

WYROK
z dnia 2 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **MWM ELEKTRO Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie Zdrój**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) OPA-ROW Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) ENERGOPOL-TP ELBUD S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **MWM ELEKTRO Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **MWM ELEKTRO Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **MWM ELEKTRO Sp. z o.o., ul. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie Zdrój** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wykonawca MWM ELEKTRO sp. z o.o. z Trzebini [Odwołujący] wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z Jastrzębia Zdroju, którego przedmiotem jest „Budowa maszyny wyciągowej i sygnalizacji szybowej wraz z uruchomieniem górniczego wyciągu szybowego zainstalowanego w przedziale południowym szybu I w JSW S.A. KWK „Budryk”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2, art. 82 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 14 ustawy Pzp i art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OPA-ROW Sp. z o.o. i ENERGOPOL-TP ELBUD S.A., mimo że oferta ta nie określa w sposób jednoznaczny, stanowczy i niebudzący wątpliwości przedmiotu świadczenia, a tym samym nie stanowi oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, oraz określa oferowane świadczenie w sposób alternatywny;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OPA-ROW Sp. z o.o. i ENERGOPOL-TP ELBUD S.A., mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum OPA-ROW Sp. z o.o. i ENERGOPOL-TP ELBUD S.A., mimo że oferta ta podlega odrzuceniu.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum OPA-ROW Sp. z o.o. i ENERGOPOL-TP ELBUD S.A. jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum OPA-ROW Sp. z o.o. i ENERGOPOL-TP ELBUD S.A. i wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, oraz o zobowiązanie Zamawiającego do zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu odwołania wykonawca stwierdził, że zgodnie z punktem VII Załącznika nr 1 do SIWZ, do oferty należało dołączyć opis oferowanych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia wraz z wykazem przewidywanych do zastosowania urządzeń. Szczegółowy opis i zakres robót objętych przedmiotem zamówienia określa Specyfikacja techniczna stanowiąca powołany Załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej również SIWZ lub specyfikacja]. Przedmiot zamówienia winien spełniać wszystkie wymagania ujęte w Specyfikacji technicznej. W dniu 10 kwietnia 2012 r. Zamawiający przesłał faksem informację o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum OPA-ROW Sp. z o.o. i ENERGOPOL-TP ELBUD S.A. [dalej konsorcjum OPA-ROW]. Konsorcjum załączyło do

oferty specyfikację techniczną wg zał. nr 1 SIWZ [str 9 - 27 oferty], oraz opis oferowanych rozwiązań technicznych [załącznik nr 17 str. 158-172 oferty]. Wykonawca stwierdził, że pierwszy z wymienionych dokumentów stanowi w istocie Załącznik nr 1 do SIWZ zaparafowany przez wykonawcę. Również drugi z dokumentów stanowi w przeważającej części powtórzenie postanowień załącznika nr 1 do SPWZ. Wyłącznie na stronach 159 i 170 - 172 znajdują się treści, które stanowią pewną wartość dodaną w stosunku do treści SPWZ. W pozostałym zakresie wykonawca ograniczył się do wiernego powtórzenia wymagań Zamawiającego opisanych w specyfikacji technicznej. W szczególności opis mechaniki i sygnalizacji szybowej stanowi wiernie powtórzenie postanowień SIWZ, bez żadnego udziału własnego wykonawcy. Tymczasem są to kluczowe elementy, bez których maszyna wyciągowa nie może funkcjonować. Ponadto konsorcjum OPA-ROW wskazało szereg oferowanych parametrów w sposób przybliżony, powtarzając graniczne parametry zawarte w SPWZ i nie precyzując, jakie konkretne parametry urządzeń oferuje, przykładowo w ten sposób zostały określone parametry sterowania w punkcie H.3. (rodzaje sterowania) załącznika nr 17 do oferty konsorcjum OPA-ROW (str. 160 oferty), gdzie wykonawca wiernie powtórzył postanowienia punktu rV.B.2.3. załącznika nr 1 do SPWZ. Podobnie zostały określone parametry niektórych urządzeń w punkcie V Załącznika nr 17 do oferty. Na podstawie postanowień załącznika nr 17 do oferty konsorcjum OPA-ROW nie sposób zbudować kompletnej i odpowiadającej SIWZ maszyny wyciągowej. Załącznika nr 17 do tej oferty nie można zatem uznać za dokument, o którym mowa w punkcie VII Załącznika nr 1 do SIWZ, tj. opis oferowanych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia wraz z wykazem przewidywanych do zastosowania urządzeń. Ponadto w punkcie IT.8.d) załącznika nr 17 (str. 164 oferty konsorcjum OPA-ROW) znalazł się zapis „Siłowniki hamulca tarczowego będą typu BSFG 408 lub równoważne”, co stanowi powtórzenie postanowień punktu IV.B. 2.8.d. załącznika nr 1 do SIWZ. Również w punkcie II.9.b) załącznika nr 17 (str. 165 oferty konsorcjum OPA-ROW) znalazł się zapis, iż koło pędne będzie wyposażone w „wykładzinę typu Modar R3Mz lub równoważną”, co stanowi powtórzenie postanowień punktu IV.B. 2.9.b. załącznika nr 1 do SIWZ. Konsorcjum OPA-ROW oferuje zatem alternatywne sposoby realizacji przedmiotu zamówienia. W punkcie V załącznika nr 17 (str. 171 i 172 oferty konsorcjum OPA-ROW) znajduje się wykaz przewidywanych do zastosowania urządzeń, w którym konsorcjum OPA-ROW wymieniło urządzenia poprzez wskazanie ich rodzaju (silnik napędowy, transformatory przekształtnikowe, przekształtniki obwodu głównego itd.) i ilości oraz, w przypadku niektórych urządzeń, ich podstawowych parametrów typu moc, prąd znamionowy, napięcie. Konsorcjum OPA-ROW nie wskazało natomiast konkretnych urządzeń, które oferuje, poprzez podanie ich nazw, typów lub producentów. Informacje takie nie występują również w innych częściach oferty konsorcjum. Biorąc pod uwagę wskazaną powyżej treść oferty konsorcjum OPA-ROW, nie można

