

WYROK
z dnia 26 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2015 r. przez wykonawcę **BRENNTAG POLSKA Sp. z o.o., ul. Bema 21, 47-224 Kędzierzyn-Koźle** w postępowaniu prowadzonym przez **Grupową Oczyszczalnię Ścieków w Łodzi Sp. z o.o., ul. Sanitariuszek 66, 93-469 Łódź**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt1 ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz czynność odrzucenia oferty wykonawcy **BRENNTAG POLSKA Sp. z o.o. z Kędzierzyna-Koźla** na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 oraz pkt 8 ustawy Pzp i nakazuje ponowne badanie i ocenę oferty tego wykonawcy z zastosowaniem, w szczególności procedury z art. 26 ust.3 ustawy Pzp w zakresie załącznika nr 16 oraz załącznika 17 do jego oferty;
2. kosztami postępowania obciąża **Grupową Oczyszczalnię Ścieków w Łodzi Sp. z o.o., ul. Sanitariuszek 66, 93-469 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BRENNTAG POLSKA Sp. z o.o., ul. Bema 21, 47-224 Kędzierzyn-Koźle** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Grupowej Oczyszczalni Ścieków w Łodzi Sp. z o.o., ul. Sanitariuszek 66, 93-469 Łódź** na rzecz wykonawcy **BRENNTAG POLSKA Sp. z o.o., ul. Bema 21, 47-224 Kędzierzyn-Koźle** kwotę **17 460 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Grupową Oczyszczalnię Ścieków w Łodzi Sp. z o.o. na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest "Sprzedaż i dostarczenie wodorowęglanu sodu do Instalacji Termicznego Przekształcania Osadów i Skratek zlokalizowanej w Grupowej Oczyszczalni Ścieków Łódzkiej Aglomeracji Miejskiej" Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę [Odwołujący] Brenntag Polska Sp. z o.o. z Kędzierzyna Koźła wobec odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania, a także zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem wykonawcy podjęte czynności naruszają:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem oferta wykonawcy jest w całości zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w tym również w zakresie określonym w załączniku nr 1 - Część techniczna pkt 1 - Charakterystyka środka chemicznego w części dotyczącej parametru ciężaru nasypowego;
2. art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na unieważnienie postępowania z powodu niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego była zgodna z treścią SIWZ i, jako taka odrzuceniu nie podlegała;
3. art. 78 par. 1 kodeksu cywilnego z uwagi na przyjęcie, że przewidziane w tym przepisie wymaganie dotyczące złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli ma zastosowanie do oceny ważności specyfikacji technicznej i karty charakterystyki podczas, gdy ww. dokumenty nie stanowią oświadczenia woli w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, a zatem ich ważność w oparciu o przepis art. 78 par. 1 k.c. oceniana być nie może;
4. art. 89 ust.1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 78 par. 1 kodeksu cywilnego z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego, jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, w sytuacji, gdy karta charakterystyki i specyfikacja techniczna niebędące oświadczeniami woli Odwołującego w świetle obowiązujących przepisów nie musiały być przez niego własnoręcznie podpisane.

