

WYROK

z dnia 28 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2014 r. przez **WICHARY Technologies Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pyrzowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna w Bogdance**

przy udziale wykonawcy **Tech-Trading Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **WICHARY Technologies Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pyrzowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **WICHARY Technologies Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pyrzowicach** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **WICHARY Technologies Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Pyrzowicach** na rzecz **Lubelskiego Węgla „Bogdanka” Spółki Akcyjnej w Bogdance** kwotę 3 949 zł 53 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Lubelski Węgiel „Bogdanka” Spółka Akcyjna w Bogdance – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę fabrycznie nowej wysokociśnieniowej stacji agregatów zasilających wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej oraz kompletnym wyposażeniem do zasilania, sterowania i monitoringu pracy, przeznaczonych do pracy w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, w pomieszczeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu w dniu 31 października 2014 r. wykonawca WICHARY Technologies Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pyrzowicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. Wybór przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Tech-Trading spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie i zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty TECH-TRADING, pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty.

- Odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego pomimo braku przesłanek odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. W zakresie czynności i zaniechań wskazanych powyżej w pkt 1:

I. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (alternatywnie również art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TECH-TRADING pomimo tego, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, w tym zwłaszcza w zakresie objętym próbą niedopuszczalnej zmiany oferty przez TECH-TRADING.

II. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty TECH-TRADING jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta - jako podlegająca odrzuceniu — nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, o której poinformowano w dniu 21 października 2014 roku;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty TECH-TRADING jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- wybór oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, iż w niniejszym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz TECH-TRADING. Oferta Odwołującego została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza, zaś ofertę TECH-TRADING odrzucono z tej przyczyny, że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Odwołanie od tych czynności wniósł TECH-TRADING. Sprawa toczyła się pod sygn. akt: KIO/1623/14. Postępowanie odwoławcze umorzono wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości. Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert, w następstwie czego dokonał on wyboru oferty TECH-TRADING oraz odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że treść oferty TECH-TRADING jest niezgodna z treścią SIWZ, co obejmuje w szczególności zakres objęty nieskuteczną próbą zmiany złożonej oferty.

Przy okazji pierwotnego badania i oceny ofert zamawiający wykrył tylko jedną wadę oferty TECH-TRADING, świadczącą o jej niezgodności z treścią SIWZ.

Odwołujący oświadczył, że do tej pory stoi przy tym na stanowisku, że ostatecznie zaakceptowane przez zamawiającego rozwiązanie polegające na zastosowaniu kołnierzowo-łapowego połączenia pompy z silnikiem, które w postępowaniu KIO/976/14 przez tego samego zamawiającego zostało wykluczone, jest z gruntu wadliwe i niebezpieczne zarówno dla osób obsługujących stację agregatów wysokociśnieniowych, jak i kompleks strugowy.

W efekcie dogłębnej analizy oferty odwołujący doszukał się aż 13 (trzynastu) wadliwości oferty TECH-TRADING, na które zwrócił uwagę zamawiającego w treści pisma z dnia 26 sierpnia 2014 roku.

Biorąc jedynie częściowo pod uwagę zgłoszone zastrzeżenia, zamawiający skierował do TECH-TRADING wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia prawidłowych dokumentów (rysunków)

(Zamawiający zakwalifikował je jako dokumenty z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp), względnie w trybie art. 26 ust. 4 pzp do wyjaśnień w odniesieniu do tych dokumentów.

TECH-TRADING odpowiedział na opisane wezwanie w dniu 30 września 2014 roku. W ocenie odwołującego stan niezgodności ofert TECH-TRADING z treścią SIWZ w postępowaniu nie ustał, zwłaszcza, że przy okazji złożenia wyjaśnień TECH-TRADING podjął próbę niedopuszczalnej zmiany oferty, co zamawiający wbrew dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zaaprobował

Odwołujący zwrócił uwagę na następujące wadliwości oferty złożonej przez TECH-TRADING.

a) Cz. III, rozdział IV pkt 1 c) SIWZ

Zgodnie z przywołanym punktem, Zamawiający wymagał, by „Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilanych wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej musi spełniać następujące wymagania: (...) posiadać zespół pomp nurnikowych w ilości 4 kpl. o następujących wymaganiach konstrukcyjnych i parametrach technicznych (...) posiadać wydajność min. po 300 dm³/min, każdy zespół.

Z załączonej do oferty TECH-TRADING Karty Maszyny (str. nr 77-78 oferty) oraz z materiałów ogólnodostępnych producenta tj. firmy Hammelmann wynika, iż dla pompy HDP 177, przy zastosowaniu silnika elektrycznego o mocy 200 kW (zgodnie z kartą katalogową dla tego typu pompy max. silnik jaki można zastosować to 170 kW), przy zastosowaniu zadeklarowanego nurnika 055, przy podanych obrotach silnika 1500 obr./min oraz dla prędkości wału korbowego 555 obr./min. nie uzyska się wydajności 300 dm³/min., a co za tym idzie, nie może zostać spełniony warunek postawiony przez zamawiającego w SIWZ.

b) Cz. III, rozdział IV pkt 8 e) SIWZ

Zgodnie z przywołanym punktem, Zamawiający wymagał, by „Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilanych wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej musi spełniać następujące wymagania: (...) Być wyposażona w system do automatycznego wytwarzania emulsji, bieżącego pomiaru i automatycznej zmiany stężenia emulsji w ilości 1 kpl. spełniający następujące wymagania: (...) wizualizować w urządzeniu do automatycznego wytwarzania emulsji, a także w sterowniku agregatów pompowych stężenie dolewanej emulsji oraz stężenie emulsji w obiegu”.

