

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2016 r. przez wykonawcę, Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego, Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku powtórzenie oceny ofert w części nr 2 postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Rozłączniki napowietrzne SN w obudowie zamkniętej z zespołami telesterowania i telesygnacji”, w tym odrzucenie oferty Apator-Elkomtech S.A. z siedzibą w Łodzi jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. kosztami postępowania obciąża Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu kwotę 19 367 zł 30 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt siedem złotych, trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na rozprawę, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozłączniki napowietrzne SN w obudowie zamkniętej z zespołami telesterowania i telesygnalizacji”, z podziałem na dwie części.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE nr 2015/S 228-415828 z dnia 25 listopada 2015 r.

W dniu 16.03.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wyniku.

W dniu 24.03.2016 r. Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem wyniku postępowania w części nr 2 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty APATOR Elkomtech S.A., mimo iż oferta tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ,
2. naruszenie art. 82 ust. 3 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty APATOR Elkomtech S.A., która nie odpowiada treści SIWZ,
3. naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wezwanie APATOR Elkomtech S.A., do uzupełnienia dokumentu, który nie podlegał uzupełnieniu w trybie tego przepisu,
4. i w konsekwencji - naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty sprzecznej z SIWZ, wezwaniu APATOR

Elkomtech S.A., do uzupełnienia dokumentu, który nie podlegał uzupełnieniu w trybie tego przepisu.

5. W uzupełnieniu odwołania wniesionym w dniu 25 marca 2016 r. dodano jeszcze zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez dopuszczenie zmiany w treści oferty APATOR Elkomtech S.A.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty APATOR Elkomtech S.A.,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie APATOR Elkomtech S.A.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

111.1. Dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy APATOR Elkomtech S.A. na część nr 2 zamówienia Zamawiający naruszył art. 82 ust. 3 PZP, ponieważ oferta tego Wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ. Tym samym Zamawiający naruszył jednocześnie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP nie dokonując odrzucenia oferty Wykonawcy APATOR Elkomtech S.A. (mimo iż oferta tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ).

Oferta Wykonawcy APATOR Elkomtech S.A. nie odpowiada treści SIWZ w następującym zakresie:

1) Zgodnie z pkt 3.4.6. Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ:

„Sterownik realizujący funkcję telesterowania powinien spełniać następujące wymagania:

(...)

b) posiadać następujące interfejsy do podłączenia zewnętrznych modułów komunikacyjnych (użycie według preferencji ENERGA-OPERATOR SA):

- Ethernet 10/100 BASE-T (co najmniej 1 port),
- port szeregowy RS232 (co najmniej 1 port),
- port szeregowy: RS-485/RS-422 (co najmniej 1 port), ”

Użyte przez Zamawiającego określenie „Ethernet 10/100 BASE-T” jest stosowane dla oznaczenia interfejsu posiadającego zintegrowaną funkcjonalność Ethernetu 10 BASE-T i Ethernetu 100 BASE-T gwarantującego współpracę w obu standardach.

Funkcjonalność Ethernet 100 BASE-T nie jest równoważna funkcjonalności Ethernet 10/100 BASE-T. Tylko urządzenia posiadające oznaczenie interfejsu Ethernet 10/100 BASE-T gwarantują współpracę zarówno z urządzeniami Ethernet 10 BASE-T jak i Ethernet 100 BASE-T.

Jak wynika z powyższego Zamawiający wymagał, aby sterownik posiadał interfejs Ethernet 10/100 BASE-T, tj. zintegrowany interfejs do obsługi Ethernetu 10-megabitowego, jak i 100-megabitowego. W ofercie APATOR Elkomtech S.A. nie zaoferowano urządzenia Ethernet 10/100 BASE-T. Dodatkowo w dokumentacji DTR oferowanego urządzenia przez APATOR Elkomtech S.A. w punkcie 3.1.5. instrukcji użytkownika EX-SRS_1601 (załącznik nr 9 oferty APATOR Elkomtech S.A.) wskazano że urządzenie jest wyposażone w jeden interfejs ethernetowy, i jest to jedynie interfejs standardu 100 BASE-T:

„3.1.5. Komunikacja

Pakiet zapewnia połączenie pomiędzy poszczególnymi pakietami modułu głównego. Dodatkowo umożliwia łączność z systemami nadrzędnymi za pomocą kanału telemechaniki RS232 i kanału Ethernet 100BASE-TX.”