Z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów, dotyczącego podstaw odrzucenia wykonawca wskazał na naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagania dotyczącego parametru ciężaru nasypowego w oferowanym produkcie oraz w zw. z par. 7 ust.1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia załącznika nr 16 i załącznika nr 17 do oferty w sytuacji uznania, że ich forma jest nieprawidłowa, podczas gdy nawet gdyby uznać, że przedłożone przez Odwołującego dokumenty wymaganej formy nie spełniają, to tego rodzaju braki podlegają uzupełnieniu w ramach obligatoryjnej procedury sanacyjnej przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, z uwagi na to, że treść tej oferty odpowiadała treści SIWZ, oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, ewentualnie, na wypadek nie uwzględnienia tego wniosku nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w zakresie potwierdzenia parametru ciężaru nasypowego oferowanego produktu. W uzasadnieniu zarzutów stwierdził brak niezgodności oferty Odwołującego z treścią specyfikacji oraz wskazał, że w treści załącznika nr 1 - Część techniczna - do specyfikacji na sprzedaż i dostarczenie wodorowęglanu sodu do Instalacji Termicznego Przekształcania Osadów i Skratek zlokalizowanej w Grupowej Oczyszczalni Ścieków Łódzkiej Aglomeracji Miejskiej w Łodzi, w pkt 1 w części dotyczącej Wymagań technicznych [Charakterystyka środka chemicznego] został w przybliżeniu określony parametr ciężaru nasypowego wodorowęglanu sodu wymaganego przez Zamawiającego - „ok. 1,0 kg/dm³ ” (około 1,0). Wartość powyższego parametru została powtórzona w rozdziale 3 siwz - Opis Przedmiotu Zamówienia, w akapicie zatytułowanym Charakterystyka środka chemicznego. W specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 16 do oferty przez Odwołującego, parametr gęstości nasypowej wodorowęglanu sodu został określony, jako „typ. 1,00”, (typowy 1.00) Czyli również w przybliżeniu. Ponadto w specyfikacji technicznej zawarta jest informacja, że: Parametr „typowy” nie stanowi specyfikacji technicznej i nie może być podstawą do reklamacji, a dane zwarte w niniejszej specyfikacji wynikają z aktualnej wiedzy o produkcie i nie zastępują badań wykonywanych przez odbiorcę przy dostawie. Odwołujący zwrócił uwagę, że parametr „ciężar nasypowy” nie został precyzyjnie określony przez Zamawiającego w SIWZ, gdyż nie wiadomo czy chodzi o „ciężar nasypowy ubity” czy „ciężar nasypowy luźny”. Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący w specyfikacji technicznej oferowanego produktu również nie sprecyzował rodzaju ciężaru nasypowego, określając

wartość tego parametru właśnie, jako typową, czyli najczęściej występującą dla wodorowęglanu sodu. Zdaniem wykonawcy, zamieszczenie w załączniku nr 16 zastrzeżenia, że parametr „typowy” nie stanowi specyfikacji technicznej w odniesieniu do parametru gęstości nasypowej (oraz dwóch innych parametrów wymienionych w specyfikacji technicznej przedłożonej przez Odwołującego, ale których wskazania Zamawiający już nie wymagał w SIWZ i tym samym nie oceniał oferty pod kątem ich zgodności), wynika także ze specyfiki produktu, jakim jest wodorowęglan sodu w postaci ciała stałego. Ciężar nasypowy wodorowęglanu sodu zależy od wielu czynników takich jak wielkość i kształt ziaren, stan powierzchni (jej adhezyjność), a także struktury mikrokystalicznej materiału. Na wartość tego parametru może mieć także wpływ sposób transportu i rozładowania autosilosu używanego do transportu luzem produktu. Prawdopodobnie z tego też względu Zamawiający nie określił wartości granicznych minimum czy maksimum dla parametru gęstości nasypowej, a jedynie użył określenia „ok”. W związku z powyższym przy określaniu wartości parametru gęstości nasypowej podaje się tę wartość w przybliżeniu, najczęściej występującą, oscylującą wokół, właśnie poprzez użycie określeń: „ok” jak Zamawiający w specyfikacji, czy „typowy” - jak Odwołujący w specyfikacji technicznej. Wykonawca podkreślił, że określenia około czy typowy są, co do zasady tożsame, ponieważ mają na celu określenie danego parametru nie, jako stałej wartości, ale zmiennej, oscylującej wokół wartości 1,0 tj. z uwzględnieniem specyfiki produktu. Analizując argumentację powołaną w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania, zdaniem