W ocenie odwołującego oferta TECH-TRADING w sposób oczywisty nie spełnia powyższego wymagania - na str. 113 zawiera schemat hydrauliczny, z którego

jednoznacznie wynika, że nie ma możliwości pomiaru stężenia dolewanej emulsji, ponieważ refraktometr jest zabudowany na spływie emulsji, za filtrem spływowym (to jest umożliwia pomiar stężenia emulsji w obiegu, jednak bez możliwości pomiaru stężenia emulsji dolewanej do obiegu).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego TECH-TRADING w powyższym zakresie przedstawił rozwiązania znacznie odbiegające od dokumentów złożonych w ofercie przetargowej. Rysunki znajdujące się w ofercie (schemat hydrauliczny i schemat elektryczny, stanowiące załączniki nr 3 i 4 do pisma TECH-TRADING z dnia 30 września 2014 roku) zostały uzupełnione o dodatkowy refraktometr (miernik stężenia), zabudowany na zmienionym pojedynczym przewodzie.

Zmiany w schemacie hydraulicznym (podstawowy schemat urządzenia ciśnieniowego) polegają na zastąpieniu dwóch przewodów tłoczących nowo zmieszaną emulsję jednym przewodem oraz zabudowaniu na nim nowego, dodatkowego miernika stężenia (refraktometru).

Powyższe uzupełnienie powoduje rozbudowę istniejącego układu oraz znacząco wpływa zarówno na całokształt wyposażenia urządzenia, jak i funkcje, jakie agregat pompowy wykonuje. Zamawiający podkreślił, że bez istotnej zmiany treści oferty, czego próbę podjął TECH-TRADING, tj. bez wskazania dodatkowego refraktometru (miernika stężenia) zabudowanego na nowym, pojedynczym przewodzie, oferowany układ nie spełnia podstawowych wymagań SIWZ, tj. nie będzie umożliwiał wizualizacji stężenia dolewanej emulsji.

Dodane w schemacie elektrycznym pole R2 w zmianie oferty - jako dodatkowy refraktometr procesowy (miernik stężenia) - stanowi kolejne pole, na którym mamy do czynienia z istotną zmianą konstrukcji urządzenia, co w konsekwencji oznacza, iż mamy do czynienia z kompletnie innym, nowym urządzeniem aniżeli to, które wcześniej było oferowane.

Pomimo pozornie nieznacznego charakteru zmiany oferty zaproponowane przez TECH-TRADING stanowią ogromną zmianę w zakresie funkcjonalności urządzenia i jego możliwościach ruchowych - co wskazuje na de facto stworzenie nowego urządzenia.

Zdanie odwołującego poza całkowitym sporem pozostaje okoliczność, iż przed próbą zmiany oferty jej treść w sposób oczywisty nie odpowiadała treści SIWZ. W związku zatem z nieskutecznością zmiany oferta TECH-TRADING winna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

c) Cz. III, rozdział IV pkt 8 f) SIWZ

Zgodnie z przywołanym punktem zamawiający wymagał, by „Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilanych wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej musi spełniać następujące wymagania: (...) Być wyposażona w system do automatycznego wytwarzania emulsji, bieżącego pomiaru i automatycznej zmiany stężenia emulsji w ilości 1 kpl. spełniający następujące wymagania: (...) wyświetlać rzeczywisty pomiar stężenia emulsji z możliwością uwzględnienia przelicznika koncentratu (parametr do nastawy przez użytkownika)”.

W treści oferty TECH-TRADING brak było jakichkolwiek informacji, które by potwierdzały spełnienie przez oferowane urządzenie tych wymagań, w szczególności zaś z opisu przedstawionego na str. 195 oferty TECH-TRADING brak jest jakichkolwiek informacji na ten temat.

Zamawiający podzielił wątpliwości zgłaszane przez odwołującego i objął niniejszą kwestię swym wezwaniem.

W treści instrukcji wprowadzono istotne zmiany, dotyczące jednego ze sterowników (PLC 4), przy czym zakres wprowadzonych zmian poszedł nieco dalej - w szczególności zaś z instrukcji wykreślono pkt. 11, który poprzednio miał brzmienie: stężenie emulsji odczytane za pomocą refraktometru.

W ocenie odwołującego wprowadzona zmiana - w miejsce nasuwającego się jako oczywiste krótkiego wyjaśnienia oferty w tym zakresie - świadczyć może jedynie o tym, że przy okazji zmiany treści instrukcji przedstawiono w ofercie inne lub inaczej skonfigurowane urządzenie.

Wprowadzona zmiana instrukcji przy tym potwierdza pośrednio, że przed próbą wprowadzenia opisanej zmiany oferowane urządzenie nie spełniało wymogów SIWZ.

