

WYROK
z dnia 3 lipca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 czerwca 2018 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 czerwca 2018 roku** przez **wykonawcę „AZIS” - Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A. z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale wykonawcy **K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Systemy Azotowe K. P. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego „AZIS” - Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego „AZIS” - Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim** tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od Odwołującego **„AZIS” - Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim** na rzecz **Zamawiającego Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego S.A. z siedzibą w Bytomiu** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izba.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 18 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 t.j.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca „**AZIS**” - **Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę kompletnego urządzenia do pozyskiwania azotu z powietrza atmosferycznego w technologii PSA pracującego w systemie zdalnej obsługi o wydajności powyżej 800 Nm³/h oraz zawartości azotu > 97% i tlenu < 3%* prowadzi **Zamawiający: Centralna Stacja Ratownictwa Górniczego S.A. z siedzibą w Bytomiu**. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.03.2018r. pod numerem 2018/S 044-097102.

Odwołanie wniesiono od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
2. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez K. P. z Wrocławia i wyborze jako najkorzystniejszej jego oferty.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na błędnym przyjęciu, iż treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści SIWZ, skutkujące niezasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego;
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na:
 - błędnym przyjęciu, iż pismo Odwołującego z dnia 25.05.2018 r. nie stanowi wyjaśnień w rozumieniu przywołanego przepisu;
 - błędnym uznaniu, iż za wyjaśnienia należy uznać wyłącznie wskazanie zapisów (wymaganych przez Zamawiającego danych w ofercie);
 - błędne przyjęcie, iż udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia w piśmie z dnia 25.05.2018 r. zawierają nowe informacje;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania Wykonawców i przejrzystości postępowania, polegające na sformułowaniu zapytania do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień z dnia 22.05.2018 r. w sposób niezgodny z treścią art. 87 ust. 1

ustawy Pzp tj. niezgodny z celem/istotą instytucji wyjaśnień dotyczących złożonych ofert, a poprzez to bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego wskutek uznania, iż wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego nie spełniły wymogu przepisu. Powyższe doprowadziło do udzielenia zamówienia Wykonawcy, którego oferta była mniej korzystna niż oferta Odwołującego, a więc wybranemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców polegające na dokonaniu nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Odwołującego, w tym uznaniu wyjaśnień Odwołującego za sprzeczne z zapisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;

5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która mając na uwadze kryteria oceny ofert przyjęte w postępowaniu, nie była ofertą najkorzystniejszą tj. uzyskała mniejszą punktację niż oferta Odwołującego.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert;
3. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, skutkującego bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego oraz dokonaniem błędnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez uczestnika K. P. z Wrocławia, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż jego oferta była najkorzystniejsza i gdyby nie błędne uznanie jej za niezgodną z treścią specyfikacji SIWZ przedmiotowe postępowanie zostałyby rozstrzygnięte na korzyść Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesiono, że dniu 07.06.2018 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo, że rozstrzygnął On postępowanie uznając za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez K. P. oraz odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego ze względu, iż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż Odwołujący postąpił niezgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie wskazując na zapytanie Zamawiającego zapisów w ofercie, które potwierdziłyby spełnienie kilku wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia, ale uzupełnił ją o nowe informacje, co doprowadziło do odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Zdaniem Odwołującego argumenty, podane w odwołaniu powinny zasługiwać na uwzględnienie, gdyż treść złożonej przez Odwołującego oferty jest zgodna z SIWZ.

Zamawiający stwierdził, iż „w dniu 22.05.2018 r. do Wykonawcy przesłano prośbę o wyjaśnienie zapisów złożonej oferty poprzez wskazanie w niej miejsc gdzie opisał sposób realizacji wymogów Zamawiającego”. Odwołujący podkreślił, iż treść przywołanego przez Zamawiającego pisma nie była sformułowana dokładnie w taki sposób.

Jak wynika z treści pisma Zamawiającego z dnia 22.05.2018 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień zapisów oferty złożonej w postępowaniu ze wskazanym w zakresie wymogów wyszczególnionych w Części C SIWZ. Dopiero w końcowej części pisma wskazał, iż prosi o wskazanie w ofercie wymaganych przez Zamawiającego danych. Treść tego pisma była, zdaniem Odwołującego, myląca.