wykonawcy, można dojść do wniosku, iż Zamawiający, co do zasady kwestionuje sposób przygotowania przez Odwołującego oferty, nie zaś jej treść. Zaznaczył, że kwestionowanie sposobu opracowania oferty w oparciu o przesłankę określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest uprawnione. Przywołany przepis nakazuje bowiem zamawiającemu odrzucić taką tylko ofertę, która jest merytorycznie niezgodna ze specyfikacją. Trudno jest natomiast przyjąć, że określenie gęstości nasypowej, jako „typ.” a nie „ok.” w sytuacji, gdy parametr ten oscyluje wokół wymaganego przez Zamawiającego 1,0 kg/dm³ stanowi merytoryczną niezgodność. Merytoryczna niezgodność oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, w której treść oferty (oświadczenia złożonego przez wykonawcę, zawierającego zobowiązanie do zaspokojenia potrzeb i wymagań zamawiającego), jest odmienna od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarówno treść specyfikacji, jak i treść oferty, stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio zamawiającego, (który w opisie przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy) oraz wykonawcy, (który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty, jako najkorzystniejszej). Wobec tego, co do zasady porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji przesądza o tym, czy treść złożonej oferty

odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - a zatem jest z nią zgodna. Reasumując i wskazując na orzecznictwo wykonawca stwierdził, że (...) Niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP). Istnienie niezgodności winno umożliwiać wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki konkretnie sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami specyfikacji istotnych warunków zamówienia". W stanie faktycznym sprawy oferta Odwołującego pozostaje w pełni zgodna z siwz, a użycie w specyfikacji technicznej określenia „typ.” zamiast „ok.” przy określaniu wartości parametru ciężaru nasypowego wodorowęglanu sodu nie oznacza, że Odwołujący zaoferował produkt niezgodny z tym, czego wymagał Zamawiający, tylko opisał wymaganą wartość przy użyciu innego sformułowania. Na wypadek jednak, gdyby Izba uznała przeciwnie tj., że pojęcia „ok.” a „typ.” nie są tożsame i w związku z tym treść oferty nie była zgodna ze specyfikacją wykonawca wskazał, że Zamawiający nie zastosował obligatoryjnej procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp - wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań. Powyższe świadczy o tym, że przy ww. założeniu naruszył on przepis art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący stwierdził także, że Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę Brenntag Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących Załącznika nr 16 (specyfikacji technicznej), ale nie w zakresie parametru gęstości nasypowej, ale w celu podania podstawy prawnej, na podstawie, której przedmiotowy dokument Jest ważny bez podpisu". Odwołujący udzielił wyjaśnień w terminie zakreślonym, ale co należy podkreślić odrzucenie oferty nastąpiło także w wyniku innych rzekomych uchybień w treści oferty, co do których Odwołujący nie był wzywany do ich uzupełnienia w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego, jako jedynej w niniejszym postępowaniu (Zamawiający wcześniej odrzucił ofertę Veolia Water Technologies Sp. z o.o. zgodnie z wyrokiem w sprawie sygn. akt: KIO 225/15), Zamawiający na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 1 Pzp unieważnił postępowanie, czym także naruszył wskazany przepis, albowiem - jak zostało to przedstawione wcześniej - treść oferty Odwołującego odpowiadała treści siwz i jako taka odrzuceniu nie podlegała. W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp wskazał na uzasadnienie decyzji – braku podpisu zgodnie z pkt. 6 i 10c siwz (powinny być przedstawione w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, uprawnionych do składania oświadczeń woli członków władz firmy, łącznie z pieczętkami imiennymi lub umocowanego przedstawiciela), wyjaśniając, że załącznik nr 16 i nr 17 stanowią wydruki z dedykowanego systemu informatycznego Odwołującego i zgodnie z adnotacją w stopce dla swojej ważności

nie wymagają podpisu. Takie dokumenty mają zatem walor dokumentów oryginalnych i dla swej ważności nie wymagają poświadczenia za zgodność z oryginałem. Niezależnie od tego zauważył, że pełnomocnik Odwołującego działając z daleko posuniętej ostrożności wspomniane dokumenty za zgodność z oryginałem poświadczył i w tych okolicznościach nie sposób twierdzić, aby specyfikacja techniczna i karta charakterystyki zostały przedłożone w formie nieprawidłowej. W odpowiedzi na zarzut Zamawiającego, że na załącznikach nr 16 i 17 „znajdują się znaki, które mogą, co najwyżej zostać uznane za parafę osoby, której tożsamości nie można ustalić” wskazał, że „Jest powszechną i uzasadnioną praktyką, że dokument złożony w kopii opatruje się podpisem lub parafą z formułką "za zgodność", "zgodne z oryginałem" lub podobną. W opinii Odwołującego kwestionowanie formy załączników z uwagi na zamieszczenie na nich parafy, a nie podpisu osoby umocowanej do działania w imieniu Wykonawcy jest przejawem skrajnego formalizmu ze strony Zamawiającego ukierunkowanego na wykluczenie Odwołującego z postępowania. Stwierdził również, że Zamawiający w piśmie z dnia 05 marca br podał, że specyfikacja techniczna i karta charakterystyki załączone do oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8), jako nieważne na podstawie odrębnych przepisów, a konkretnie art. 78 § 1 k.c. Zgodnie z treścią powołanego przepisu kodeksu cywilnego [„Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli] - Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z dnia 02.12.2009 (sygn. akt I CSK 129/09) stwierdził: „Dyspozycją art. 78 par. 1 k.c. objęta jest sytuacja, w której dokument zawiera oświadczenia woli stron umowy i który strony umowy w tym samym miejscu i czasie podpisują. Dochodzi wówczas do zawarcia umowy (...)’ Odwołujący wyjaśnił, że specyfikacja techniczna czy karta charakterystyki oferowanego produktu nie stanowią oświadczenia woli podmiotu, który je wystawia, tylko oświadczenie wiedzy i jako takie nie stanowią czynności prawnej, dla której ważności wymagany jest własnoręczny podpis. Ponadto, zgodnie z udzielonymi wcześniej Zamawiającemu wyjaśnieniami w trybie art. 87 ust.1 Pzp (pismo Odwołującego z dnia 04 marca 2015 r.) specyfikacja techniczna stanowiąca Zał. nr 16 do oferty zawiera adnotację „(...) jest ważny bez podpisu”, ponieważ w świetle obowiązujących przepisów, specyfikacja techniczna, jako dokument służący opisowi danego produktu chemicznego jest opracowywana przez producenta czy dostawcę produktu na podstawie ustalonego według niego wzoru i jest to powszechna praktyka na rynku produktów chemicznych. Brak jest zatem podstawy prawnej dla uznania, że dla ważności specyfikacji technicznej wymagany jest własnoręczny podpis uprawnionej osoby. W odniesieniu do wymogów sporządzania karty charakterystyki obowiązuje w tym zakresie Rozporządzenie Komisji (UE) nr 453/2010 z dnia 20 maja 2010 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie

chemikaliów (REACH), w którym zastąpiono Załącznik II Rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 określający wymagania dotyczące sporządzania kart charakterystyki Załącznikiem nr I do niniejszego rozporządzenia. Załącznik nr 1 określa szczegółowo wymagania, które ma spełnić dostawca, aby sporządzić kartę charakterystyki dla substancji lub mieszaniny, co umożliwi użytkownikom podjęcie niezbędnych środków dotyczących ochrony zdrowia ludzkiego i bezpieczeństwa w miejscu pracy oraz ochrony środowiska. Załącznik nr 1 nie odnosi się do wymogu opatrywania karty charakterystyki własnoręcznym podpisem. Niezależnie od powyższego – wskazując na orzecznictwo – stwierdził, że nawet gdyby uznać twierdzenie Zamawiającego o nieprawidłowej formie specyfikacji technicznej i karty charakterystyki brak tego rodzaju podlega obowiązkowej procedurze sanacyjnej przewidzianej w art. 26 ust 3 Pzp. Podkreślił, że charakter przepisu art. 26 ust. 3 Pzp jest obowiązkowy i stanowi warunek sine qua non wszelkich działań eliminacyjnych w stosunku do każdego z uczestników postępowania przetargowego." Zatem Zamawiający przed ewentualnym podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego winien był bezwzględnie – zgodnie z art. 26 ust.3 Pzp - wezwać go do przedłożenia ww. dokumentów w formie przez niego wymaganej. W konkluzji Odwołujący wskazał na interes we wniesieniu odwołania, albowiem wadliwe odrzucenie jego oferty Odwołującego