przyjąć, iż odpowiada ona ustawie Prawo zamówień publicznych oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pierwszej kolejności wykonawca wskazał, że w ustawie Prawo zamówień publicznych brak definicji pojęcia "oferta". W konsekwencji, na podstawie przepisu art. 14 ustawy zastosowanie znajdzie definicja z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z powołanym przepisem Kodeksu cywilnego, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Oferta stanowi zatem stanowczą propozycję zawarcia umowy. Do zawarcia umowy dochodzi bowiem wskutek przyjęcia oferty przez drugą stronę. Oferta w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zwana również ofertą sensu stricto, odnosi się zatem do postanowień przyszłej umowy, zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego wykonania. Ofertę w tym znaczeniu stanowią formularze ofertowe, formularze cenowe, formularze opisujące parametry techniczne, kosztorysy itp. (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 6 września 2011 r. KIO 1850/11). Informacja o rodzaju czy typie zastosowanego przy wykonaniu zamówienia materiału -urządzenia ma znaczenie merytoryczne, bowiem wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości na konkretny rodzaj czy typ wyrobu, nie dając w tym zakresie wykonawcy możliwości dokonania jednostronnej zmiany elementu oferty przedmiotowo istotnego w trakcie wykonywania zamówienia publicznego" (tak KIO w wyroku z 31 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 117/12). Przedmiot dostawy stanowi zatem element przedmiotowo istotny przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego i powinien być określony w ofercie w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy. Tylko w takim przypadku Zamawiający nie ma wątpliwości, do jakiego świadczenia zobowiązał się wykonawca, oraz jest w stanie zweryfikować na etapie badania i oceny ofert, czy świadczenie to spełnia jego wymagania, a następnie wyegzekwować je od wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Wymagany przez Zamawiającego dokument w postaci opisu oferowanych rozwiązań technicznych i wykazu przewidzianych do zastosowania urządzeń stanowi zatem element oferty sensu stricto. Tymczasem opis oferowanych rozwiązań technicznych w ofercie konsorcjum OPA-ROW polega na niemalże wiernym powtórzeniu postanowień specyfikacji technicznej. Nie powinno budzić wątpliwości, że skoro Zamawiający żądał dołączenia do oferty opisu oferowanych rozwiązań technicznych, to oczekiwał, że otrzyma informacje stanowiące własny wkład wykonawcy w stosunku do specyfikacji technicznej zawartej w SIWZ. Opis oferowanych rozwiązań technicznych powinien przedstawiać, w jaki sposób wykonawca zrealizuje wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia, a nie powtarzać wymogi SIWZ. Żądanie przez Zamawiającego poszczególnych dokumentów powinno bowiem służyć określonym celom. W tym przypadku wymóg przedstawienia opisu oferowanych rozwiązań technicznych służył konkretyzacji świadczenia oferowanego przez