Odwołujący zauważył, iż istotą i celem wyjaśnień, przewidzianych w art. 87 ust. 1 Pzp jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach niejasności, wątpliwości co do treści złożonej oferty pozwoli Zamawiającemu dokonać badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty. Nie można zatem utożsamiać udzielania wyjaśnień ze wskazaniem w ofercie wymaganych przez Zamawiającego danych, jak błędnie przyjął Zamawiający. Pojęcia/instytucji wyjaśnień nie można bowiem ograniczać, w świetle treści art. 87 ust. 1 Pzp tylko i wyłącznie z zobowiązaniem do wskazania wymaganych danych w ofercie. Wyjaśnienia oczywiście nie mogą rozszerzać, ani ograniczać treści oferty, co nie miało jednak miejsca w przypadku oferty Odwołującego, ale powinny umożliwić Odwołującemu przedstawienie sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, a nie tylko zobowiązywać go do wskazania w którym miejscu oferty znajdują się wymagane przez Zamawiającego dane. Analiza treści oferty należy bowiem do Zamawiającego. Dlatego też wskazanie, które znalazło się w piśmie z dnia 22.05.2018 r., iż Zamawiający nie znalazł w ofercie informacji w podanym w Części C SIWZ zakresie i dlatego prosi o wskazanie ich przez Odwołującego jest po pierwsze nieuprawnione, a po drugie nie powinno ograniczać Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień, które uczynił w piśmie zawierającym wyjaśnienia.

Wyjaśnianie w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp (zwane również tłumaczeniem) jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla podanej przez wykonawcę treści formularza ofertowego, polega zatem na udzieleniu odpowiedzi na pytanie: dlaczego tak jest, jak wykonawca postanowił w treści oferty, nie może zatem ograniczać się tylko i wyłącznie do wskazania w ofercie wymaganych przez Zamawiającego danych, których to Zamawiający nie potrafi sam znaleźć w ofercie.

Odwołujący w piśmie z dnia 25.05.2018 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest ponadto prawdą, jakoby wyjaśnienia złożone przez Odwołującego zawierały nowe informacje.

1. Zakres zamówienia pkt 2 Części C SIWZ:

- ppkt 2) - w tym zakresie Odwołujący złożył oświadczenie na formularzu oferty, iż zapoznał się z warunkami zamówienia i przyjął ich treść bez zastrzeżeń, a także, iż oferowane parametry techniczne, warunki gwarancyjne i serwisowe spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego w Części C SIWZ. Zamawiający nie wymagał w tym zakresie podania innych informacji (pkt 7 SIWZ Kompletność oferty, str. 9). Tego rodzaju informacja

nie musiała się zatem znaleźć w dokumentacji technicznej (pkt 7.7.), która powinna zawierać rysunki, schematy zabudowy podzespołów, wszystkie informacje dotyczące parametrów technicznych oraz kryteriów oceny. Wymóg z ppkt 2 nie należy do żadnej z w/w kategorii. Przedmiotowy wymóg nie znajdował się również w *Oświadczeniu dotyczącym warunków gwarancji i serwisu*, opracowanym według formularza Zamawiającego. Podkreślić zatem należy, iż wykazania spełnienia wymogu zawartego w ppkt 2 Zamawiający wymagał poprzez złożenie oświadczenia na treści formularza ofertowego, co Odwołujący uczynił. Tego rodzaju wymóg nie wymagał wskazania dodatkowo w treści dokumentacji technicznej (pkt 7.7. SIWZ), ani też w pozostałych dokumentach, które składały się na treść oferty według pkt 7 SIWZ. Wyjaśnienie wskazane w piśmie Odwołującego z dnia 25.05.2018 r. nie zawierało zatem żadnej nowej informacji. Odwołujący spełnił wymóg określony przez Zamawiającego w ppkt 2 poprzez złożenie oświadczenia w ofercie. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw do żądania od Odwołującego w tej kwestii wyjaśnień.

- ppkt 3) - argumenty tożsame jak powyżej.
- ppkt 4) - argumenty tożsame jak powyżej.
- ppkt 6) - argumenty tożsame jak powyżej.
- ppkt 7) - argumenty tożsame jak powyżej.
- ppkt 5) - Odwołujący przedłożył jako część oferty dokumentację techniczną, zgodnie z wymogiem pkt 7.7. SIWZ. Zwrócić należy uwagę na fakt, iż „dokumentacja techniczna w języku polskim w formie papierowej oraz w wersji elektronicznej” miała być dopiero elementem dostawy, według § 1 ust. 2 pkt 5) projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ.