W punkcie 7.2. tego samego dokumentu wykonawcy APATOR Elkomtech S.A. (str.47) wskazano wyłącznie 100Mbit/S jako dostępną prędkość przesyłu danych na jedynym interfejsie ethernet tego urządzenia (COM1):

„7.2. Kanały COM1 i COM2 Standardowe wykorzystanie kanałów:

COM1 Ethernet

Interfejs sieciowy LAN o prędkości przesyłu danych 100 Mbit/s. Medium- przewód 4 parowa skrętka (wykorzystane tylko dwie pary). Złącze 8P8C (RJ-45)”

Ponadto w pkt 1.1. tabeli specyfikującej szczegóły wyposażenia oferowanego sterownika (dołączonej do pisma APATOR Elkomtech S.A. z dnia 11 lutego 2016 r.) - APATOR Elkomtech S.A. wyspecyfikował w oferowanym urządzeniu jedynie port z Ethernetem 100BASE-T.

Podsumowując należy stwierdzić że wobec tego że ofercie APATOR Elkomtech S.A. nie zaoferowanego wymaganego interfejsu 10/100BASE-T, specyfikując jedynie interfejs 100BASE-T. Oferta APATOR Elkomtech S.A. nie odpowiada w tym zakresie treści SIWZ.

2) Zgodnie z pkt 3.4.8. Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ:

„Moduł wykrywania zwarć powinien spełniać następujące wymagania:

- a) wykrywać zwarcia doziemne i międzyfazowe,
- b) pomiar prądów uzyskiwany z przekładników prądowych lub innych czujników pomiarowych (np. cewki Rogowskiego),

Analiza powyższych wymagań oraz fakt, że przetarg jest prowadzony na dostawę kompletnego rozwiązania z opcją złożenia oferty tylko na jedną z dwóch części zamówienia wskazuje, że moduł wykrywania zwarć oferowany przez dostawcę części drugiej zamówienia powinien realizować pomiar prądów uzyskiwany zarówno z przekładników prądowych, jak i innych czujników pomiarowych (np. cewki Rogowskiego). Nie zmienia tego użycie słowa „lub”, ponieważ nie odnosi się ono do opcji pomiaru (innymi słowy - nie oznacza, że moduł może realizować pomiar uzyskiwany np. wyłącznie z przekładników prądowych, z wyłączeniem innych czujników pomiarowych). Słowo „lub” użyte w tym kontekście odnosi się wyłącznie do przykładów urządzeń, z których ma być uzyskiwany pomiar prądów (co potwierdza przykład podany przez Zamawiającego w nawiasie: „np. cewki Rogowskiego”). Nie zmienia to jednak okoliczności, że oferowany moduł wykrywania zwarć winien móc realizować pomiar ze wszystkich rodzajów, które mogą być dostarczone w wyniku umowy będącej następstwem rozstrzygnięcia pierwszej części zamówienia. Przyjęcie, że dopuszczalne jest aby oferowany zespół telesygnalizacji mógł być dostarczany tylko z jednym z dwóch wymaganych rodzajów pomiarów prądu (przekładnik lub czujnik) bez możliwości wyboru przez Zamawiającego jego rodzaju przy dostawie, mogłoby doprowadzić do sytuacji w której nie osiągnięty zostałby cel zamówienia tj. Zamawiający nie wszedłby w posiadanie działającego zespołu rozłącznika. Wybrany rozłącznik w części pierwszej zamówienia wyposażony w jeden z dwóch możliwych układów pomiarowych dostarczany przez jednego wykonawcę mógłby nie współpracować z wybranym w drugiej części zamówienia zespołem telesygnalizacji dostarczanym przez innego Wykonawcę wyposażonym jedynie w jeden rodzaj pomiaru prądu inny niż ofertowany w pierwszej części zamówienia. Bez możliwości jego wyboru zgodnie z potrzebami określonymi wyborem rozłącznika w pierwszej części mogłoby więc dojść do sytuacji, w której Zamawiający nie mógłby wykorzystać zakupionych urządzeń. Powyższa analiza wskazuje, że postawiony wymóg dotyczący rodzaju układu pomiarowego w przypadku składania przez wykonawcę oferty na drugą część zamówienia (zespół telesygnalizacji) należy rozumieć w ten sposób, że oferowany zespół telesygnalizacji musi zapewnić możliwość pomiarów każdego rodzaju z dwóch możliwych do wyboru, użytych w rozłącznikach wybranych w pierwszej części zamówienia.