W związku zatem z nieskutecznością zmiany oferta TECH-TRADING winna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

d) Cz. III, rozdział IV pkt 12 SIWZ

Zgodnie z przywołanym punktem, Zamawiający wymagał, by „Stacja pomp powinna posiadać zespół wymiennika ciepła (woda-emulsja) o mocy chłodniczej gwarantującej

utrzymanie temperatury emulsji poniżej 28°C. Zamawiający zapewni wodę z sieci ppoż. o wydajności do 450 l/min i temperaturze max. 25°C.

TECH-TRADING w rozwiązaniu przedstawionym w złożonej przez siebie ofercie nie gwarantuje utrzymania temperatury emulsji poniżej 28°C.

Wydajność pomp wymagana w SIWZ została dobrana przez Zamawiającego wedle zapotrzebowania na emulsję, zatem wydajność agregatów pompowych jest tożsama (równa) z zapotrzebowaniem kompleksu strugowego. Zamawiający stwierdzeniem zawartym w Cz. III, rozdział IV pkt 9 i) („Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilanych wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej musi spełniać następujące wymagania: (...) być wyposażona w mikroprocesorowy układ sterowania stacją agregatów oraz urządzenia transmisji i wizualizacji danych z pracy stacji agregatów i zespołów filtrów ciśnieniowych

- w ilości 1 kpl., który obejmuje sterowanie pracą każdej z pomp w zależności od zapotrzebowania na emulsję”) narzuca takie działanie pomp/pompy, które powoduje wyłączenie pomp/pompy, gdy zapotrzebowanie na emulsję ze strony kompleksu strugowego jest mniejsze od wydajności pomp/pompy.

Z powyższych danych wynika, że ilość emulsji przepływająca przez wyjście przelewowe pompy jest znikomo mała, w stosunku do ilości emulsji tłoczonyj do kompleksu strugowego, gdzie następuje jej nagrzewanie się.

Nagrzana, powracająca z kompleksu strugowego emulsja nie jest już chłodzona, a więc jej temperatura będzie rosła w zależności od warunków wentylacyjnych w wyrobiskach korytarzowych którymi prowadzone są rurociągi emulsji, natomiast temperatura emulsji nie będzie już w żaden sposób zależała od umieszczonych w złym miejscu, zaoferowanych przez TECH-TRADING chłodnic emulsji (wymyenniki ciepła - woda-emulsja), co oznacza, że TECH-TRADING nie jest w stanie zagwarantować wymogu przewidzianego SIWZ, tj. utrzymać temperaturę emulsji poniżej 28°C.

W odniesieniu do niektórych spośród opisanych powyżej wadliwości oferty, TECH-TRADING podjął próbę dokonania zmiany złożonej oferty, noszącej jedynie znamiona (zewnątrzną formę) uzupełnienia dokumentów tzw. przedmiotowych, to jest potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymogów zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp).

Zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp: Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści

W treści części III SIWZ, w pkt. VIII. Zamawiający wskazał, że: „oferta powinna zawierać między innymi (...) Dokumentację techniczno-ruchową (wraz ze schematem elektrycznym i hydraulicznym) oraz informacje pozwalające na sprawdzenie zgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Dokumentacja powinna też zawierać rysunek zestaw czy w skali 1: 50, rysunki podstawowych zespołów z podanymi środkami ciężkości i ich ciężary, wszystkie podstawowe parametry robocze

Zamawiający na tym etapie prawidłowo bowiem zakwalifikował, że dokumenty identyfikujące przedmiot zamówienia stanowią podstawowy i zasadniczy element samej oferty. Dopiero później, w toku ponownego badania i oceny oferty, Zamawiający niezgodnie z ich znaczeniem przekwalifikował powyższe dokumenty jako „dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.” (art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp). Przywołany wyżej przepis art. 87 ust. 1 pzp, w odróżnieniu od przepisu art. 26 ust. 3 pzp, uniemożliwia dokonywanie ingerencji w informacjach wchodzących w skład oferty.

W ocenie odwołującego modyfikacje w zakresie przedmiotu dostaw wprowadzone przez TECH-TRADING, choć wywołane działaniem Zamawiającego, a zwłaszcza sformułowaniem treści wezwania, stoją w rażącej sprzeczności z przywołanym przepisem oraz orzecznictwem. Już tylko wzgląd na zapewnienie warunków uczciwej konkurencji wymaga zdecydowanemu sprzeciwieniu się tego rodzaju praktyce. Odwołujący przyjmuje, że sprzeczna z prawem zmiana oferty, na podstawie art. 14 pzp w związku z przepisem art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (t.jedn.: Dz. U. z 2014 roku, poz. 101), jest nieważna, a co za tym idzie - nieskuteczna. Ofertę TECH-TRADING należy zatem oceniać według brzmienia przed próbą dokonania zmian. Alternatywnie przyjąć można, iż niezgodna z prawem zmiana oferty wywołuje skutek w postaci zmiany oferty. W takiej sytuacji oferta TECH-TRADING podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp jako niezgodna z prawem.