2. Zakres zamówienia pkt 3 Części C SIWZ:

- ppkt 4) - w Dokumentacji techniczno-ruchowej - pkt 3 Charakterystyka techniczna (str. 35 i 36 oferty) - znajdowały się parametry techniczne kontenerowego urządzenia azotowego w zakresie temperatur pracy w/w urządzenia (-20°C do +40°C). W tabeli znajdowały się również parametry dot. wydajności azotu gazowego, ciśnienia wyjściowego azotu i czystości azotu. Jak wynika z wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu przy pracy w zakresie temperaturowym od (-20°C do +40°C) nie ma żadnych różnic, czyli zależności parametrów urządzenia od temperatury. Są one bowiem takie same bez względu na temperaturę pracy urządzenia. Z uwagi zatem na brak tych zależności nie było możliwości i podstaw do przedkładania tabeli, o której mowa w pkt 3 ppkt 4) Części C SIWZ. Równocześnie Odwołujący wskazał, iż brak zależności wynikał właśnie z Tabeli znajdującej się na str. 35 oferty, którą należało odczytywać w ten sposób, iż parametry techniczne urządzenia tam wymienione obowiązywały niezmiennie przy zakresie temperatur pracy od -20°C do +40°C. W udzielonym wyjaśnieniu (piśmie z dnia 25.05.2018 r.) Odwołujący wyjaśnił sposób rozumienia treści zawartych w ofercie (dokumentacji techniczno-ruchowej). W świetle

treści dokumentacji informacje zawarte w piśmie z dnia 25.05.2018 r. nie stanowiły żadnych nowych informacji, a jedynie wytłumaczenie parametrów technicznych zawartych już w dokumentacji techniczno-ruchowej.

- ppkt 9 – Odwołujący podniósł, iż przedmiotem przetargu jest dostawa urządzenia, a nie technologia jego zastosowania, która ponadto była i jest znana Zamawiającemu. Opis technologii zastosowania urządzenia nie jest ponadto elementem, który składa się na DTR urządzenia. Punkt 7.7. SIWZ nie wymagał zaś przedstawienia jako części składowej oferty (w tym części składowej dokumentacji technicznej urządzenia) opisu technologii jego zastosowania.

3. Zakres zamówienia pkt 4 Części C SIWZ:

- ppkt 6 - argumenty tożsame jak powyżej w pkt 1 - Odwołujący spełnił wymóg określony przez Zamawiającego w ppkt 6 poprzez złożenie oświadczenia w ofercie. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw do żądania od Odwołującego w tej kwestii dodatkowych wyjaśnień. Odebranie urządzeń ciśnieniowych przez właściwy Urząd Dozoru Technicznego ma być dopiero elementem dostawy, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 12 projektu umowy. Nie mógł być elementem oferty, co jednoznacznie wynika z treści pkt 7 SIWZ.

- ppkt 10 - argumenty tożsame jak powyżej (wystarczające złożenie oświadczenia w przedmiocie spełnienia w/w wymogu).

- ppkt 11 - Opis wyposażenia urządzenia został zawarty w Dokumentacji techniczno-ruchowej, brak zatem było podstaw do podawania dalszych informacji/wyjaśnień w tym zakresie.

- ppkt 12 - argumenty tożsame jak powyżej w pkt 1 - Odwołujący spełnił wymóg określony przez Zamawiającego w ppkt 12 poprzez złożenie oświadczenia w ofercie o treści zacytowanej powyżej. Żądana w tym zakresie informacja nie musiała znajdować się w Dokumentacji techniczno-ruchowej, gdyż nie dotyczy parametrów technicznych urządzenia, ani też kryteriów oceny ofert.

- ppkt 13 - Opis wyposażenia urządzenia został zawarty w Dokumentacji techniczno-ruchowej. Identyfikacja zagrożeń i sposób zabezpieczenia urządzenia został wskazany na str. 46 i 47 oferty (w dokumentacji techniczno-ruchowej).

