napełnienia komór zbiornika; dotyczy sytuacji zbiornika głównego wypełnionego wodą i osadem pościekowym z usytuowaniem przesuwnej przegrody w trzech pozycjach tj. 1/3, 2/3 oraz 3/3 długości (pojemności) zbiornika głównego.

Wymogi te powtórzone również w punkcie II.1 dla każdego pakietu w części III SIWZ.

W ofercie **wykonawcy Sezam** złożonej **12.01.2015 r.** przy każdym pakiecie brakowało opisów oferowanych pojazdów, rysunków zestawieniowych proponowanych kompletnych pojazdów i symulacji obciążenia osi podwozia dla poszczególnych wariantów napełnienia komór zbiornika.

Dokumenty te odnoszą się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy względem **zamawiającego**, a ich funkcja polega na dookreśleniu i uszczegółowieniu zakresu świadczenia wykonawcy. Stanowią one zatem część oferty wykonawcy w sensie ścisłym, która nie może podlegać uzupełnieniu ani zmianom.

O kwalifikacji danego dokumentu jako elementu oferty w sensie ścisłym lub dokumentu z **art. 25 ust. 1 Pzp** decyduje jego treść i cel złożenia dokumentu, a nie wyłącznie umieszczenie określonego dokumentu w rozdziale SIWZ o określonej nazwie (wyrok KIO z **23 września 2011 r., sygn. akt KIO 1960/11**).

W rozpoznawanym przetargu **zamawiający** nie wymagał wskazania w ofercie typu lub modelu oferowanych pojazdów. Żądał jednakże załączenia do oferty rysunków zestawieniowych proponowanych kompletnych pojazdów wraz ze wskazaniem usytuowania najistotniejszych elementów zabudowy i wymiarami podwozia. Wskazane rysunki stanowią wyraźne oświadczenie woli wykonawcy, jakie konkretne pojazdy oferuje w tym postępowaniu **zamawiającemu**. **Wykonawca**, którego oferta zostanie wybrana, jest zobowiązany do dostarczenia **zamawiającemu** pojazdu przedstawionego na rysunku, w szczególności z elementami zabudowy rozmieszczonymi jak na rysunku i z wymiarami podwozia przedstawionymi na rysunku. Podobnie opis oferowanego pojazdu konkretyzuje pojazd, do którego dostarczenia zobowiązuje się **wykonawca**.

Zgodnie z orzecznictwem KIO hipotezą normy prawnej uregulowanej w **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ w taki sposób, że można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku tego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy

wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami **zamawiającego** (tak m.in. w uzasadnieniu wyroku KIO z 30 października 2012 r. sygnatura **KIO 2241/12**).

Niezgodność oferty **wykonawcy Sezam** z treścią SIWZ polega na braku skonkretyzowania oferowanego przedmiotu świadczenia (pojazdów), co w rozpoznawanym przetargu powinno nastąpić przez złożenie rysunków i opisów pojazdów.

Brak w ofercie **wykonawcy Sezam**, opisów oferowanych pojazdów i rysunków zestawieniowych proponowanych kompletnych pojazdów nie może być uzupełniony w trybie wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp** lub poprawienia omyłki na podstawie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**. Prowadziłoby to bowiem do zmiany treści oferty **wykonawcy Sezam**, po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne.

Wskazane powyżej braki w ofercie **wykonawcy Sezam**, skutkować powinny odrzuceniem tej oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, bez wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający, pismem nr DW/RP/492/5955/2015 z **04.02.2015 r.**, wezwał jednak wykonawcę Sezam, do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp**. **12.02.2015 r. wykonawca Sezam**, uzupełnił swoją ofertę o opisy oferowanych pojazdów, rysunki zestawieniowe proponowanych kompletnych pojazdów oraz symulacje obciążenia osi podwozia dla poszczególnych wariantów napełnienia komór zbiornika.