W zakresie zarzutu dot. nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego odwołujący podniósł, co następuje:

Zgodnie z treścią SIWZ (Część III, Rozdział IV, pkt lk):

„ Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilanych wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej musi spełniać następujące wymagania: posiadać zespół pomp nurnikowych w ilości 4kpl. o następujących wymaganiach konstrukcyjnych i parametrach technicznych:

- być zabudowany na platformie podwieszanej z ramę osłaniającą (tworzący zamknięty segment ramowy) sprzęt w niej zabudowany. Każdy segment musi być wyposażony w wibroizolatory;
- Maksymalne wymiary gabarytowe segmentu nie przekraczały: dł 3350 mm x szer. 1000 mm x wys. 1420 mm.;
- Segmenty wykonane z elementów nośnych konstrukcyjnych o przekrojach poprzecznych min. 28 cm² ”

Zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do SIWZ, pkt 13: Wykaz spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów technicznych.

„Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilających wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej będzie spełniać następujące wymagania: będzie wyposażona w platformę nośną z osłonami, tworzącą klatkę osłaniającą sprzęt wyszczególniony w pkt. 6 i 7. Klatki zespołów pompowych oraz klatki z osprzętem dodatkowym o max wymiarach gabarytowych nie przekraczających: dł 3350 mm x szer. 1000 mm x wys. 1420 mm. Klatki będą wykonane z elementów nośnych konstrukcyjnych o przekrojach poprzecznych min. 28 cm². ”

Analiza powyżej przedstawionych zapisów prowadzi do następujących wniosków:

Zamawiający wymagał aby zespół pomp był zabudowany na platformie podwieszanej z ramą osłaniającą, która tworzy zamkniętą klatkę osłaniającą sprzęt;

Zamawiający zamiennie posługuje się słowem „klatka” oraz „segment” podając przy tych sformułowaniach obowiązek zachowania określonych parametrów tj. dł. 3350 mm x szer. 1000 mm x wys. 1420 mm.;

W słowniku języka polskiego słowo „segment” oznacza: jedną z wielu powtarzających się części składowych czegoś

Zarówno klatka, jak i segment mają być wykonane z elementów nośnych konstrukcyjnych o przekroju min. 28 cm².

Zdaniem odwołującego zawarte w SIWZ wytyczne nie budzą wątpliwości. Zamawiający podane przez niego wymiary dł. 3350 mm x szer. 1000 mm x wys. 1420 mm odnosi do klatki (segmentu), nie zaś do klatki (segmentu) wraz ze sprzętem, który zostanie zabudowany w środku konstrukcji. Powyższe potwierdza także fakt materiału, z jakiego mają być wykonane zarówno klatka jak i segment, tj. z elementów nośnych konstrukcyjnych o przekroju min 28 cm².

Odwołujący zaoferował segment (platformę podwieszoną z ramą) o gabarytach: segmentu to długość 3335 mm x szerokość 1000 mm x wysokość 1414 mm, co jest tożsame z opisem przedstawionym na stronach 56, 58-60 oferty i zarazem zgodne z wymaganiami zawartymi w Części III SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia”.

Zgodnie z treścią SIWZ wyposażenie platformy podwieszanej to odrębna kwestia od segmentu, w stosunku do którego odnoszą się postawione w pkt lk) wymagania gabarytowe.

W zdaniu drugim punktu lk, Zamawiający m. in. wymaga, aby: „każdy segment [platforma podwieszana] musi być wyposażony w wibroizolatory” (wibroizolatory nie stanowią nierozłącznego elementu platformy, jest to wyposażenie dodatkowe do segmentu). W kolejnym zdaniu zamawiający z kolei informuje: Segmenty wykonane z elementów o nośnych konstrukcyjnych o przekrojach poprzecznych min 28cm” co ewidentnie sugeruje i uwypukla, iż mowa jest tylko o elementach konstrukcji stalowej (platformie podwieszanej z ramą), a nie o wyposażeniu bądź sprzęcie w niej zabudowanym (żaden zespół pompowy nie jest wykonany z elementów nośnych konstrukcyjnych o przekrojach poprzecznych min 28cm²). Elementem konstrukcyjnym nazywana jest część obiektu bądź przedmiotu lub zespołu elementów, która spełnia zadanie konstrukcyjne. Biorąc pod uwagę powyższe, w przedmiotowym postępowaniu element nośny konstrukcyjny to profil o regularnym kształcie o dużej długości i stałym przekroju. Reasumując, z całą pewnością - zgodnie z zapisami powyżej oraz SIWZ, tj. „Segmenty wykonane z elementów nośnych konstrukcyjnych o przekrojach poprzecznych” - mowa jest wyłącznie o platformie podwieszanej z ramą osłaniającą inaczej nazywaną segmentem, zdecydowanie nie o platformie podwieszanej z ramą osłaniającą (segmentem) oraz zabudowanym w niej sprzęcie, jako że pompy, silniki, węże hydrauliczne, itp. nie są wykonane z w/w elementów nośnych konstrukcyjnych o przekrojach poprzecznych min. 28 cm². Zamknięty segment ramowy odnosi się zatem tylko i wyłącznie do pojęcia jakim jest klatka (platforma podwieszana wraz z ramą osłaniającą). Zamawiający nigdzie nie wspomniał także, ażeby żaden element zespołu pomp nurnikowych nie wystawał poza ramę osłaniającą, tj. mieścił się wewnątrz platformy. Zamawiający wymagał, żeby zespół pomp nurnikowych był zabudowany na ramie osłaniającej sprzęt w nim zabudowany, oraz aby gabaryty platformy podwieszanej z ramą osłaniającą (segment) nie przekraczały podanych wymiarów.