- ppkt 14 lit. c, e, f - Odwołujący spełnił wymóg określony przez Zamawiającego w ppkt 14 poprzez złożenie oświadczenia w ofercie o treści zacytowanej powyżej. Ponadto dane określone w w/w punktach znajdowały się w dokumentacji technicznej urządzenia - rysunek nr 5 (ogrzewanie kontenera).

4. Zakres zamówienia pkt 5 Części C SIWZ: Cały opis dotyczący monitoringu systemu znajdował się w dokumentacji techniczno-ruchowej, część elektryczna (str. 8-21).

Mając zatem na uwadze powyższe, czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego z uwagi na fakt, iż gdyby nie odrzucenie jego oferty, byłaby ona ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosił jak we wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych i materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie 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. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, oznacza że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Systemy Azotowe K. P. z siedzibą we Wrocławiu**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił merytoryczną argumentację przemawiającą za oddaleniem odwołania w całości. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego i także wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z treścią SIWZ, pkt. 7.7. Rozdziału 7 (Kompletność oferty) wraz z ofertą należało złożyć dokumentację techniczną umożliwiającą szczegółowe zapoznanie się z oferowanym urządzeniem. Dokumentacja powinna za

wierać rysunki, schematy zabudowy podzespołów przedmiotu zamówienia. Dokumenty powinny zawierać wszystkie informacje podane przez Zamawiającego dotyczące parametrów technicznych urządzenia oraz kryteriów oceny.

W dniu 22 maja 2018 roku Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień zapisów oferty, w szczególności dotyczących Części C:

- 1) pkt 2 Zakres zamówienia ppkt 2 do ppkt 7
- 2) pkt 3 Parametry techniczne ppkt 4 do ppkt 9
- 3) pkt 4 Budowa urządzenia ppkt 6, ppkt 10-12, ppkt 13, ppkt 14 lit. C, e, f
- 4) pkt 5 System monitoringu i sterowania

Zamawiający zaznaczył, że analiza zapisów oferty nie pozwala na identyfikację informacji w podanym zakresie. Poproszono Odwołującego o wskazanie w ofercie wymaganych przez Zamawiającego danych.

W wymaganym terminie Odwołujący złożył wyjaśnienia.

Zamawiający w Informacji o wyniku postępowania podał, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ustawy Pzp, ponieważ treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający po analizie treści oferty stwierdził brak informacji w zakresie kilku stawianych wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia, np. w zakresie monitoringu i systemu zdalnego sterowania urządzeniem. Wykonawcę wezwano o wyjaśnienie zapisów i wskazanie miejsc, gdzie opisał sposób realizacji wymogów Zamawiającego. W odpowiedzi Wykonawca nie wskazał zapisów w ofercie ale uzupełnił ją o nowe informacje, co jest sprzeczne z zapisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

W ocenie składu orzekającego Izby przed podjęciem ostatecznej decyzji o odrzuceniu oferty danego Wykonawcy, Zamawiający słusznie zastosował regulację art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten pozwala na wyjaśnienie treści oferty w przyjętym kształcie, często jest sposobem na uzyskanie dodatkowych informacji, rozwianie wątpliwości co do rzeczywistej treści oferty. Granicą zastosowania tego przepisu jest niezmiennosc treści oferty i zakaz złożenia i przyjęcia przez Zamawiającego takich wyjaśnień, które prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty lub zmierzałyby do prowadzenia negocjacji między Wykonawcą a Zamawiającym.