Brakujące dokumenty nie mogły być przedmiotem wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp**. Powołany przepis ma bowiem zastosowanie wyłącznie do pełnomocnictw oraz do oświadczeń i dokumentów z **art. 25 ust. 1 Pzp**, tj. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez **zamawiającego**.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, „dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu materialnym i formalnym częścią oferty oraz nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez **zamawiającego**, o których mowa w **art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp**” (wyrok z 29 czerwca 2011 r. sygn. akt: KIO 1292/11, podobnie w wyrokach z 23 września 2011 r. KIO 1960/11 czy z 29 lipca 2011 r. KIO 1514/11).

W konsekwencji, brakujące dokumenty tego typu nie mogą być uzupełniane, ponieważ przepisy zakazują zmiany oferty po upływie terminu składania ofert (**art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp**).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, oferta **wykonawcy Sezam**, podlegała odrzuceniu i nie powinna podlegać ocenie **zamawiającego**.

2. **Zamawiający** dokonał oceny oferty **wykonawcy Sezam**. Oferta **wykonawcy Sezam** podlegała odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** także z tego powodu, że opisy oferowanych pojazdów i rysunki zestawieniowe proponowanych kompletnych pojazdów, uzupełnione w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, nie odpowiadają treści SIWZ.

W opisie przedmiotu zamówienia dla pakietów nr 4-6 (punkt 1.2.3 w części III SIWZ dla każdego pakietu) **zamawiający** wymagał, aby obrotowy bęben (kołowrót) z wężem wysokociśnieniowym zabudowany był na dennicy zbiornika. Oferowane przez wykonawcę **Sezam** pojazdy nie spełniają tego wymogu.

Wyjaśnienia wymaga, że w nomenklaturze technicznej dennica jest rozumiana jako ścianka o kształcie cylindrycznym zamykająca otwór zbiornika. Dennica jest zatem elementem zamykającym zbiornik. Odrębnym pod względem konstrukcyjnym elementem jest natomiast płaszcz zbiornika.

Powyższa definicja dennicy jest powszechnie przyjęta w dziedzinie budowy maszyn. Gdy **zamawiający** posługuje się w dokumentach przetargowych pojęciami posiadającymi określone definicje, zbędne jest ich dodatkowe definiowanie w SIWZ, chyba że **zamawiający** zechce nadać im inne znaczenie.

Zamawiający nie zdefiniował pojęcia dennicy na potrzeby postępowania. Zgodnie z ogólnymi zasadami wykładni należy zatem przyjąć, że zastosowanie znajduje wskazane powyżej rozumienie pojęcia dennicy, a zamiarem **zamawiającego** nie było nadanie pojęciu dennicy odmiennego znaczenia niż przyjęte w nomenklaturze technicznej. **Wykonawcy** nie mogą zatem interpretować tego pojęcia dowolnie, celem dostosowania go do własnych potrzeb.

W opisie oferowanego pojazdu dla każdego pakietu **wykonawcy Sezam** deklaruje, że „kołowrót będzie zabudowany na dennicy zbiornika w taki sposób, aby było umożliwione automatyczne przesuwanie kołowrotu wzdłuż całej szerokości dennicy i jednocześnie jego odchylenie z każdej jego pozycji o kąt 180°” (str. 9 w opisie dla każdego pakietu).

Równocześnie w **pkt 1.1.1 opisu** oferowanych pojazdów (dla każdego z pakietów) **wykonawca Sezam** wskazał, że: „Zbiornik będzie zakończony dennicą tylną, w której skład wchodzi uchylna klapa oraz wzmocniona i specjalnie skonstruowana dla zabudowy ramienia kołowrotu nieruchoma część dennicy {zbiornik produkcji KROLL dla szczególnego rozwiązania konstrukcyjnego zastosowanego w [...] postępowaniu składa się z dennicy przedniej, płaszcz zbiornika, czyli części międzydennicowej oraz dennicy tylnej, w której skład wchodzi nieruchoma część dennicy wraz z podnoszoną klapą (ruchomą częścią dennicy)} zamykana za pomocą dwóch cylindrów hydraulicznych otwieranych do góry {sterowanie będzie umieszczone w obszarze, z którego operator widzi dennicę (ruchomą jej część), ale nie znajduje się bezpośrednio przy niej} i wyposażone w hydrauliczne zabezpieczenie przed opadnięciem klapy”.