Tymczasem APATOR Elkomtech S.A. zaoferował moduł wykrywania zwarć realizujący pomiar prądów uzyskiwany wyłącznie z przekładników prądowych. Oferta APATOR Elkomtech S.A. nie odpowiada zatem w tym zakresie treści SIWZ.

3) Zgodnie z pkt 3.4.7 litera „r” Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ:

„r) moduł komunikacyjny powinien być wyposażony w zewnętrzną szerokopasmową antenę dookólną z zapasem niskostratnego kabla (długość 5 m, montaż z wykorzystaniem uchwyty na elewację oraz styk SMA), umożliwiającym instalację wewnątrz szafki telesygnalizacji i telesterowania lub na zewnątrz stacji”.

W treści oferty wykonawcy APATOR Elkomtech S.A. wymagana zgodnie z powyższym zapisem SIWZ antena nie została wyspecyfikowana, a tym samym należy przyjąć, iż nie została zaoferowana. Oferta APATOR Elkomtech S.A. nie odpowiada zatem w tym zakresie treści SIWZ.

Fakt złożenia przez APATOR Elkomtech S.A. pisma z dnia 11 lutego 2016 r. z załączoną dodatkową specyfikacją zawierającą nowy element (antena GSM) niewyspecyfikowany wcześniej w ofercie nie może zostać uznany za spełnienie wymagań SIWZ.

III.2. Zamawiający naruszył także art. 26 ust. 3 PZP wzywając APATOR Elkomtech S.A. do uzupełnienia dokumentu, który nie podlegał uzupełnieniu w tym trybie, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP nie dokonując odrzucenia oferty Wykonawcy APATOR Elkomtech S.A.

Zgodnie bowiem z pkt 10 SIWZ:

„10. W celu wykazania, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania techniczne wykonawca wraz z oferta powinien dostarczyć:

10.1. Dokumentację Techniczno-Ruchową (DTR) zawierającą m.in. podstawowe dane techniczne. rysunki gabarytowe, szczegółowa specyfikację wyposażenia, w tym instrukcję montażu na różnych rodzajach słupów, okresowych zabiegów konserwacyjnych, przeglądów i badań technicznych.

10.2. Wszelka dokumentacja techniczna ma być napisana w języku polskim lub przetłumaczona na język polski.

10.3. Karty katalogowe oferowanych rozłączników napowietrznych SN w obudowie zamkniętej wraz z ich napędami zawierające podstawowe dane techniczne, rysunki gabarytowe oraz szczegółową specyfikację wyposażenia. ”

a oferta ją zawierająca miała stanowić załącznik nr 2 do umowy.

APATOR Elkomtech S.A. nie przedstawił w ofercie szczegółowej specyfikacji wyposażenia, o której mowa w pkt 10.1. SIWZ zawierającej wszystkie elementy wyposażenia wymagane SIWZ. Jeden z dwóch istotnych elementów wymaganego wyposażenia tj. antenę GSM pominiętą w ofercie (nie została tam w żadnym miejscu wyspecyfikowana)

przedstawiono dopiero w piśmie z dnia 11 lutego 2016 r., na wezwanie Zamawiającego wystosowane pismem z dnia 5 lutego 2016 r. w trybie art. 26 ust. 3 PZP.