Analiza oferty złożonej przez Odwołującego, a także analiza jego wyjaśnień prowadzi do wniosku, że w przedmiotowym przypadku złożone wyjaśnienia wychodziły poza treść wynikającą ze złożonej oferty. Wyjaśnienia wskazywały na nowe elementy związane z oświadczeniem woli danego Wykonawcy, kształtowały nową treść jego zobowiązania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, która pierwotnie w ofercie nie została uzewnętrzniona. Odwołujący przyznał ten fakt na rozprawie w odniesieniu do co najmniej kilku punktów, których dotyczyło wezwanie do złożenia wyjaśnień. Jeżeli przyjąć, że zapytanie Zamawiającego odnosiło się wprost do poszczególnych wymogów opisu przedmiotu zamówienia, czego Odwołujący nie kwestionował, to opisanie sposobu spełnienia tych wymogów dopiero w wyniku złożenia wyjaśnień oznacza, że pierwotna treść oferty Odwołującego nie odpowiadała wymogom SIWZ, tym samym była z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego niezgodna i jako taka podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący potwierdził na rozprawie, że może być tak, że jego oferta nie zawiera wprost odniesień do wszystkich wymogów OPZ, ale sposób działania oferowanych urządzeń jest Zamawiającemu znany, ponieważ podobne urządzenia nabyła od Odwołującego spółka córka Zamawiającego. Z takim postrzeganiem obowiązku spełnienia zapisów SIWZ nie sposób się zgodzić. Okoliczność, że jakiś inny podmiot, nawet powiązany kapitałowo z Zamawiającym, w wyniku przeprowadzenia bliżej niesprecyzowanej procedury przetargowej, nabył jakieś składniki majątku w postaci urządzeń, jest dla rozstrzygnięcia sporu, czy oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu odpowiada wymogom SIWZ, irrelevantny. Każdorazowo bowiem to Wykonawca w konkretnym postępowaniu jest zobowiązany wykazać, że oferuje przedmiot zgodny z opisem ustalonym przez Zamawiającego. Uczynić ma to nie w formie ustnej, potwierdzając panujące zwyczaje przy współpracy gospodarczej podmiotów, ale w formie pisemnej, składając ofertę o określonej treści, która dokumentuje w sposób wymagany przez Zamawiającego spełnianie określonych wymagań.

Co do wymogów opisu przedmiotu zamówienia Część C pkt 2 – zakres zamówienia – w ppkt 2 Zamawiający wymagał wskazania zakresu zamówienia co do wsparcia technicznego przy montażu i uruchomieniu urządzenia po zmianie jego lokalizacji. W ofercie Odwołujący opisał jedynie, że takie wsparcie zapewnione będzie w momencie montażu i uruchomienia. Dopiero w wyniku wyjaśnień pojawiła się deklaracja Odwołującego, że także po zmianie lokalizacji urządzenia zostanie zapewnione odpowiednie wsparcie. Jest to więc niedozwolona zmiana treści oferty. W przypadku ppkt 3 i 4, gdzie wymagano zapewnienia systemu ciągłego monitorowania i połączenia z systemem dyspozytorskim oraz stanowiska zdalnego monitorowania i sterowania, także dopiero wyjaśnienia z 28 maja 2018 roku nawiązują do tych wymagań. Odwołujący tłumaczył, że stanowisko dyspozytorskie nie

funkcjonuje u Zamawiającego, więc nie wiedział w jak sposób miał je opisać. Dostrzeżenia wymaga, że w takim przypadku to rolę Odwołującego było zaproponować rozwiązanie w jaki sposób powiązać system monitoringu z systemem dyspozytorskim i takie stanowisko zorganizować.

Co do złożenia dokumentacji technicznej w języku polskim, to wymóg taki zawierała zarówno sama SIWZ w punkcie odnoszącym się do dokumentów przedmiotowych, jak też opis przedmiotu zamówienia. Nawet jeżeli z zapisów wzoru umowy wynikało, że także przy dostawie konieczne będzie złożenie tej dokumentacji, to było to wymaganie dodatkowe, poza opisanymi powyżej. Dokumentacja złożona przez Odwołującego wraz z ofertą zawierała na tyle istotne braki co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, że Zamawiający słusznie uznał, iż jest ona niewystarczająca do wypełnienia opisanych wymogów.

Wymagania Zamawiającego w SIWZ dotyczyły także zobowiązania się Wykonawcy do przeprowadzenia szkoleń wstępnych i okresowych dla minimum 5 osób. Oferta do tego elementu się nie odnosiła, dopiero w wyniku wyjaśnień Odwołujący zobowiązał się takie szkolenia przeprowadzić. Odwołujący tłumaczył, że ponieważ takie urządzenia użytkowane są przez spółkę córkę i w tej firmie szkolenia były prowadzone, to uznał to za wystarczające. Izba ponownie musi podkreślić, że wypełnienie zobowiązań umownych dla innego podmiotu nie jest potwierdzeniem spełniania wymagań opisanych przez konkretnego Zamawiającego w konkretnym postępowaniu.