W powyższy sposób wykonawca zdefiniował pojęcie dennicy na potrzeby swojej oferty w sposób odmienny od przyjętego w nomenklaturze technicznej. **Wykonawca Sezam** objął tym pojęciem nie tylko ściankę o kształcie cylindrycznym zamykającą zbiornik, ale i „wzmocnioną i specjalnie skonstruowaną dla zabudowy ramienia kołowrotu nieruchomą część dennicy”. Ten drugi element nie stanowi jednakże dennicy, lecz powszechnie określany jest jako płaszcz zbiornika, czyli odrębny od dennicy element budowy zbiornika.

Potwierdzają to rysunki zestawieniowe pojazdów oferowanych przez **wykonawcę Sezam** przedstawione w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania oferty.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu przykładowy rysunek zestawieniowy przedstawiony przez **wykonawcę Sezam** dla pakietu nr 6. Kolorowe elementy zostały dodane przez odwołującego celem zobrazowania istoty zarzutu odwołującego.

Na rysunku tym **wykonawca Sezam** wskazał dennicę dwoma strzałkami koloru czarnego – wskazują one na część zbiornika, na której ma być zamontowane ramię kołowrotu (którą to część **wykonawca Sezam** w opisie określa jako „nieruchomą część dennicy”).

W rzeczywistości dennicę stanowi wyłącznie element, który **odwołujący** zaznaczył na rysunku kolorem czerwonym i czerwoną strzałką. Drugi element, zaznaczony przez **odwołującego** kolorem niebieskim i niebieską strzałką, stanowi płaszcz zbiornika.

W pojeździe oferowanym przez **wykonawcę Sezam** kołowrót nie będzie zamontowany na dennicy (cylindrycznej ściance zamykającej zbiornik). Z rysunku zestawieniowego jednoznacznie wynika, że kołowrót będzie zabudowany na płaszczu zbiornika. Proponowana przez **wykonawcę Sezam** konstrukcja polega na przytwierdzeniu bębna obrotowego (kołowrotu) do płaszcza zbiornika za pomocą ramienia (wysięgnika). Nie jest więc spełniony wymóg jego zabudowania na dennicy.

Na rysunkach zestawieniowych przedstawionych przez **wykonawcę Sezam** widać wyraźnie, że **wykonawca Sezam** przedefiniował poszczególne części zbiorników oferowanych pojazdów, nazywając dennicą element budowy zbiornika, który powszechnie określany jest jego płaszczem.

Zabieg ten służył przekonaniu **zamawiającego**, że spełnione jest wymaganie SIWZ określone w **pkt 1.2.3 w części III SIWZ dla pakietu nr 4-6**, zgodnie z którym obrotowy bęben (kołowrót) z węzem wysokociśnieniowym zabudowany miał być na dennicy zbiornika. **Wykonawca Sezam** proponuje zamontowanie tego elementu na płaszczu zbiornika.

Na etapie oceny ofert zarówno **zamawiający**, jak i **wykonawcy** są związani postanowieniami SIWZ. **Zamawiający** nie może odstępować od wymagań określonych w specyfikacji, w tym od wymogu zamontowania kołowrotu na dennicy zbiornika, rozumianej w sposób przyjęty w nomenklaturze technicznej. Wykonawcy nie mogą natomiast dowolnie definiować pojęcia „dennicy” na potrzeby swoich ofert, tak jak czyni to **wykonawca Sezam**.

W przeciwnym wypadku oferty byłyby nieporównywalne i nie byłoby możliwe zrealizowanie podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (**art. 7 ust. 1 Pzp**).

Wskazana na rysunkach zestawieniowych przedstawionych przez **wykonawcę Sezam** część zbiornika, na której zabudowano kołowrót, nie jest dennicą, ale jego płaszczem. W związku z zabudowaniem obrotowego bębna na płaszczu zbiornika, oferta **wykonawcy Sezam** jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka powinna podlegać odrzuceniu.

Przedstawione przez **wykonawcę Sezam** rysunki zestawieniowe nie potwierdzają również spełniania innych wymogów **zamawiającego**. **Zamawiający** oczekiwał natomiast przedstawienia rysunków zestawieniowych proponowanych kompletnych pojazdów.