i unieważnienie postępowania uniemożliwiło wykonawcy uzyskania zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, podnosząc w szczególności, że zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest bezpodstawny, albowiem (...) wskazanie przez Odwołującego parametru ciężaru nasypowego wodorowęglanu sodu, jako „typ. 1,00 kg/dm³”, zamieszczone w części technicznej oferty (Załącznik nr 1 do oferty) jest nieprawidłowe i niezgodne z treścią specyfikacji, w zakresie wymogów technicznych, jakie musi spełniać oferta. Jednocześnie w treści specyfikacji technicznej zamieszczone zostało przez Odwołującego wyjaśnienie, że wartość typowa "typ" nie stanowi specyfikacji technicznej i nie może być podstawą do reklamacji, a prawdziwe wartości będą podawane przy dostawach. Oznacza to nie mniej nie więcej, jak to, iż ze specyfikacji technicznej oferowanego produktu nie wynika wprost, czy oferowany przez Odwołującego produkt w postaci wodorowęglanu sodu spełnia wymogi wynikające z SIWZ, czy też nie. Odwołujący powołuje się, co prawda na to, że Zamawiający nie sprecyzował, czy chodzi mu o podanie parametru ciężaru nasypowego ubitego, czy ciężaru nasypowego luźnego, jednakże w sytuacji, gdy Odwołujący miał wątpliwości, co do treści specyfikacji, powinien był zadać Zamawiającemu pytanie do tego wskaźnika, w celu dokonania wyjaśnień na podstawie przepisu art. 38 PZP. W toku postępowania Odwołujący

o takie wyjaśnienie się nie zwrócił. Nie sposób podzielić argumentacji Odwołującego, że wartość wskazana, jako "ok," oraz wartość wskazana, jako "typ.", przy uwzględnieniu wyjaśnienia zamieszczonego w treści specyfikacji jest określeniem tożsamym. Zamawiający wymagał podania wartości ciężaru nasypowego w przybliżeniu, natomiast Odwołujący takiej wartości nie podał, gdyż chwilą, z którą strony mogłyby określić wartość tego parametru jest dopiero moment dostawy produktu Zamawiającemu". Stwierdził, że dokonując zatem wyboru oferty nie mógł nawet w przybliżeniu znać tej wartości, gdyż nie znał jej także Odwołujący. Podał także, że zwrócił się o wyjaśnienie braku podpisu na specyfikacji technicznej oferowanego produktu. Pytanie o szczegóły, z uwagi na informację, iż „ Dane zawarte w niniejsze] specyfikacji ... nie zastępują badań przy dostawie" a dokument nie ma mocy prawnej z uwagi na brak podpisu, byłyby zbędne. Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego, jako niespełniającej warunków określonych w SIWZ na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było działaniem prawidłowym, gdyż oferta Odwołującego w części technicznej nie spełniała warunków siwz, a Odwołujący nie miał żadnej możliwości uzupełnienia złożonej przez siebie oferty. Podsumowując uznał, że (...) oferta Odwołującego nie spełniała warunków formalnych przetargu, gdyż jak zaznaczył Zamawiający w piśmie z dnia 5 marca 2015 roku, wbrew twierdzeniom Odwołującego przedstawionym w odwołaniu, nie chodzi jedynie o odrzucenie oferty ze względu na „parametr typowy", ale jak wskazał Zamawiający tak sformułowana specyfikacja techniczna (nie zawierająca podpisu, błędnie poświadczona za zgodność z oryginałem) nie gwarantuje spełnienia warunków Zamawiającego, przy czym specyfikacja techniczna ze względu na wskazane powyżej uchybienia, nie może być podstawą oferty w prowadzonym przetargu, gdyż nie jest dokumentem w rozumieniu prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego".

Odnosnie drugiego z zarzutów dotyczącego nieprawidłowego poświadczenia dokumentów części technicznej za zgodność z oryginałem wskazał na wyrok z dnia 18 lutego 2015 r. w sprawie KIO 225/15, zgodnie z którym na każdym dokumencie „powinien znaleźć się, co najmniej podpis i to osoby umocowanej do działania w imieniu Wykonawcy", a nie parafa osoby, której tożsamości nie można ustalić. W związku z tym, Zamawiający przyjmując taką argumentację, jako prawidłową, zobowiązany był w stosunku do Odwołującego na odrzucenie jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ. W tym wyroku, zdaniem Zamawiającego, (...) Izba wprost orzekła, że: a) SIWZ stanowi oświadczenie woli Zamawiającego, a co za tym idzie, Zamawiający miał obowiązek kierować się zapisami Specyfikacji literalnie, a nie celowościowo, bądź stosując innego rodzaju wykładnię. b) Zamawiający nie jest uprawniony do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, w odniesieniu do treści oferty i nie może wezwać wykonawcy do jej uzupełnienia. Powyższe dotyczy dwóch podnoszonych przez odwołującego w treści odwołania okoliczności. Po pierwsze, że Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Odwołującego z uwagi na to, iż

poświadczenie za zgodność oryginałem specyfikacji technicznej nie spełniało wymogów SIWZ oraz po drugie, że specyfikacja techniczna stanowiąca element oferty Odwołującego nie stanowi oświadczenia woli Odwołującego, a co za tym idzie w ogóle nie wymaga podpisu Odwołującego, co ma swój wyraz w informacji w stopce specyfikacji technicznej przedstawionej przez Odwołującego. W wyroku z dnia 18 lutego 2015 r. KIO 225/15, Izba w sposób wyczerpujący wytknęła wszelkie uchybienia Zamawiającego przy wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Veolia Water Technologies Sp. z o.o. w Warszawie, z uwagi na: a) niemożliwość zidentyfikowania osoby, która poświadczyła za zgodność z oryginałem dokumenty dołączone do oferty, w tym specyfikację techniczną produktu, W przypadku Bremitag Polska sp. z o.o. mamy do czynienia z dokładnie taką samą sytuacją. Specyfikacja techniczna, w ocenie Zamawiającego stanowi element oferty, a zatem element oświadczenia woli Odwołującego i musi być badana całościowo, jako jedno oświadczenie woli. Tym samym, skoro Odwołujący poświadczył za zgodność z oryginałem specyfikację techniczną dołączoną do oferty, wbrew zapisom SIWZ, w sposób, który uniemożliwia identyfikację osoby, która takiego poświadczenia dokonała, Zamawiający nie miał innego wyjścia, jak odrzucić ofertę Odwołującego, jako niespełniającą wymogów SIWZ, bez możliwości jej uzupełnienia na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy. b) brak podstawy prawnej do przyjęcia, że informacja znajdująca się w stopce specyfikacji technicznej "Dokument drukowany z sytemu komputerowego Diferros i jest ważny bez podpisu" jest informacją prawnie skuteczną. Jak zauważyła Izba w powołanym już wyżej wyroku KIO 225/15 dokumenty elektroniczne, czy też z podpisem elektronicznym mogą funkcjonować w obrocie wyłącznie w sytuacji, gdy stosowny przepis prawa rangi ustawowej taką sytuację dopuszcza (vide ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym, bądź ustawa o swobodzie działalności gospodarczej). Odwołujący nie wskazał, pomimo wezwania go do tego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 4 marca 2015r. L.dz. NU/231/2015, jaka jest podstawa prawna zamieszczenia informacji o zacytowanej treści". W ocenie Zamawiającego, gdyby wybrał on ofertę Odwołującego, jako najkorzystniejszą, w świetle wyroku KIO 225/15, dopuściłby się on naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, a co za tym idzie dopuściłby się naruszenia fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ponowna ocena oferty Brentag Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, dokonana zgodnie z wyrokiem KIO 225/15 doprowadziła do jej odrzucenia. Skoro oferta Odwołującego, tak samo jak oferta Veolia Water Technologies Sp. z o.o. nie spełniały warunków określonych treścią siwz, Zamawiający miał obowiązek odrzucenia także oferty Odwołującego, wbrew twierdzeniom przedstawionym w treści odwołania". Zamawiający nie zgodził się także z (...) z argumentacją Odwołującego, iż Zamawiający miał prawo zastosować przepis art. 26 ust. 3 Ustawy i wezwać Odwołującego do uzupełnienia oferty. Takie stanowisko mogłoby zostać przyjęte, gdyby chodziło o inne

dokumenty, niż dotyczące części technicznej”. Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że specyfikacja techniczna produktu oferowanego przez Odwołującego nie może być w toku postępowania uzupełniania, albowiem stanowi element merytoryczny oferty, a to oznacza, że stosuje się w tym przypadku przepis art. 87 ust. 1 Pzp i tym samym Zamawiający nie mógł wbrew twierdzeniom Odwołującego, wezwać go do uzupełnienia oferty, bądź do złożenia stosownych wyjaśnień. Reasumując stwierdził, że (...) W tej sytuacji jedynym możliwym rozwiązaniem dla Zamawiającego było odrzucenie oferty Brenntag Polska Sp. z o.o. i unieważnienie postępowania z uwagi na brak oferty najkorzystniejszej.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Tak, jak ustaliła Izba w postępowaniu, którego przedmiotem jest "Sprzedaż i dostarczenie wodorowęglanu sodu do Instalacji Termicznego Przekształcania Osadów i Skratek zlokalizowanej w Grupowej Oczyszczalni Ścieków Łódzkiej Aglomeracji Miejskiej” Zamawiający w specyfikacji w pkt 3, podobnie jak w specyfikacji technicznej – załącznik nr 1 – określił w przybliżeniu parametr ciężaru nasypowego wodorowęglanu sodu wymaganego przez Zamawiającego podając „ok. 1,0 kg/dm³” (około 1,0). Z kolei wnoszący odwołanie w przedłożonym dokumencie – załącznik nr 16 - oznaczonym, jako specyfikacja techniczna w opisie tego parametru z uwzględnieniem wymaganej miary [kg/dm³] posłużył się oznaczeniem „typ. 1,00”. W toku rozprawy Zamawiający przyznał, że nie miałby podstawy do odmówienia przyjęcia dostawy, nawet gdyby produkt dostarczony posiadał gęstość nasypową przykładowo 1,5 kg/dm³. Izba stwierdza, że także projekt umowy nie przewiduje szczególnej procedury kontroli, co do gęstości nasypowej produktu dostawy. Ponadto Izba zwraca uwagę, że standardowe specyfikacje techniczne największego w Polsce, a drugiego na rynku europejskim producenta sody [Soda Polska Ciech] - dla wodorowęglanu sodu posługują się dla ciężaru nasypowego dwoma pojęciami: wartości gwarantowanych oraz wartości typowych. Wobec tych okoliczności oraz przy braku zdefiniowania w specyfikacji wartości „około”, dla tej sprawy dopuszczalne jest przyjęcie argumentacji, że wielkość około oraz wielkość typowa – są analogicznymi pojęciami określającymi przybliżoną wartość parametru. Jednakże zdaniem Izby wprowadzone w specyfikacji technicznej zastrzeżenie, że parametr „typowy” nie stanowi specyfikacji technicznej i nie może być podstawą do reklamacji, mógł wywołać wątpliwości, szczególnie u nieprofesjonalnego odbiorcy [być może

za takiego należałoby uznać Zamawiającego], aczkolwiek w tym zastrzeżeniu podano także, że dane zwarte w niniejszej specyfikacji wynikają z aktualnej wiedzy o produkcie i nie zastępują badań wykonywanych przez odbiorcę przy dostawie, co z kolei nawet przy założeniu znacznego odchylenia od wartości 1 nie stanowiłoby – jak podał Zamawiający - podstawy do odmowy przyjęcia dostawy wodorowęglanu. Izba w tym miejscu, podobnie jak w wyroku o sygn. akt: KIO 225/15, zwraca uwagę, że zgodnie ze specyfikacją – jej 6 punktem - oznaczonym, jako „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz inne załączniki” – Zamawiający wskazał na załącznik nr 16 – Opis specyfikacja techniczna oferowanego produktu oraz na załącznik 17 - Karty charakterystyki produktu wykonanej zgodnie z obowiązującymi przepisami - ustawą o substancjach chemicznych i ich mieszaninach, rozporządzeniem (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, oraz rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1272/2008 w sprawie klasyfikacji, oznakowania i pakowania substancji i mieszanin, zmieniające i uchylające dyrektywy 67/548/EWG i 1999/45/WE oraz zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1907/2006. W tym miejscu Izba zauważa, że załączniki te, w związku z podanymi w opisie przedmiotu zamówienia parametrami technicznymi mogły być żądane wyłącznie tylko do potwierdzenia przedmiotowych wymagań oferowanego produktu w związku z wytycznymi przepisu art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty być składane, [rozporządzenie w sprawie dokumentów]. Zgodnie ze wskazanym art. 25 ust.1 ustawy Pzp każdy żądany dokument Zamawiający jest zobowiązany odnieść do określonego w specyfikacji wymagania, w przeciwnym wypadku naraża się na zarzut żądania dokumentów z przekroczeniem upoważnienia wyznaczonego powołanym przepisem. To oznacza, że w przypadku uzasadnionych wątpliwości mogła mieć zastosowanie procedura ich wyjaśnienia w oparciu o art. 26 ust.4 ustawy Pzp lub też żądanie specyfikacji technicznej w zakresie tego parametru, celem rozstrzygnięcia tej kwestii. Nie mogło to natomiast stanowić uzasadnienia do zastosowania, jako podstawy odrzucenia oferty art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem z treści dokumentów załączonych do oferty – wobec opisu spornego parametru w siwz - nie wynikał dla gęstości nasypowej inny parametr, aniżeli przybliżona wartość „1”. Odnośnie drugiej podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że w okolicznościach tej sprawy nie mógł stanowić podstawy odrzucenia wskazany art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający w piśmie z dnia 5 marca br wskazał na brak – pomimo wezwania z dnia 4.03.2015 r. - wymaganych punktem 6 i 10c podpisów [na oryginale lub ich kserokopii] na specyfikacji technicznej i karcie charakterystyki

załączonych do oferty, co powodowało w zw. z art. 78 § 1 niezgodność ze specyfikacją i nieważność całej oferty. Izba przede wszystkim stwierdza, że wobec treści wezwania z dnia 4 marca br oraz w związku ze wskazanym punktem 6 specyfikacji dokumenty podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Zastrzeżenie w stopce dokumentu, że jest on ważny bez podpisu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez jednoznacznego zezwolenia Zamawiającego w sytuacji braku ustawowej podstawy prawnej, nie jest skuteczne, jednakże nie może to stanowić podstawy do zastosowania z powodu braku wymaganego podpisu art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, i w konsekwencji uznania nieważności całości oferty, skutkującej jej odrzuceniem. Tak jak podnosił wykonawca specyfikacja techniczna, czy karta charakterystyki oferowanego produktu w okolicznościach tej sprawy nie stanowi oświadczenia woli podmiotu, który je wystawia, tylko oświadczenie wiedzy, które powinno korespondować w całości z treścią oferty zgodnie z wymaganiami danego postępowania. W odniesieniu do czynności potwierdzania kopii dokumentu za zgodność z oryginałem, Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w specyfikacji w punkcie 6 określił jednoznacznie wymagania w tym zakresie. Mianowicie, takie poświadczenie mogło być dokonane przez uprawnionych do składania oświadczeń woli członków władz firmy, lub pełnomocnika, łącznie z ich imiennymi pieczętkami. Wnoszący odwołanie wykonawca, nie wykazał, że umieszczona na załączniku nr 16 i nr 17 oferty parafa przy adnotacji „Za zgodność z oryginałem” pochodzi od osoby upoważnionej do podpisania oferty. W tym miejscu Izba mając na uwadze, chociażby wymagania specyfikacji, ponownie zwraca uwagę, że aby można było mówić o poświadczeniu dokumentu za zgodność z oryginałem na tym dokumencie powinien się znaleźć, co najmniej podpis i to osoby umocowanej do działania w imieniu wykonawcy. Podobne wymaganie, co do podpisu [bez oczywiście adnotacji, że jest to oryginał] dotyczy oryginału dokumentu, jeżeli uprawnionym wystawcą jest oferent. W konkluzji Izba stwierdza, że załączniki nr 16 i nr 17 do oferty nie stanowią wymaganych w tym postępowaniu dokumentów, które to dokumenty podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Izba na marginesie zauważa, że również na takim dokumencie jak lista podmiotów (...) załączona do oferty i przedłożona w dokumentacji do Izby figuruje tylko parafa z adnotacją za zgodność z oryginałem, a z kolei i na załącznik nr 19 [dowód wpłaty wadium] złożono podpis upoważnionego ze strony wykonawcy, pomimo adnotacji na tym dokumencie, że jest to dokument sporządzony na elektronicznym nośniku i, który na podstawie art. 7 ustawy – Prawo bankowe nie wymaga podpisu ani stempla. Ponadto Izba, z uwagi na intencjonalne powoływanie się na wyrok KIO o sygn. akt: 225/15 także na marginesie zauważa, że w jego sentencji, jak i w uzasadnieniu wskazano na bezpośrednią podstawę odrzucenia oferty wykonawcy Veolia Water Technologies Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, argumentując w uzasadnieniu wyroku, że wykonawca ten w Specyfikacja techniczna Soda Polska Ciech potwierdził

zawartość wodorowęglanu sodu na poziomie $\geq 98\%$, co było niezgodne ze specyfikacją. Wydając wyrok w niniejszej sprawie, co podkreślono w uzasadnieniu odnośnie pozostałych zarzutów [w związku z zasadnym zarzutem naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp] Izba miała na uwadze także odpowiednio wytyczną z przepisu art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania.

W konkluzji Izba stwierdza, że zgodnie z ustaleniami w sprawie, zasadny jest zarzut naruszenia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 89 ust.1 pkt 2 i pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 26 ust.3 tej ustawy, z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego bez wyczerpania procedur określonych ustawą Pzp i w konsekwencji naruszenie art. 93 ust.1 pkt 1 z uwagi na niezasadne – w tym stanie faktycznym – unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....