Zgodnie z uzasadnieniem, jakie znalazło się w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 21 października 2014 roku, oferta Odwołującego została odrzucona z następujących względów:

Zdaniem Zamawiającego opisane w pkt 1 zapisy SIWZ należy interpretować w ten sposób, iż: Zamawiający wymagał, ażeby zespół pomp nurnikowych wchodzący w skład oferowanej wysokociśnieniowej stacji agregatów miał takie gabaryty i tak był zabudowany na platformie podwieszanej, żeby żaden element zespołu pomp nurnikowych nie wystawał poza ramę osłaniającą platformy podwieszanej, tj. mieścił się wewnątrz platformy (segmentu) i był osłonięty jej ramą.

Dalej zdaniem zamawiającego, zespół pomp nurnikowych wchodzący w skład oferowanej przez Wichary Technologies wysokociśnieniowej stacji agregatów nie mieści się w segmencie i nie jest osłonięty ramą (wystają poza ramę niektóre elementy tego zespołu), tj. nie tworzy zamkniętego segmentu ramowego, jak wymagał zamawiający.

W ocenie odwołującego dokonana przez zamawiającego interpretacja SIWZ oraz oferty Odwołującego jest niedopuszczalna z następujących powodów:

Wymiary gabarytowe zamawiający podał jedynie w stosunku do klatki/segmentu, która/y to należy wykonać z elementów nośnych konstrukcyjnych o określonym przekroju (tu: min. 28 cm²).

W żadnym miejscu nie wskazuje zamawiający, iż zespół pomp nurnikowych stanowiący wyposażenie klatki (segmentu) ma spełniać wskazane powyżej parametry. Analiza pkt 13 Załącznika nr 5 do SIWZ wyraźnie wskazuje, iż wymiary 3350 mm x szer. 1000 mm x wys. 1420 mm dotyczą jedynie klatki. Gdyby Zamawiający wymagał od Wykonawców spełnienia tych parametrów w stosunku do zabudowanego w klatce sprzętu winien wprowadzić odpowiedni zapis do SIWZ, czego jednak nie uczynił.

Odwołujący podniósł, że złożona przez niego oferta spełnia wymagania SIWZ. Oferowany przez odwołującego segment nie przekracza wymaganych w SIWZ wymiarów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 listopada 2014 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego wraz ze złożoną fakturą VAT,
- 3) przeprowadzenie dowodów z dokumentów zawartych w dokumentacji postępowania, w tym dokumentów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie na okoliczności opisane w jej treści.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego zamawiający wskazał, że wymagał w pierwszej kolejności, aby zespół pomp nurnikowych był zbudowany na platformie podwieszanej i żeby rama osłaniająca tej platformy osłaniała zabudowany na platformie sprzęt, po drugie zaś – by platforma wraz z zabudowanym na niej sprzętem tworzyła zamknięty segment ramowy o maksymalnych wymiarach dł. 3350 mm x szer. 1000 mm x wys. 1420 mm. Oznacza to, że zamawiający wymagał, by zespół pomp nurnikowych wchodzący w skład oferowanej wysokociśnieniowej stacji agregatów miał takie gabaryty i tak był zabudowany na platformie podwieszanej, żeby żaden element zespołu pomp nurnikowych nie wystawał poza ramę osłaniającą platformy podwieszanej, tj. mieścił się wewnątrz platformy (segmentu) o powyższych maksymalnych wymiarach i był osłonięty jej ramą.

Tymczasem zespół pomp nurnikowych wchodzący w skład oferowanej przez odwołującego wysokociśnieniowej stacji agregatów nie spełnia powyższych wymagań. Po pierwsze bowiem i najistotniejsze – zespół ten nie mieści się w segmencie i nie jest osłonięty ramą (wystają poza ramę niektóre elementy tego zespołu), a po drugie – wymiary gabarytowe platformy podwieszanej wraz z umieszczonym na niej sprzętem – zespołem pomp nurnikowych przekraczają wymagane przez zamawiającego maksymalne wymiary.

W ocenie zamawiającego twierdzenia odwołującego, że określone przez zamawiającego maksymalne wymiary segmentu miałyby się odnosić wyłącznie do samej „klatki” (ramy) bez sprzętu, są daleko idącą nadinterpretacją i nie znajdują żadnego oparcia w treści SIWZ. Odwołujący stosuje pokrętną i skomplikowaną wykładnię w odniesieniu do kwestii, która jest oczywista i nie wymaga głębszej interpretacji. Jak bowiem wprost wynika z treści SIWZ, zamawiający wymagał, aby dostarczony w ramach przedmiotu zamówienia zespół pomp nurnikowych był osłonięty ramą i zamknięty w bryle tworzonej przez tę ramę. Rama osłaniająca ma za zadanie osłaniać sprzęt zabudowany wewnątrz niej przed mechanicznym uszkodzeniem, w związku z tym nielogiczne byłoby przyjęcie, że zamawiający wymaga, aby rama ta miała określone wymiary i jednocześnie dopuszcza, by niektóre elementy sprzętu mogły poza tę ramę wystawać.

W zakresie zarzutu uznania za dopuszczalną rzekomą zmianę oferty dokonanej przez przystępującego zamawiający podniósł, że w toku przedmiotowego postępowania nie doszło do niedozwolonej zmiany oferty przez przystępującego po upływie terminu składania ofert. Dokumenty (rysunki), które zostały złożone przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego stanowiły bowiem dokumenty potwierdzające spełnianie przez

oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie zamawiającego dokumenty, których dopuszczalność zmiany po upływie terminu składania ofert kwestionuje odwołujący, są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a nie elementami oferty w rozumieniu art. 84 ust. 1 Pzp. O charakterze poszczególnych dokumentów składanych przez wykonawców wraz z ofertą decyduje bowiem cel, dla którego są wymagane i składane. Zamawiający wymagał, aby wraz z formularzem oferty wykonawcy złożyli wypełniony formularz w postaci „Wykazu spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów technicznych (zał. Nr 5 do SIWZ), w treści którego wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenie, czy oferowana przez nich stacja agregatów spełnia bądź też nie spełnia poszczególnych wymagań zawartych w treści tego formularza, a także wskazać, który z dokumentów dołączonych do oferty potwierdza spełnianie określonego wymagania (a w przypadku braku stosownego dokumentu – złożyć odpowiednie oświadczenie.) Treść oferty w rozumieniu art. 84 ust. 1 ustawy Pzp stanowią zatem oświadczenia złożone przez poszczególnych wykonawców w treści formularza oferty oraz ww. wykazu i nie ma podstaw, aby do tak rozumianej oferty zaliczać także wszelkie tzw. dokumenty przedmiotowe składane przez wykonawców. Byłoby to możliwe wyłącznie w przypadku, gdyby zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia szczegółowych oświadczeń w odniesieniu do każdego z wymagań (parametrów technicznych) określonych w SIWZ, a żądałby jedynie szczegółowej specyfikacji technicznej oferowane urządzenia. W sytuacji jednak, gdy wykonawca składa wprost oświadczenie w zakresie zgodności oferowanego przedmiotu dostawy z treścią SIWZ, a do oferty załącza jedynie błędny schemat (rysunek) bądź niepełną instrukcję obsługi, odrzucenie z tego powodu oferty wykonawcy byłoby niedopuszczalne.

Treść rozdziału VIII części I SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) należy odczytywać w kontekście treści rozdziału VI pkt 1 ppkt 11 części I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców), zgodnie z którym wykonawcy zobowiązani byli załączyć do formularza oferty m.in. „pozostałe dokumenty określone w cz. III SIWZ opis przedmiotu zamówienia”. Użyte przez zamawiającego w rozdz. VIII pkt 1 zd. 1 Części III SIWZ sformułowanie „oferta powinna zawierać” odnosi się więc do oferty rozumianej jako kompletna dokumentacja składana przez wykonawców w toku postępowania i nie ma przesłanek, aby na podstawie tego postanowienia twierdzić, że dokumentacja techniczno-ruchowa stanowiła element oferty *sensu stricto*. Ponadto z treści rozdz. VIII pkt 1 części III SIWZ wynika, że wykonawcy zobowiązani byli złożyć między innymi dokumentację techniczno-ruchową wraz ze schematem elektrycznym i hydraulicznym oraz informacje pozwalające na sprawdzenie

zgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Dokumenty w postaci dokumentacji techniczno-ruchowej (oraz ewentualnie inne złożone wraz z ofertą informacje) służyć miały zatem zamawiającemu do weryfikacji, czy oferowane przez wykonawców urządzenia są zgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ, a nie stanowiły elementu oferty jako takiej.

W zakresie zarzutu niegodności treści oferty przystępującego z SIWZ zamawiający wskazał, że bez znaczenia jest kwestia rzekomej niezgodności oferty przystępującego z SIWZ z powodu zastosowanego połączenia pompy z silnikiem, ponieważ w sprawie tej toczyło się przed Izbą postępowanie odwoławcze, które zostało prawomocnie zakończone (sygn. akt KIO 1623/14). Zamawiający uwzględnił wówczas odwołanie w całości, a odwołujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania.

Zamawiający podniósł, że zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z SIWZ z powodu rzekomego niespełnienia wymagań określonych w rozdz. IV pkt 8 lit. e i f SIWZ jest całkowicie nieuzasadnione. Odwołujący opiera ten zarzut na błędnym założeniu, że złożenie przez przystępującego uzupełniających dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowaną stację agregatów wymagań określonych w SIWZ stanowiło niedozwoloną zmianę oferty przystępującego, a tym samym nie mogło wywołać skutków prawnych. Jednocześnie odwołujący nie kwestionuje tego, że po uzupełnieniu dokumentów oferta przystępującego odpowiada treści SIWZ we wskazanym zakresie, w związku z czym zarzut ten mógłby się zaktualizować jedynie w przypadku uznania, że złożenie przez przystępującego uzupełniających dokumentów stanowiło niedozwoloną zmianę oferty, do czego – w ocenie zamawiającego – nie ma żadnych podstaw.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów dotyczących rzekomej niezgodności oferty przystępującego z SIWZ zamawiający wskazał, że zarówno zarzut dotyczący wydajności zespołu pompowego (rozdz. IV pkt 1 lit. c Części III SIWZ), jak i zarzut dotyczący mocy chłodniczej zespołu wymiennika ciepła (rozdz. IV pkt 12 części III SIWZ) są całkowicie nieuzasadnione.

W treści „Wykazu spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” przystępujący oświadczył, że zespół POM nurnikowych wchodzący w skład oferowanej przez przystępującego wysokociśnieniowej stacji agregatów będzie posiadał wydajność 300 dm³/min (pkt 1 lit. c ww. wykazu), a także że stacja pomp wchodząca w skład oferowanej przez przystępującego wysokociśnieniowej stacji agregatów będzie posiadała zespół wymiennika ciepła (woda-emulsja) o mocy chłodniczej gwarantującej utrzymanie temperatury emulsji poniżej 28 °C (pkt 12 wykazu). Na potwierdzenie spełniania powyższych

wymagań przystępujący załączył do oferty odpowiednie dokumenty, które wskazał we właściwych rubrykach wykazu.

W ocenie zamawiającego odwołujący stara się kwestionować zgodność oferty przystępującego z treścią SIWZ opierając się wyłącznie na własnych, gołosłownych twierdzeniach. Zamawiający podkreślił, że zobowiązany jest opierać się na deklaracjach wykonawców zawartych w ofertach oraz na danych wynikających z dokumentów załączonych do oferty. Na etapie tym nie ma realnej możliwości zbadania, czy oferowane przez wykonawców urządzenia w rzeczywistości będą spełniać deklarowane parametry, w związku z czym zamawiający nie miał podstaw ani do wzywania przystępującego do wyjaśnienia podnoszonych przez odwołującego kwestii ani tym bardziej do odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu. Tak szczegółowe parametry techniczne jak wydajność pompy oraz zdolność do utrzymywania określonej temperatury emulsji są bowiem możliwe do wiarygodnego zweryfikowania jedynie na etapie eksploatacji przez zamawiającego dostarczonej stacji agregatów – w drodze przeprowadzenia odpowiednich testów. Procedurę taką zamawiający przewidział zresztą w pkt II ppkt 17 OWU Dostawy stanowiących załącznik do projektu umowy (część II SIWZ), zgodnie z którym, w przypadku rozbieżnych stanowisk stron co do istnienia i zakresu wad jakościowych przedmiotu umowy dostawy, strony mogą zlecić wykonanie ekspertyzy niezależnemu ekspertowi.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z Cz. III, rozdział IV pkt 1 c) SIWZ zamawiający wymagał, by „Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilanych wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej musi spełniać następujące wymagania: (...) posiadać zespół pomp nurnikowych w ilości 4 kpl. o następujących wymaganiach konstrukcyjnych i parametrach technicznych (...) posiadać wydajność min. po 300 dm³/min, każdy zespół.

W ocenie Izby przystępujący zaoferował urządzenie o wymaganych parametrach. Izba wzięła pod uwagę informacje zawarte w Karcie Katalogowej (str. 77-78 oferty), gdzie powyższy parametr został potwierdzony. Odwołujący dokonując wyliczeń, na których oparł swój zarzut, wzięł pod uwagę przyjęte przez siebie i niepotwierdzone dokumentami założenia

w zakresie skoku nurnika. Przystępujący przedłożył informację producenta pompy, tj. Hammelmann GmbH z 6 listopada 2014 roku, z której wynika, iż skok nurnika został określony jako 75 mm, przy czym w wykonaniu specjalnym może wynieść nawet 76,5 mm. Informacje te powodują, że wyliczenia dokonane przez odwołującego nie znajdują podstaw.

Zgodnie z Cz. III, rozdział IV pkt 8 e) SIWZ zamawiający wymagał, by „Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilanych wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej musi spełniać następujące wymagania: (...) Być wyposażona w system do automatycznego wytwarzania emulsji, bieżącego pomiaru i automatycznej zmiany stężenia emulsji w ilości 1 kpl. spełniający następujące wymagania: (...) wizualizować w urządzeniu do automatycznego wytwarzania emulsji, a także w sterowniku agregatów pompowych stężenie dolewanej emulsji oraz stężenie emulsji w obiegu”.

Zgodnie z Cz. III, rozdział IV pkt 8 f) SIWZ zamawiający wymagał, by „Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilanych wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej musi spełniać następujące wymagania: (...) Być wyposażona w system do automatycznego wytwarzania emulsji, bieżącego pomiaru i automatycznej zmiany stężenia emulsji w ilości 1 kpl. spełniający następujące wymagania: (...) wyświetlać rzeczywisty pomiar stężenia emulsji z możliwością uwzględnienia przelicznika koncentratu (parametr do nastawy przez użytkownika)”.

Izba wskazuje, że złożone przez przystępującego wraz z ofertą informacje i dokumenty potwierdzają zgodność oferty przystępującego z SIWZ. Zamawiający nie precyzował, z jakiego źródła ma pochodzić informacja o stężeniu emulsji dolewanej. Zamawiający wymagał jedynie stężenia wytwarzanej emulsji oraz emulsji w obiegu, nie wymagał przy tym pomiaru tych wielkości za pomocą refraktometru.

Przystępujący na str. 195 oferty zamieścił informację, gdzie wskazano, iż sterownik może wyświetlać stężenie emulsji w obiegu. Na str. 200 oferty przystępującego znajduje się projekt instrukcji dla wyświetlacza. Przystępujący w swych wyjaśnieniach dokonał doprecyzowania poszczególnych funkcjonalności, nie zmieniając jednak samego urządzenia.