Zamawiający wymagał, aby rysunek zestawieniowy zawierał m.in. wymiary zbiornika (**pkt 1 lit. d-f Instrukcji dla wykonawców, części I SIWZ**). Rysunki **wykonawcy Sezam** przedstawione do poszczególnych pakietów wskazują jedynie maksymalną średnicę zbiornika. Takie określenie jest nieprecyzyjne (**zamawiający** nie jest w stanie ocenić, jaka będzie dokładna średnica zbiornika). Brak określenia długości zbiornika nie pozwala ponadto obliczyć pojemności oferowanego zbiornika.

Rysunki zestawieniowe **wykonawcy Sezam** są również nieczytelne i przedstawiają tylko jedną stronę pojazdu, wskutek czego nie można zweryfikować spełnienia wymogów SIWZ w zakresie m.in. zamontowania po obu stronach zbiornika długich zamykanych szafek narzędziowych (**pakiet nr 4 – pkt 1.2.6 w części III SIWZ str. 12, pakiet nr 5 – pkt 1.2.6 w części III SIWZ str. 13, pakiet nr 6 – pkt 1.2.6 w części III SIWZ str. 12**).

Powoduje to sprzeczność oferty **wykonawcy Sezam** z postanowieniami SIWZ w taki sposób, że nie jest możliwa ocena, czy **wykonawca Sezam** złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami **zamawiającego**. Tym samym oferta ta powinna zostać odrzucona przez **zamawiającego** na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Braki te nie mogą zostać uzupełnione w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, ponieważ **wykonawca Sezam** został już wezwany do uzupełnienia wadliwych dokumentów. Ponadto uzupełnienie dokumentu w części dotyczącej usytuowania kołowrotu na dennicy wiązałoby się ze zmianą konstrukcji oferowanego pojazdu, a tym samym oferowanego przedmiotu świadczenia. Taka zamiana naruszałaby również **art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp**.

3. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego **zamawiający** powinien w pierwszej kolejności zbadać, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a jego oferta – odrzuceniu. Dopiero po dokonaniu tych dwóch selekcji **zamawiający** może ocenić oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. W postępowaniu **zamawiający** dokonał natomiast oceny oferty, która powinna zostać odrzucona.

Wybór jako najkorzystniejszej oferty **wykonawcy Sezam**, która w ogóle nie powinna być oceniana, został zatem dokonany z naruszeniem **art. 91 ust. 1 Pzp**.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 01.04.2015 r.** (**art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp**).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **01.04.2015 r.** (**art. 185 ust. 1 in initio Pzp**).

03.04.2015 r. wykonawca SEZAM-INSTAL P. C. i R. C. Sp. j. z siedzibą w Opolu, ul. Cygana 1, 45-131 Opole złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 1) (dowód nr 1-3) dowód 1 pismo zamawiającego z 05.02.2015 r. w sprawie unieważnienia postępowania w zakresie części nr 3, dowód 2 pismo zamawiającego z 05.02.2015 r. w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 1 i 2 i dowód 3 ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z 13.03.2015 r. na wykazanie różnego traktowania poszczególnych części zamówienia i w różnym czasie

dowodów złożonych przez odwołującego:

- 2) (dowód nr 4) dowód nr 4 pismo o wybraniu najkorzystniejszej oferty w częściach nr 4-6 na wykazanie dokonania jednoczesnego wyboru najkorzystniejszych ofert w częściach 4-6 i możliwości złożenia zastrzeżeń w jednym odwołaniu do wszystkich tych części zamówienia
- 3) (dowód nr 5 i 6) Opinia techniczna [5] prof. dra hab. inż. W. D. z Politechniki Wrocławskiej oraz [6] dra inż. M. L. z Machinenfish na wykazanie, że przedstawione w ofercie wykonawcy Sezam nie spełniały wymogów zamawiającego