wykonawcę. Obowiązek konkretyzacji oferowanego świadczenia istnieje nawet wówczas, gdy tak jak w niniejszym postępowaniu, elementem świadczenia wykonawcy jest sporządzenie projektów budowanej maszyny. Zamawiający powinien bowiem poznać na etapie badania ofert konkretną koncepcję realizacji zamówienia, która na etapie wykonywania umowy zostanie uszczegółowiona w dokumentacji projektowej. Zdaniem wykonawcy, gdyby Zamawiający oczekiwał wiernego powtórzenia postanowień specyfikacji, ograniczyłby swoje wymagania do złożenia oświadczenia w formularzu ofertowym, iż wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Opis oferowanych rozwiązań technicznych w wersji zaproponowanej przez konsorcjum OPA-ROW jest natomiast dokumentem zbędnym, który nie wnosi żadnej wartości dodanej w stosunku do wymagań zawartych w specyfikacji. Na podstawie tego dokumentu Zamawiający nie jest bowiem w stanie ustalić, jakie świadczenie otrzyma na etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził także, że w ofercie konsorcjum OPA-ROW nie ma informacji określających w sposób jednoznaczny i stanowczy urządzenia, które zostaną użyte do wykonania zamówienia. Skoro konsorcjum OPA-ROW nie podało w załączniku nr 17 do oferty nazw, typów i producentów oferowanych urządzeń, nie sposób ustalić, co jest przedmiotem oferty i tym samym porównać oferowanego przedmiotu dostaw z wymaganiami Zamawiającego. Wskazał, że złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. essentialia negotii, które stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych. W ofercie konsorcjum OPA-ROW brak niezbędnych cech identyfikujących ofertę, nie określa ona bowiem istotnych postanowień umowy w postaci przedmiotu świadczenia wykonawcy. Tym samym oferta ta nie stanowi oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego i z tego względu powinna zostać odrzucona. Ponadto sposób opisu oferowanego świadczenia jest sprzeczny z postanowieniem punktu VII Załącznika nr 1 do SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał załączenia do oferty opisu oferowanych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia wraz z wykazem przewidywanych do zastosowania urządzeń. Nie powinno budzić wątpliwości, że powołane postanowienie SIWZ wymaga podania konkretnych rozwiązań technicznych, jakie zamierza zastosować wykonawca w celu realizacji zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, oraz konkretnych urządzeń, które wykonawca oferuje dostarczyć w ramach realizacji zamówienia. Tak też postanowienie to zrozumieli wszyscy pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, którzy przedstawili konkretne opisy proponowanych rozwiązań wraz z wykazami oferowanych urządzeń. Dodatkowo w punktach II.S.d) i II.9.b) załącznika nr 17 (str. 164 i 165 oferty) konsorcjum OPA-ROW oferuje alternatywnie dostawę siłownika hamulca tarczowego typu BSFG 408 i wykładziny typu

Modar R3Mz lub odpowiednio równoważnego urządzenia i wykładziny. Opis oferowanego produktu w formie alternatywy nie może być uznany za jednoznaczny i niebudzący wątpliwości opis przedmiotu oferty (przedmiotu świadczenia). Wykonawca podkreślił, że „Oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści. Treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem zgodności z treścią SIWZ' (tak KIO w wyroku z 31 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 117/12). We wskazanych powyżej punktach II.8.d) i II.9.b) załącznika nr 17 do oferty, konsorcjum również przekopowało punkty IV.B. 2.8.d. i IV.B. 2.9.b. załącznika nr 1 do SIWZ. Pozostawiając alternatywny opis przedmiotu zamówienia z SIWZ, konsorcjum OPA-ROW w rzeczywistości nie sprecyzowało, jakie produkty oferuje (siłownik typu BSFG 408 i wykładzinę typu Modar R3Mz czy też produkty równoważne i jakie). Opis produktu w formie alternatywy, stanowiący wierne skopiowanie postanowień SIWZ, nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, jaki sprzęt zaoferował wykonawca, co oznacza niezgodność oferty z postanowieniami SIWZ (podobnie KIO w wyroku z 27 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 82/12). Skoro konsorcjum zastrzegło sobie możliwość dostawy innych urządzeń, równoważnych w stosunku do urządzeń konkretnie wskazanych w ofercie, to treść oferty w tym zakresie nie ma charakteru wiążącego, a wskazane typy urządzeń mają charakter wyłącznie przykładowy. Wykonawca może wybrać jedno z wielu alternatywnych świadczeń. Taka konstrukcja oferty daje wykonawcy dowolność wskazania przedmiotu świadczenia na etapie realizacji zamówienia. Oferta ta nie ma zatem charakteru stanowczego. Przyjąć należy zatem, że konsorcjum OPA-ROW złożyło więcej niż jedną ofertę, co stanowi naruszenie przepisu art. 82 ust. 1 ustawy.