Odnosząc się do instrukcji wyświetlacza Izba podkreśla, że jego doprecyzowanie nie stanowi nieuprawnionej zmiany treści oferty. Przystępujący nie zmienił danych wyświetlanych ani wyświetlacza, ani też oferowanego urządzenia. Izba zgadza się z przystępującym i zamawiającym, iż instrukcja jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zatem może być uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp 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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Z kolei, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) 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.

Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Na gruncie ustawy Pzp za ofertę uznaje się oświadczenie wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, będące jednostronnym zobowiązaniem wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę wybrana została jako najkorzystniejsza oferta i z wykonawcą tym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (tak np. w wyrokach: KIO/UZP 502/08, KIO/UZP 343/09).

Należy zauważyć, że ustawodawca wielokrotnie w przepisach ustawy Pzp dokonuje rozróżnienia na ofertę oraz dokumenty nie będące ofertą, składane wraz z ofertą. Przykładowo zgodnie z art. 44 Pzp *„Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty”*. Ofertą nie są zatem oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Również wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp nie obejmują oferty.

Powyższe potwierdza, iż doprecyzowanie instrukcji dla wyświetlacza nie stanowiło zmiany treści oferty, w związku z czym podniesiony zarzut należało uznać za bezpodstawny.

Zgodnie z Cz. III, rozdział IV pkt 12 SIWZ zamawiający wymagał, by „Stacja pomp powinna posiadać zespół wymiennika ciepła (woda-emulsja) o mocy chłodniczej gwarantującej utrzymanie temperatury emulsji poniżej 28 °C. Zamawiający zapewni wodę z sieci ppoż. o wydajności do 450 l/min i temperaturze max. 25 °C.

Przystępujący na stronie 112 oferty zamieścił schemat hydrauliczny, z którego wynika, iż zapewnił wymienniki ciepła o odpowiedniej mocy chłodniczej. Przystępujący zadeklarował, że moc chłodnicza wymienników ciepła gwarantuje utrzymanie wymaganej temperatury.

Zgodzić należy się z zamawiającym, iż na etapie badania i oceny ofert zamawiający mógł jedynie opierać się na deklaracjach wykonawców oraz na zawartych w ofertach danych dotyczących parametrów zaoferowanego urządzenia. Na tym etapie zamawiający nie miał możliwości zbadania mocy chłodniczej wymienników ciepła. Zamawiający w pkt. II ppkt 17 OWU Dostawy (załącznik do projektu umowy) przewidział możliwość zbadania przedmiotu umowy przez niezależnego eksperta. W przypadku, gdyby taka ekspertyza potwierdziła niemożność zapewnienia odpowiedniej mocy chłodniczej, odwołujący ponosiłby odpowiedzialność w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy.

Zgodnie z treścią SIWZ (Część III, Rozdział IV, pkt 1k):

„ Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilanych wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej musi spełniać następujące wymagania: posiadać zespół pomp nurnikowych w ilości 4kpl. o następujących wymaganiach konstrukcyjnych i parametrach technicznych:

- być zabudowany na platformie podwieszanej z ramę osłaniającą (tworzący zamknięty segment ramowy) sprzęt w niej zabudowany. Każdy segment musi być wyposażony w wibroizolatory;
- Maksymalne wymiary gabarytowe segmentu nie przekraczały: dł 3350 mm x szer. 1000 mm x wys. 1420 mm.;
- Segmenty wykonane z elementów nośnych konstrukcyjnych o przekrojach poprzecznych min. 28 cm² ”

Zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do SIWZ, pkt 13: Wykaz spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów technicznych.

„Wysokociśnieniowa stacja agregatów zasilających wraz z urządzeniem do uzdatniania wody dołowej będzie spełniać następujące wymagania: będzie wyposażona w platformę nośną z osłonami, tworzącą klatkę osłaniającą sprzęt wyszczególniony w pkt. 6 i 7. Klatki zespołów pompowych oraz klatki z osprzętem dodatkowym o max wymiarach gabarytowych nie przekraczających: dł 3350 mm x szer. 1000 mm x wys. 1420 mm. Klatki będą wykonane z elementów nośnych konstrukcyjnych o przekrojach poprzecznych min. 28 cm².”

Odwołujący zaoferował zespół pomp, który nie mieści się w segmencie. Niektóre z jego części wystają poza obręb ramy. Tym samym segment nie spełnia wymagań SIWZ. Zamawiający wymagał, by platforma wraz z zabudowanym na niej sprzętem tworzyła zamknięty system ramowy o wskazanych wymiarach. W ocenie Izby wskazany wymóg był tak sformułowany, by zespół pomp nurnikowych mieścił się w całości wewnątrz segmentu ramowego i aby żadna z jego części nie wystawała poza obręb ramy. Tym samym stwierdzić należy, iż oferta treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz

dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe uznać należy, iż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu sprecyzował w sposób jasny swoje oczekiwania wobec zamawianego zespołu i z uwzględnieniem swoich rzeczywistych potrzeb. Zaoferowanie przez odwołującego zespołu pomp niespełniającego wymogów w zakresie rozmiarów przesądza o niezgodności treści oferty z treścią siwz i w konsekwencji musi prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

.....