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Zamawiający zarzucił, że odwołujący powinien wnieść wpis od odwołania na każdą z części zamówienia, a więc wpis od odwołania od 3 części zamówienia powinien wynosić 45 000 zł, a nie jak wniósł odwołujący 15 000 zł. Dlatego odwołanie powinno podlegać odrzuceniu. Izba stwierdza, że regułą jest jednoczesne wnoszenie odwołań do wszystkich czynności zamawiającego. Dlatego nie można ograniczać możliwości wnoszenia jednego odwołania na wszystkie czynności **zamawiającego**, które naruszają przepisy ustawy. Wyjątkiem są czynności dokonywane w tak różnych terminach, że nie można ich objąć jednym odwołaniem i tak dzieje się często w przypadkach np. zastrzeżeń do specyfikacji, a później do następnych czynności **zamawiającego**, a zwłaszcza do wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednak w rozpoznawanej sprawie wszystkie kwestionowane czynności **zamawiającego** zostały dokonane w tym samym czasie i dlatego mogły być objęte jednym odwołaniem. Z tego względu dowody 1-4 nie mogły wpłynąć na stanowisko Izby. W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie w całości.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 zdanie drugie oraz art. 26 ust. 3 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Sezam**, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji, ponieważ **wykonawca Sezam** nie załączył do pierwotnie złożonej oferty wymaganych opisów pojazdów i rysunków zestawieniowych, a tym samym nie skonkretyzował oferowanego przedmiotu świadczenia oraz przez wybór oferty, której treść została zmieniona po upływie terminu do składania ofert oraz zarzut drugi naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Sezam**, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ dokumenty przedstawione przez **wykonawcę Sezam**, uzupełnione w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, nie potwierdzają, że oferowane pojazdy spełniają wymagania **zamawiającego** określone w SIWZ – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że **zamawiający** wymagał w sekcji II Informacja o częściach zamówienia część nr 4 pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu, cyt.:

»W celu potwierdzenia wymagań dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia, stosownie do postanowień **art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp**, wykonawcy wraz z ofertą winni złożyć następujące dokumenty: [...]

2. Rysunek zestawieniowy proponowanego kompletnego pojazdu wraz ze wskazaniem usytuowania najistotniejszych elementów zabudowy takich jak np. pompy, kołowroty ciśnieniowe, system prowadzenia węża ssącego, szajki narzędziowe, wymiary zbiornika. Rysunek zestawieniowy z wymiarami podwozia ma przedstawiać usytuowanie nw. elementów: [...]

- kołowrót,
- wysięgnik węża ssącego, [...]
- usytuowanie półek i szafek zabudowy;

3. Symulację obciążenia osi podwozia dla poszczególnych wariantów napełnienia komór zbiornika; dotyczy sytuacji zbiornika głównego wypełnionego wodą i osadem pościekowym z usytuowaniem przesuwnej przegrody w trzech pozycjach tj. 1/3, 2/3 oraz 3/3 długości (pojemności) zbiornika głównego«.

Zamawiający sformułował w części I »Instrukcja dla wykonawców« rozdz. 11 »Wymagania dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodnie z **art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp** « ust. 11.1 lit. d-f w zasadzie identyczne wymagania (różnica dotyczyła sposobu numeracji poszczególnych postanowień).

Izba stwierdza, że skoro **zamawiający** w odpowiednich miejscach ogłoszenia i specyfikacji wymagając złożenia rysunków powołał się na przepis **art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp** i nie zmienił tych postanowień przed upływem terminu składania ofert, to **zamawiający** musiał podczas prowadzenia postępowania stosować do tych elementów oferty przepis **art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp** ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z tego przywołania. **Art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp** brzmi: »W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie [...] przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert«.

W związku z tym **zamawiający** natykając się w ofercie jednego z wykonawców na braki w dokumentach (w tym również w rysunkach) wymienionych w zakresie przytoczonych wyżej postanowień ogłoszenia i specyfikacji musiał zastosować procedurę unormowaną w **art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp**, który to przepis brzmi: »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub

dokumentów, o których mowa w **art. 25 ust. 1**, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w **art. 25 ust. 1**, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Zamawiający był zobligowany do wezwania **wykonawcy** o złożenie brakujących dokumentów (rysunki w rozumieniu **art. 26 ust. 3 Pzp** są takimi samymi dokumentami jak inne dokumenty) i wezwał **wykonawcę** do złożenia uzupełnień, a **wykonawca** spełnił to żądanie w wymaganym przez **zamawiającego** czasie. **Zamawiający** dysponując właściwymi rysunkami dołączonymi do oferty miał obowiązek poddać je, wraz z pozostałymi dokumentami oferty, ocenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ewentualnie później badaniu i ocenie ofert.