„Oferta powinna także wyrażać stanowczą wolę zawarcia umowy. Oznacza to, że wyrażona w niej propozycja zawarcia umowy powinna być tak sformułowana, że do zawarcia umowy potrzebne jest wyłącznie oświadczenie o przyjęciu oferty wprost. Niewątpliwie zaś nie można mówić o przyjęciu wprost oferty, w której zaproponowano alternatywne rozwiązania (produkty). Na etapie oceny ofert i realizacji umowy nie ma bowiem możliwości ani zmiany przedmiotu oferty, ani też możliwości wyboru rozwiązań alternatywnych. Gdyby taką możliwość dopuścić, prowadziłoby to wprost obejścia przepisu art. 82 ust. 1 p.zp., który pozwala jedynie na złożenie jednej oferty" (wyrok KIO z 6 grudnia 2011 r. sygn. akt: KIO 2493/11).

Upredzając ewentualne argumenty Zamawiającego, wykonawca podniósł, że w żadnym przypadku nie można uznać użycia w punktach U.8.d) i II.9.b) załącznika nr 17 do oferty konsorcjum OPA-ROW sformułowania „lub równoważne" za omyłkę, powstałą w trakcie kopiowania postanowień SIWZ, podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. Wykonawca był bowiem zobowiązany do skonkretyzowania we wskazanym dokumencie oferowanego świadczenia, co wymaga zachowania z jego strony szczególnej staranności. Wpisanie w ofercie dwóch alternatywnych świadczeń stanowi błąd niebędący omyłką w

rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy. Ponadto Zamawiający nie byłby w stanie poprawić tego błędu bez dodatkowych informacji od wykonawcy. Na podstawie samej treści oferty konsorcjum OPA-ROW nie można bowiem ustalić, czy zamiarem konsorcjum było zaferowanie siłownika typu BSFG 408 i wykładziny typu Modar R3Mz czy też produktów równoważnych i jakich. Wskazanie przez Konsorcjum OPA-ROW jednej z alternatyw na etapie badania i oceny ofert prowadziłyby ponadto do zmiany oferty, zakazanej przez przepis art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy. Biorąc pod uwagę treść powyższych zarzutów, oferta konsorcjum OPA-ROW powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Akceptacja takiej oferty przez Zamawiającego stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, nakazującego prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszyscy pozostali wykonawcy podali bowiem w ofertach konkretne rozwiązania techniczne i konkretne urządzenia, jakie zamierzają zastosować podczas realizacji zamówienia, poprzez wskazanie ich nazw, typów lub producentów. Wyłącznie w ofercie konsorcjum OPA-ROW brak tych informacji, co może wynikać z braku doświadczenia konsorcjum w budowie maszyn wyciągowych. Podmiot ten, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia polegał na zasobach podmiotu trzeciego, sam nie zrealizował bowiem maszyny wyciągowej w zakresie i o wartości wymaganej przez Zamawiającego, co potwierdza wykaz zrealizowanych zamówień na str. 144-145 oferty Konsorcjum OPA-ROW. Pozostali wykonawcy posiadają natomiast doświadczenie w budowie maszyn wyciągowych, w konsekwencji nie mieli problemów z prawidłowym odczytaniem wymagań SIWZ i z określeniem oferowanych przez siebie świadczeń w sposób jednoznaczny, stanowczy i precyzyjny, zgodnie z wiedzą techniczną. W tej sytuacji prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wymaga odrzucenia oferty konsorcjum OPA-ROW, której nie da się ocenić pod kątem spełniania wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i porównać z ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający powinien w pierwszej kolejności zbadać, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a jego oferta -odrzucać. Dopiero po dokonaniu tych dwóch selekcji Zamawiający może ocenić oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał natomiast oceny oferty, która powinna zostać odrzucona. Wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum OPA-ROW, która w ogóle nie powinna być oceniana, został zatem dokonany z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy. Podkreślił, że w przypadku ponownej oceny ofert przez Zamawiającego braki w ofercie konsorcjum OPA-ROW nie będą mogły zostać w żaden sposób sanowane. Dane konkretyzujące świadczenie czy identyfikujące oferowane urządzenia stanowią bowiem