Wymogiem pkt 3 – parametry techniczne- w ppkt 4 było przedstawienie w formie tabeli zależności parametrów urządzenia od temperatury powietrza. Bezspornie oferta takiej tabeli nie zawierała. Odwołujący potwierdził powyższe na rozprawie, wskazując, że źródła, do których odwołuje się Zamawiający mają jedynie charakter hipotetyczny. Jednakże wraz z wyjaśnieniami Odwołujący zamieścił wymaganą tabelę i wyjaśnił, że parametry oferowanego urządzenia są niezależne od wahań temperatury. Tym samym Odwołujący de facto przyznał, tak w wyjaśnieniach, jak też w odwołaniu i na rozprawie, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Uzupełnienie oferty o zestawienie tabelaryczne dopiero po złożeniu wyjaśnień stanowi zmianę treści oferty, która jest niedopuszczalna w rozumieniu przepisów Pzp.

Oferta Odwołującego nie zawierała także opisu technologii wykorzystywanej w urządzeniu (pppk 9) oraz miała istotne braki wymagane przez pkt 4 opisu przedmiotu zamówienia – budowa urządzenia. Dla przykładu można podać, że Zamawiający wymagał, by podzespoły mające kontakt ze sprężonym powietrzem były wykonane z materiałów nie ulegających korozji. W ofercie Odwołującego nie sposób odnaleźć powyższych informacji, natomiast w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący napisał, że oferuje materiały zabezpieczone antykorozyjnie. Słusznie Zamawiający podnosił, że nawet gdyby uznać, że treść wyjaśnień była rozszerzeniem treści oferty i to na dodatek w niedozwolony sposób.

Poza tym Zamawiający wymagał, by opisu w jaki sposób działał będzie system monitoringu i sterowania, który umożliwił będzie prezentację wszystkich wyspecyfikowanych przez Zamawiającego parametrów na stanowisku zdalnego monitorowania. Odwołujący w ofercie nie zawarł opisu systemu, natomiast w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że system będzie umożliwiał monitoring głównych parametrów. Takich zapisów nie można uznać za potwierdzające wymagania SIWZ, ani co do sposobu, ani formy prezentacji informacji.

W dalszej kolejności Odwołujący podnosił, że treść wezwania do wyjaśnień skierowana do niego przez Zamawiającego była myląca. Trudno zgodzić się z takim stwierdzeniem, ponieważ treść wezwania jasno wskazywała, które punkty z opisu przedmiotu zamówienia w przełożeniu na treść oferty budzą wątpliwości Zamawiającego i gdzie istnieje potrzeba złożenia dodatkowych wyjaśnień. Wywodzenie mylącego charakteru wezwania z fragmentu nakazującego wskazanie w ofercie miejsc, w których zostały ujęte wymienione informacje, jest w ocenie Izby jakimś nieporozumieniem. Zamawiający zobowiązany jest zbadać treść SIWZ w przełożeniu na treść oferty. W jaki inny sposób, niż przez wskazanie informacji w ofercie Odwołujący chciałby wykazać zgodność treści oferty z treścią SIWZ?. Prawdą jest, że wyjaśnienia mogą przedstawiać jakieś dodatkowe informacje, ale muszą być to informacje, które znajdują odzwierciedlenie w ofercie. Jeżeli pewna treść nie została w ofercie ujęta, to trudno wyobrazić sobie złożenie w tym zakresie dodatkowych informacji. Każde bowiem elementy oświadczenia woli będą nowe w porównaniu do treści oferty. Przedstawienie zaś nowych, nie ujętych w ofercie informacji jest zmianą treści oferty po terminie składania ofert, czego przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają.

Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że złożenie ogólnego oświadczenia na formularzu ofertowym o zapoznaniu się z treścią SIWZ, przyjęciu warunków zamówienia jest wystarczające do potwierdzenia prawidłowości treści oferty. Kształt zobowiązania wykonawcy precyzuje przedmiotowa część oferty, odnosząca się do zaoferowanego przedmiotu, który zgodny ma być z wymogami opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś lakoniczne i ogólnikowe twierdzenia. Zamawiający w SIWZ jasno opisał jakie dokumenty potwierdzać mają przedmiotową stronę oferty dla proponowanego urządzenia. Tym wymogom Odwołujący składając ofertę nie sprostał, zaś złożone wyjaśnienia stanowiły niedozwoloną modyfikację treści oferty. Tym samym decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa.

Reasumując, zdaniem Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazywanych w odwołaniu, a odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 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 (t. j. Dz. U. z 2018r., poz. 972) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

.....