Nie można mówić, że w powyższym zakresie miało miejsce naruszenie przepisów prawa.

Izba stwierdza, że **odwołujący** kwestionuje również badanie ofert dokonane przez **zamawiającego**. **Odwołujący** zarzuca, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty **wykonawcy Sezam**, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ dokumenty przedstawione przez **wykonawcę Sezam**, uzupełnione w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, nie potwierdzają, że oferowane pojazdy spełniają wymagania **zamawiającego** określone w SIWZ. Na dowód słuszności tych zarzutów **odwołujący** przedstawił dowody 5 i 6 opinię techniczną [5] prof. dra hab. inż. W. D. z Politechniki Wrocławskiej oraz opinię techniczną [6] dra inż. M. L. z Maschinenfish na wykazanie, że przedstawione w ofercie **wykonawcy Sezam** nie spełniały wymogów zamawiającego. Jednak **odwołujący** nie dołączył do tych dowodów wniosków **odwołującego** określających czego opinie mają dotyczyć. Izba stwierdza, że wnioski końcowe przedstawione w opiniach brzmiały, cyt. [5] »wykonawca szkicu błędnie określił dennice« oraz [6] »dennice zostały zdefiniowane błędnie«. Takie stwierdzenia nie dają podstaw do stwierdzenia, że treść oferty **wykonawcy Sezam** nie odpowiada treści specyfikacji i w związku z tym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**. Przepis **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** brzmi »**Zamawiający** odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem **art. 87 ust. 2 pkt 3**«. **Odwołujący** nie dowiódł, że wykazane odstępstwa rysunków od specyfikacji są na tyle istotne, że na podstawie tych odstępstw będzie należało odrzucić ofertę ani że na podstawie oferty nie będzie można w przyszłości zrealizować zamówienia zgodnie z założeniami i wymaganiami **zamawiającego**.

Zamawiający również nie postawił w specyfikacji ani ogłoszeniu żadnych szczególnych wymagań dotyczących dennicy ani nawet oznaczenia jej na rysunkach dołączanych do oferty, dlatego i w tym zakresie nie można stwierdzić niezgodności oferty z treścią

specyfikacji. Dotyczy to także pozostałych elementów zarzutu odwołujący w zakresie różnicy w zamontowaniu kołowrotu na płaszczu zbiornika a nie na samej dennicy bez określenia czasu oraz wieńca dennicy. Zamawiający również nie wymagał określonej dołączenia liczby rysunków w różnych rzutach, a więc również ogólne przedstawienie pojazdu, z którego to przedstawienia można wywnioskować zamontowanie szafek narzędziowych po obu stronach pojazdu spełnia wymagania zamawiającego. Wreszcie zarzut braku wymiarów zbiornika nie został oparty na żadnych szczegółowych wymaganiach **zamawiającego**.

Z powyższych względów Izba nie może uwzględnić postawionych przez odwołującego zarzutów pierwszego i drugiego naruszenia przepisów **art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 zdanie drugie, art. 26 ust. 3 Pzp** oraz **art. 89 ust. 1 pkt 2** oraz **art. 7 ust. 1 Pzp**.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp** – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty **wykonawcy Sezam**, mimo że oferta **wykonawcy Sezam** podlegała odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że oferta wykonawcy Sezam nie podlega odrzuceniu ani sam wykonawca nie podlega wykluczeniu w związku z tym zamawiający był zobowiązany zastosować się do przepisu **art. 91 ust. 1 Pzp** i dokonać oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria określone w specyfikacji. **Art. 91 ust. 1 Pzp** brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

W związku z tym zamawiający nie mógł naruszyć **art. 91 ust. 1 Pzp** i Izba nie uwzględnia zarzutu odwołującego naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp**.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: