

Sygn. akt: KIO 1306/13

WYROK

z dnia 18 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2013 r. przez wykonawcę R..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Firma Handlowo-Usługowa „RD-PROFESSIONAL” R..... D..... z siedzibą w Brzesku, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 11a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową 4229 z siedzibą we Wrocławiu, ul. Poznańska 58**

przy udziale wykonawcy W..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Igloo W..... W..... z siedzibą w Bochni, ul. Kazimierza Wielkiego 13** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1306/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w części IX, X i nakazuje zamawiającemu :
 - a) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach IX, X,
 - b) powtórzyć czynność badania i oceny ofert i
 - c) odrzucić ofertę wykonawcy W..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Igloo W..... W..... z siedzibą w Bochni, ul. Kazimierza Wielkiego 13** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz w zakresie wymaganej przez zamawiającego pojemności komory chłodniczej, zamawiający wymagał komory chłodniczej o pojemności mieszczącej się w przedziale 7,2 – 7,5 m³, a wykonawca zaoferował komorę o pojemności 7,7m³
 - d) unieważnić czynność odrzucenia oferty wykonawcy R..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Firma Handlowo-**

Usługowa „RD-PROFESSIONAL” R..... D..... z siedzibą w Brzesku, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 11a i uwzględnić tę ofertę przy ponownej ocenie ofert w części IX i X,

- w zakresie części XI, XV i XVI odwołanie oddalić,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową 4229 z siedzibą we Wrocławiu, ul. Poznańska 58 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę R..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „RD-PROFESSIONAL” R..... D..... z siedzibą w Brzesku, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 11a** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej 4229 z siedzibą we Wrocławiu, ul. Poznańska 58 na rzecz R..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „RD-PROFESSIONAL” R..... D..... z siedzibą w Brzesku, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 11a kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie : piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu gastronomiczno-chłodzącego zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową nr 4229 z siedzibą we Wrocławiu, ul. Poznańska 58 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 stycznia 2013r. za numerem 2013/S 010-012447.

W dniu 20 maja 2013r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania faksem i w zakresie objętym sporem wskazał, że w częściach postępowania IX, X, XI dokonał wyboru wykonawcy W..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Igloo W..... W..... z siedzibą w Bochni, ul. Kazimierza Wielkiego 13 oraz poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy R..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „RD-PROFESSIONAL” R..... D..... z siedzibą w Brzesku, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 11a w zakresie części IX i X na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) gdyż poz. 1 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), bo wykonawca w uzupełnionym katalogu nie zawarł informacji dotyczących tego, że oferowana komora chłodnicza 7,5m³ posiada wymagania zgodnie z załącznikiem nr 5 do siwz tj. pkt 3, B- 4, 6, 7, 9, 10 i 11 oraz C lit. b, c, h, zaś poz. 2 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), bo wykonawca w uzupełnionym katalogu nie zawarł informacji dotyczących tego, że oferowana komora chłodnicza 4,5m³ posiada wymagania zgodnie z załącznikiem nr 5 do siwz tj. pkt. 4, 5, 6, 7, lit. B pkt. 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11 i C lit. b i h, w zakresie części XV i XVI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy gdyż nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), bo wykonawca zaoferował maszynę kapturową do mycia naczyń, która z podniesionym kapturem ma wysokość 2026mm, co jest niezgodne z siwz. W załączniku nr 5 do siwz ust. 3 pkt f oferowana zmywarka winna mieć wysokość przy otwartym kapturze maksymalnie do 1995 mm.

W dniu 31 maja 2013r. drogą elektroniczną odwołanie złożył wykonawca R..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „RD-PROFESSIONAL” R..... D..... z siedzibą w Brzesku, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 11a. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym w okresie ważności certyfikatu złożonym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 maja 2013r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 31 maja 2013r. faksem. Odwołujący zarzucił zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z treścią art. 7 ustawy w

zakresie, w jakim zamawiający nie zachował zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zakresie, w jakim wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie dokumentów, w tym kart katalogowych i referencji, nie odpowiadających specyfikacji istotnych warunków w częściach nr IX, X, XI zamówienia; naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w zakresie, w jakim zamawiający nie wezwał odwołującego do uzupełnienia braków dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w częściach nr XV i XVI; naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W..... W..... IGLOO, ul. Kazimierza Wielkiego 13, 32-700 Bochnia, w częściach nr IX, X, XI zamówienia, pomimo że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego uznanej jako najkorzystniejszej w częściach XV i XVI, podczas gdy nie istniały przesłanki do odrzucenia oferty.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w częściach nr IX, X; XI, XV i XVI zamówienia; nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy W..... W..... IGLOO, ul. Kazimierza Wielkiego 13, 32-700 Bochnia w częściach nr IX, X; XI zamówienia; nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w częściach nr IX, X; XV i XVI zamówienia; nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w częściach nr IX, X; XI, XV i XVI zamówienia; zwrot kosztów w postępowaniu odwoławczym stosownie do § 3 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).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 179 ustawy posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy utracił możliwość uzyskania zamówienia we wskazanych częściach, a także może ponieść szkodę.