Wezwanie APATOR Elkomtech S.A. do uzupełnienia powyższego dokumentu W trybie art 26 ust. 3 PZP było błędne. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 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. ”

Stosownie natomiast do art. 25 ust. 1. 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 kolei z delegacją zawartą w art. 25 ust. 2 PZP Prezes Rady Ministrów zobowiązany został do określenia, w drodze rozporządzenia, rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane.

Przepis § 6 wydanego na podstawie powyższej delegacji rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013 r. poz. 231)

wskazuje, jakich dokumentów w szczególności żądać może Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Analiza tego przepisu pozwala stwierdzić,

że szczegółowa specyfikacja wyposażenia nie wchodzi w zakres wymienionych dokumentów lub oświadczeń.

Potwierdza to treść wyroku KIO z dnia 28 marca 2011 r. (KIO 542/11), w którym Izba stwierdziła, że: "treść wymaganych specyfikacji technicznych oferowanego sprzętu stanowi

merytoryczną treść oferty poprzez wskazanie nazw, symboli i szczegółowej konfiguracji parametrów technicznych konkretnego zaoferowanego sprzętu. Brak powyższych informacji uniemożliwiało bowiem ustalenie, jaki sprzęt jest zaoferowany przez wykonawcę, a w konsekwencji rzeczywiste badanie zgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia".

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, ..specyfikacje techniczne zawierające informacje określające wprost przedmiot oferty i składające się na jej treść, nie mogą zatem stanowić oświadczeń mających potwierdzić, że oferowany sprzęt spełnia wymogi postawione przez zamawiającego" (J. Pieróg (red.), Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz, Warszawa 2015; podobnie wyrok KIO z dnia 15 marca 2011 r. KIO 431/11, Legalis; wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2011 r., KIO 1738/11, KIO/1742/11, Legalis). „Przykładowo zamawiający wymaga złożenia opisu technicznego przedmiotu dostawy, w którym wskazuje się również rodzaj i model oferowanego produktu. Nie ulega wątpliwości, że informacje takie stanowią część zobowiązania wykonawcy, a tym samym jego oferty i nie mogą polegać na uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Nie można zatem uznać dokumentu, który zawiera tego typu informacje za dokument przedmiotowy w rozumieniu art. 25 ust. 1 PZP.”

Warto także przywołać wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r. (KIO 590/13), w którym Izba wskazała, że „O charakterze prawnym dokumentu żądanego przez Zamawiającego decyduje cel jego składania i zakres informacji w nim zawartych. (...) Dokument ten nie ma charakteru wyłącznie poglądowego, gdyż z wzoru umowy wyraźnie wynika, że będzie on stanowił integralną częścią umowy i wykonawca będzie nim związany na etapie realizacji zamówienia. Tym samym należało dokument ten zakwalifikować jako niepodlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 PrZamPubl element oferty.”(por. także A. Gawrońska-Baran, Dokumenty)

Podkreślenia przy tym wymaga, że szczegółowa specyfikacja wyposażenia przedstawiona przez APATOR Elkomtech S.A. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawierała szerszy zakres oferowanych urządzeń, niż pierwotnie przedstawiony w ofercie Wykonawcy. W szczególności dopiero na etapie uzupełnienia APATOR Elkomtech S.A. zaoferował antenę GSM wymaganą zgodnie z pkt 3.4.7 litera „r” Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ. W ofercie APATOR Elkomtech S.A. nie zaoferował anteny GSM (i to w żadnej formie - ani w tabeli, ani w części opisowej).

Mając na uwadze powyższe uznać należy, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania w trybie art. 26 ust. 3 PZP od APATOR Elkomtech S.A. - celem potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego - uzupełnienia szczegółowej specyfikacji wyposażenia. Ze względu na to, że szczegółowa specyfikacja wyposażenia stanowi merytoryczną treść oferty (podaje bowiem nazwy, symbole, szczegółową konfigurację parametrów technicznych konkretnego zaoferowanego sprzętu, a przede wszystkim jaki sprzęt został zaoferowany przez wykonawcę). Stwierdzenia brak szczegółowej specyfikacji wyposażenia w ofercie APATOR Elkomtech S.A. tj nie wyspecyfikowania winno skutkować odrzuceniem tej oferty przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Zwrócenie się przez Zamawiającego do APATOR Elkomtech S.A. z żądaniem uzupełnienia powyższego dokumentu, który nie podlegał uzupełnieniu, stanowi zatem naruszenie zarówno art. 26 ust. 3 PZP, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. [...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został zreferowany zgodnie z rzeczywistością w treści odwołania, która została zacytowana powyżej.