element oferty sensu stricte i stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy. Nie mogą być zatem uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który ma zastosowanie wyłącznie do dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego. W tym kontekście za sprzeczną z ustawą należy uznać czynność Zamawiającego z 19 marca 2012 r., polegającą na wezwaniu innego wykonawcy, SIEMAG TECKBERG POLSKA Sp. z o.o., do uzupełnienia opisu oferowanych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia wraz z wykazem przewidywanych do zastosowania urządzeń, który to dokument w ogóle nie został dołączony do oferty tego wykonawcy. Brak taki nie może zostać również usunięty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, który wprowadzie uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, ale wyłącznie w odniesieniu do świadczenia opisanego w ofercie. Wyjaśnienia udzielane w tym trybie nie mogą prowadzić do zmian oferty czy też negocjowania jej treści z Zamawiającym (tak KIO np. w wyroku z 19 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1679/10). „Przepis art. 87 ust. 1 p.z.p dopuszcza możliwość żądania od wykonawcy jedynie wyjaśnienia niejasnych elementów oferty (...). Instytucja wyjaśnień nie może prowadzić do usunięcia wad oferty, stanowiących o jej niezgodności z p.z.p" (wyrok KIO z 6 grudnia 2011 r. sygn. akt: KIO 2493/11).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrująca niniejsze odwołanie ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu Izba uwzględniła dyrektywę wynikającą z art. 190 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Tak jak ustaliła Izba, podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp oparty został na twierdzeniu, że oferta wykonawcy - konsorcjum OPA-ROW nie jest ofertą jednoznaczną, stanowczą i niebudzącą wątpliwości, co do przedmiotu świadczenia oraz, że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak sformułowane zarzuty miała potwierdzać treść oferty konsorcjum OPA-ROW, albowiem przedstawiając w ofercie opis oferowanych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia wraz z wykazem przewidywanych do zastosowania urządzeń -

wymagany pkt VII specyfikacji technicznej – wykonawca przede wszystkim w przeważającej części powtórzył wiernie postanowienia specyfikacji technicznej [ST] ustalonej w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz]. Wnoszący odwołanie wykonawca stwierdził również, że w treści tego dokumentu tylko w niewielkim zakresie znajdują się informacje stanowiące pewną wartość dodaną w stosunku do treści siwz. Powołał się także, na treść oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy oraz innych wykonawców, w których co prawda także powtórzono postanowienia ST, jednakże w większym zakresie zawarto informacje stanowiące własny wkład wykonawcy w stosunku do specyfikacji technicznej. Odwołujący stwierdził także, że Konsorcjum OPA-ROW nie wskazało w ofercie konkretnych urządzeń, które oferuje, albowiem nie podano ich nazw, typów lub producentów. Także posłużenie się przy opisie urządzeń alternatywnym pojęciem „równoważności”, jak to przyjął Zamawiający w ST, ma świadczyć o braku precyzji w opisie przedmiotu zamówienia i tym samym powoduje także niezgodność oferty ze specyfikacją.

Tak sformułowane zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Izba przede wszystkim stwierdza, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i w specyfikacji technicznej [pkt VII ST] nie zawarto instrukcji przygotowania opisu oferowanych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia wraz z wykazem przewidywanych do zastosowania urządzeń - wymaganego pkt VII specyfikacji techniczne ani zakresu tego dokumentu. Zatem, jeżeli specyfikacja nie wskazywała nawet pośrednio sposobu dokonania takiego opisu i nie określała jego szczegółowości wnoszący odwołanie wykonawca nie może domagać się, aby sposób sporządzenia wymaganego Opisu oferowanych urządzeń technicznych przez niego, oraz innych wykonawców został uznany - tylko z uwagi na przyjęty przez nich stopień szczegółowości - wyłącznie za odpowiadający treści specyfikacji. Także brak podania typu, czy rodzaju lub producenta danego urządzenia – w okolicznościach niniejszej sprawy – nie może być kwalifikowany jako niezgodność z treścią siwz, albowiem takie wymaganie nie wynikało z treści specyfikacji. Co więcej z postanowień specyfikacji [pkt II.6] bezpośrednio wynika, że rozwiązania techniczne, które zamierza zastosować wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia muszą być konsultowane – na etapie realizacji zamówienia - z zamawiającym. Także posłużenie się pojęciem „równoważności” obok wskazanych minimalnych parametrów – tak jak w ST - nie może być kwalifikowane jako złożenie oferty alternatywnej, albowiem oferta uznana za najkorzystniejszą odnosi się bezpośrednio do postanowień specyfikacji technicznej i nie zawiera żadnych odstępstw od ustalonych parametrów dla urządzeń.

Tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia w niniejszym postępowaniu zamówienie publiczne art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2, art. 82 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 91 ust.1 ustawy Pzp jest niezasadny.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 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 (Dz. U. nr 41, poz.238), zgodnie, z którym Izba orzeka w przedmiocie kosztów strony tylko na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....