W zakresie zarzutów dotyczących części IX i X odwołujący podnosił, że w obu ww. częściach zamawiający zaakceptował oferty, które są niezgodne ze siwz, a które jako takie winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W siwz zamawiający zawarł szczegółowe wymagania dotyczące komór chłodniczych, jakie winny zostać zaoferowane, dodatkowo część tych wymagań zamawiający podtrzymał w odpowiedziach na zapytania nie wyrażając zgody na odstępstwa od zapisów siwz (załącznik nr 1 do odwołania). Dotyczy to pojemności komór chłodniczych wymaganych w poz. nr 1 dla obu części. Wykonawca W..... W..... IGLOO zaoferował komorę chłodniczą MAGDA dla której załączył do

oferty kartę katalogową nie potwierdzającą, według odwołującego, wymagań stawianych przez zamawiającego. Pojemność użytkowa zaoferowanej przez tego wykonawcę komory chłodniczej wg karty katalogowej to 7,7 m³ (załącznik nr 2 do odwołania), podczas gdy zamawiający wymagał komory o poj. nie przekraczającej 7,5 m³ (załącznik nr 1 do odwołania). Odstępstwa w zakresie tego parametru zamawiający nie dopuścił, zgadzając się wyłącznie na margines tolerancji dotyczący takich parametrów jak szerokość i głębokość, jednocześnie podtrzymując wymagania w zakresie pojemności użytkowej w przedziale między 7 - 7,5 m³ (Załącznik nr 3 do odwołania). Odwołujący uważa, że fakt zaoferowania przez wykonawcę W..... W..... IGLOO urządzenia, które nie odpowiada zapisom siwz, powinien dyskwalifikować jego ofertę. Odwołujący podnosił, że przyjęcie parametrów i właściwości urządzeń innych niż wskazane w siwz przez zamawiającego na etapie badania ofert oraz zaakceptowanie rozbieżności stanowiących przesłankę odrzucenia oferty, stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ogłaszając postępowanie zamawiający formułuje jednakowe wymagania i warunki dla wszystkich wykonawców i winien oceniać złożone oferty wg tych samych kryteriów. Nie można zatem uznać tak złożonej oferty za zgodną z siwz, a wykonawcy udzielić zamówienia.

Odwołujący poddał również pod wątpliwość wartość merytoryczną oferty złożonej dla komory chłodniczej MAGDA (załącznik nr 2 do odwołania). W tabeli „TYP” bowiem, w pozycji „pojemność użytkowa”, wykonawca zamieszcza zapis o treści: [m³-KCH 134x214x200]. Natomiast w pozycji „wymiały” zamieszcza zapis o treści: 2540x1740x2000. Powyższe stanowi niezgodność wymiarów tego samego urządzenia, co sugeruje, że ingerowano w treść karty katalogowej na potrzeby przedmiotowego postępowania tak, aby spełnić formalnie wymagania z siwz. Odwołujący podniósł, że powstała rozbieżność nie pozwala stwierdzić, co tak naprawdę zaoferował wykonawca i co zaakceptował zamawiający. Niedopuszczalna pojemność użytkowa, jak również niewiadome wymiary zaoferowanej komory chłodniczej stanowić powinny przesłankę odrzucenia. Rozbieżności dotyczącej komory chłodniczej „MAGDA” nie mogą być inaczej wyjaśnione, zaprzecza temu bowiem treść karty komory chłodniczej „MAGDA” o pojemności użytkowej 4,8m³ (załącznik nr 4 do odwołania), na której wymiary komory w tabeli „pojemność użytkowa”, oraz tabeli „Wymiary” są identyczne tj. 1340x1950x2000mm (134x195x200). Dodatkowo odwołujący podniósł, że karta katalogowa zaoferowanej w poz. 2 komory chłodniczej o tej samej nazwie „MAGDA” lecz o mniejszej pojemności użytkowej tj. 4,8 m³, nie pozwala uznać, że zaoferowana komora spełnia wymagania siwz a zamawiającemu zostanie dostarczone urządzenie jakiego zamawiający wymagał. Wymiary urządzenia z tabeli w zestawieniu z wersją graficzną komory wskazują niezgodność w parametrze szerokości komory. Wg wersji graficznej producent - firma Igloo nie ma bowiem komór chłodniczych o szerokości 1950mm, wg