Uzupełniając Izba wskazuje, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (wymagania/specyfikacje techniczne i parametry) zawarto w zał. nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z rozdz. XV pkt 4 SIWZ ofertę należało złożyć według przygotowanego przez Zamawiającego formularza oferty.

Zgodnie z rozdz. X pkt 10.1 SIWZ w celu wykazania, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania techniczne wykonawca wraz z ofertą powinien dostarczyć Dokumentację Techniczno-Ruchową (DTR) zawierającą m.in. podstawowe dane techniczne, rysunki gabarytowe, szczegółową specyfikację wyposażenia, w tym instrukcję montażu na różnych rodzajach słupów, okresowych zabiegów konserwacyjnych, przeglądów i badań technicznych.

Zamawiający pismem z dnia 5 lutego br. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał APATOR EKMOMTECH S.A. w Łodzi do uzupełnienia szczegółowej specyfikacji wyposażenia oraz instrukcji okresowych zabiegów konserwacyjnych, przeglądów i badań, o których mowa w rozdz. X pkt 10.1 SIWZ.

Pismem z dnia 11 lutego 2016 r. APATOR EKMOMTECH S.A. w Łodzi uzupełniła powyższe.

W oparciu o powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

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, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia

oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu dotyczących przedmiotu oferty oraz informacji w ofercie podawanych.

Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podzielając 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 i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić.

Natomiast ww. warunki winny być interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu i przez ograniczenie uznaniowości Zamawiającego warunków realizacji zasady równego traktowania wykonawców. Przy czym w świetle ustalonego orzecznictwa, z niejasnych postanowień SIWZ nie należy wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu, w związku z zastanym brzmieniem SIWZ, występuje trudność w określeniu powinnego kształtu oferty – nie jest jasne czy oferta jest jedynie zobowiązaniem do dostarczenia bliżej nieokreślonego sprzętu, który będzie spełniał wymagania SIWZ (konkretyzacja przedmiotu dostawy następowalaby w takim przypadku dopiero na etapie realizacji zamówienia), czy też w swojej treści zawiera już oznaczenie sprzętu, do którego dostarczenia wykonawca się zobowiązał (przez wskazanie jego modelu, parametrów, funkcjonalności... etc.).

Z jednej strony w formularzu ofertowym brak jakichkolwiek informacji na temat tego, jakie urządzenia są oferowane (wskazania ich nazw, modeli, parametrów...). Z drugiej strony Zamawiający żąda przedstawienia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy (tzw. dokumentów przedmiotowych), takich jak Dokumentacja Techniczno-Ruchowa (pkt X.10.1 SIWZ), wskazując przy tym na szereg szczegółowych informacji, które miały się tam znaleźć.

Żądanie dokumentów przedmiotowych potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego, przy braku informacji na temat tego jakie konkretnie urządzenia lub rozwiązania są oferowane pozbawione jest sensu. Nie jest bowiem w tym przypadku jasne jaki jest przedmiot owego potwierdzenia – skoro nie jest wiadome jakie urządzenia są oferowane, to nie wiadomo do jakich urządzeń potwierdzenie to się odnosi.

Wyjściem z tej sytuacji jest rekonstruowanie treści oferty w zakresie dookreślenia oferowanego przedmiotu dostawy na podstawie samych dokumentów przedmiotowych. Rodzi to jednak szereg trudności praktycznych w odniesieniu do danego stanu faktycznego, związanych ze stosowaniem instytucji przewidzianych w art. 26 ust. 3 i art. 87 Pzp. Mianowicie w przypadku dokumentów przedmiotowych ustawa przewiduje możliwość ich pełnego uzupełniania, a nawet wymiany na podstawie art. 26 ust. 3. Natomiast w przypadku treści oferty w art. 87 ust. 1 zakazuje się zmian w treści oferty, poza wyjątkami przewidzianymi w dalszych jednostkach redakcyjnych tego przepisu.

Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Z jednej strony jest to wskazane wyżej zdefiniowanie i dookreślenie realizowanego zobowiązania, natomiast tzw. dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane rozwiązania czy nawet szerzej – prowadzona działalność, organizacja pracy, stosowane materiały... etc., spełniają wymagania zamawiającego określone w siwz i nie odnoszą się przy tym bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia.

Izba dostrzega trudności mogące zaistnieć przy jednoznacznej kwalifikacji niektórych dokumentów żądanych i składanych w praktyce udzielania zamówień publicznych jako potwierdzających okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy lub jako odnoszących się bezpośrednio do treści oferty i przesądzających o zastosowaniu dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2. Tym bardziej, iż biorąc pod uwagę dosłowną treść powoływanych przepisów, podnosić można, iż jakkolwiek dokument wyrażający (dookreślający) treść oświadczenia woli wykonawcy (oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – potwierdza bowiem, że np.

zaoferowana w postępowaniu usługa jest zgodna (odpowiada) z treścią siwz (wymaganiom zamawiającego). Tym samym utożsamiona zostaje postulowana i wymagania w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność treści oferty z SIWZ czyli zgodność świadczenia oferowanego oraz zamawianego, z kwestią potwierdzenia okoliczności odpowiadania oferowanej usługi, dostawy czy roboty budowlanej wymaganiom opisanym przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2). W konsekwencji należałoby uznać za dopuszczalne sanowanie i uzupełnianie oferty składanej w ramach postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, który odnosi się m.in. do konieczności uzupełniania ww. dokumentów (np. w przypadku gdy zawierają błędy). W skrajnym przypadku, doprowadzając tego typu stanowisko ad absurdum, wnioski wypływające z przyjęcia takiego stanowiska, należałoby uznać, iż również „dokument” zawierający podstawową treść zobowiązania, którym zazwyczaj jest formularz ofertowy, podlega uzupełnieniu na podstawie ww. przepisu.

Powyższe konsekwencje tego typu stanowiska są nie do przyjęcia i nie do pogodzenia z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp, w której ustawodawca zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności wskazanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu. Tym samym, w zgodzie z leżącym u podstaw procesu wykładni i stosowania prawa założeniem i nakazem utrzymania niesprzeczności regulacji ustawowej należało zastosować takie reguły interpretacji przepisów oraz reguły kolizyjne, które pozwolą uzyskać racjonalny kształt i zakres normowania adekwatnych norm prawnych. W szczególności, przyjęć należało, iż art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczą zagadnień odrębnych, tzn. zakres regulacji ww. przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest możliwe. Przy czym rozróżnienie takie i kwalifikacja danych dokumentów winna być dokonywana indywidualnie względem każdego przypadku, z uwzględnieniem wszystkich specyficznych okoliczności danego stanu faktycznego.

W rozpatrywanym przypadku, uwzględniając ustalony stan faktyczny oraz biorąc pod uwagę uwagi poczynione powyżej, stwierdzić należało, że dokumenty, o których mowa w pkt X.10.1 SIWZ, a ściślej – informacje w nich zawarte, składają się na treść oferty. Przesądza o tym ich zakres i charakter. Nie są to dokumenty, co do których na podstawie wszystkich elementów oferty można uznać, że odnoszą się do urządzeń innych niż były w rzeczywistości oferowane, i które mogłyby zostać wymienione na prawidłowe (dotyczące urządzeń, które są w rzeczywistości oferowane), ale dokumenty sporządzane przez wykonawcę, właśnie w których opisane zostało jakie urządzenie jest oferowane, jakie ma wyposażenie, funkcjonalności i parametry..., etc. Zgodnie z literalnym brzmieniem pkt X.10.1 SIWZ rzeczony dokumenty miały wykazywać, że „oferowany przedmiot dostawy” spełnia wymagania zamawiającego, natomiast jedyny opis oferowanego przedmiotu dostawy zawarty w ofercie był podawany właśnie i jedynie w DTR. Brak podstaw do uznania, że sprzęt opisany w załączanej do oferty DTR jest w rzeczywistości inny niż z tego opisu wynika i dopuścić jego opisanie na nowo przez uzupełnienie, a nawet wymianę tego dokumentu.

W świetle powyższego zarzuty opisane w pkt 1 i 3 uzasadnienia odwołania należało uznać za zasadne – oferta wybrana jest w tym zakresie niezgodna z SIWZ.

Po pierwsze zastosowany i zaoferowany (opisany w ofercie) interfejs Ethernet 100 BASE-T nie odpowiada wymaganemu i opisanemu w SIWZ interfejsowi Ethernet 10/100 BASE-T.

Na rynku występują dwa różne standardy przesyłu danych stosowane w interfejsach ethernetowych: 10-megabitowy oraz 100-megabitowy. Występują zarówno urządzenia obsługujące oba te standardy, jak też tylko jeden z nich. W adekwatny sposób są też oznaczane: 10 BASE-T dla standardu 10-megabitowego, 100 BASE-T dla standardu 100-megabitowego oraz 10/100 BASE-T dla urządzeń stosujących i integrujących oba te standardy.

Powyższe ustalono na podstawie dowodów przedłożonych przez Odwołującego, które Izba w całości uznała za wiarygodne: opinii prywatnej sporządzonej przez dr inż. M.C. z 4 kwietnia 2016 r. oraz kart katalogowych urządzeń Magnum Blade i TRENDnet wraz z tłumaczeniami.

W świetle powyższego nie sposób uznać, iż urządzenie opisane w ofercie APATOR EKMOMTECH S.A. oraz w uzupełnieniu dokumentów przy piśmie z dnia 11 lutego 2016 r. jako pracujące w standardzie 100 BASE-TX, spełnia wymaganie obsługi obu standardów.

Nie jest wykluczone, że zaoferowane urządzenie w rzeczywistości taką funkcjonalność posiada, ale Zamawiający w żaden sposób takiej okoliczności nie wykazał. Natomiast z samych informacji w ofercie zawartych oraz uzupełnianych przez wykonawcę taka okoliczność nie wynika – APATOR EKMOMTECH S.A. wyspecyfikowała i opisała interfejs w sposób, który świadczy o tym, że ten komponent jest niezgodny z powoływanymi wymaganiami SIWZ.

Również odnośnie anteny GSM stwierdzić należało niezgodność oferty wybranej z SIWZ w zakresie sposobu przedstawienia i opisanie elementów oferowanego przedmiotu dostawy. W ofercie APATOR EKMOMTECH S.A. nie wyspecyfikowano tego elementu wyposażenia, nie podano jaka antena jest konkretnie oferowana. Natomiast uzupełnienie oferty w tym zakresie należy uznać za niedopuszczalne na zasadzie art. 87 ust. 1 Pzp.

Za niezasadny uznano zarzut opisany w pkt nr 2 uzasadnienia odwołania, a dotyczących realizacji pomiaru prądów zarówno z przewodników prądowych, jak i innych czujników pomiarowych (np. cewki Rogowskiego).

W tym zakresie Izba uznała, że postulowana przez Odwołującego konieczność koniunkcyjnego interpretowania postanowień pkt 3.4.8 zał. nr 1 do SIWZ nie znajduje oparcia w ich literalnym brzmieniu. Przeciwnie, ze względu na użycie spójnika „lub” wyraźnie zaznaczono tam, że moduł wykrywania powinien spełniać tego typu wymagania alternatywnie.

Powyższej interpretacji nie zmienia fakt, że zaoferowanie innych rozwiązań w innej części zamówienia może spowodować ich niekompatybilność. W takiej sytuacji Zamawiający poniósłby negatywne konsekwencje takiego, a nie innego sformułowania postanowień swojej SIWZ.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....