materiałów producenta różnica w wymiarach poszczególnych typów następuje bowiem co 400 mm. Podstawowy wymiar rozpoczyna się zatem wartością 1340 mm, następnie 1740 mm, a kolejny to już 2140 mm, co znacznie przekracza wymiary wskazane w siwz włącznie z uwzględnieniem marginesu tolerancji dopuszczonym w odpowiedzi na zapytania. Niezgodności występujące w obu kartach katalogowych jednoznacznie wskazują, że zawartość kart modyfikowano na potrzeby postępowania. Firma Igloo jako producent dla potwierdzenia warunków oferowanego sprzętu przedstawia informacje budzące zasadne wątpliwości co do możliwości dostarczenia urządzenia jakiego wymaga zamawiający, a co więcej sam zamawiający mimo oczywistych rozbieżności i nieprawidłowości akceptuje takie dokumenty, nie wzywając do złożenia wyjaśnień w zakresie tak ewidentnych niejasności, które wątpliwym czynią otrzymanie przez zamawiającego tego, czego zamawiający faktycznie oczekiwał. Odwołujący wskazał również, że zamawiający oceniając ofertę wykonawcy stosował uznaniowe standardy w sprawdzaniu oferty. Poza przemilczeniem przesłanek uzasadniających jej odrzucenie. Odwołujący dodatkowo wskazał, że nawet gdyby w postępowaniu odwoławczym wykonawca przedstawił dokumenty świadczące o możliwościach produkcyjnych pozwalających na spełnienie wymagań zamawiającego, dokumentów tych, ani zamawiający ani wykonawca nie posiadali w czasie badania ofert, nie było zatem przesłanek do akceptacji oferty Igloo zarówno w części IX jak i X, w pełni uzasadnionym jest żądanie odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z siwz.

Co do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego w częściach IX i X, to oferta odwołującego została odrzucona, gdyż zamawiający uznał ją za niezgodną z wymaganiami zamieszczonymi w siwz. Dla obu części jako podstawę odrzucenia wskazano brak informacji w złożonych i uzupełnionych dokumentach. Odwołujący podważa zasadność przesłanek odrzucenia swojej oferty złożonej zarówno dla części IX i X. W załączniku odwołujący przedstawia pismo z dnia 20.05.2013 r. (wyniki postępowania, załącznik nr 5 do odwołania - strony 4-6) jak również kopię dokumentów złożonych w ofercie (załącznik nr 6 do odwołania), oraz odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień (załącznik nr 7 do odwołania), na których to dokumentach przez podkreślenie zaznaczono wszystkie wymagane przez zamawiającego parametry i właściwości. Z dokumentów tych, w ocenie odwołującego, jednoznacznie wynika, że jego oferta jest w pełni zgodna z siwz i odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego. Odwołujący uważa, że jedynym powodem odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz, jest brak dochowania należytej staranności w badaniu i ocenie ofert, której zamawiający nie przestrzegał. Świadczyć o tym może również fakt, iż wg wymogów z siwz (załącznik nr 1 do odwołania) wymagania dla urządzeń w pozycji 1 jak i zarówno w 2, różniły się wyłącznie pojemnością i dopuszczalnymi wymiarami, zamawiający w piśmie z dnia 20.05.2013 (załącznik nr 5 do odwołania- strony 4-6) odrzuca ofertę w części 9 i 10 jako niezgodnej z siwz, w uzasadnieniu podając parametry niezgodne z siwz. Odwołujący

podnosi tutaj poprawność badania oferty i załączonych dokumentów na spełnienie wymagań zamawiającego, ponieważ dla obu pozycji tj. 1 i 2 w części 9 i 10 zamówienia parametry techniczne oferowanych urządzeń były takie same, a pomimo to zamawiający w wybiórczy sposób je akceptował. Nawet jeśli nie wszystkie właściwości są opisane literalnie, mają swoje potwierdzenie w zamieszczonych rysunkach i schematach które są zrozumiałe a ich treść nie budzi wątpliwości, gdyby zamawiający po zapoznaniu się z treścią składanych dokumentów miał jakiegokolwiek wątpliwości winien wezwać do złożenia wyjaśnień na które odwołujący udzieliłby kolejny raz odpowiedzi, a nie bezpodstawnie odrzucać ofertę, naruszając swoim działaniem przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowisko to uzyskuje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2012 r., KIO 22/12)

Odnosząc się do zarzutów dotyczących XI części zamówienia, gdzie zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Wykonawcę W..... W..... IGLOO, odwołujący wskazał, że wykonawca ten winien zostać wykluczony, ponieważ nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymaganego przez zamawiającego. Zgodnie z siwz wykonawca winien wykazać dostawę o łącznej wartości min 100.000,00 zł brutto (załącznik nr 8 do odwołania), która swoim rodzajem odpowiada przedmiotowi zamówienia. Wykonawca dla spełnienia tego warunku złożył referencje wystawione przez Gminę Żyrardów (załącznik nr 9 do odwołania) Wg ogłoszenia o zamówieniu (nr 112820-2011 z dnia 13.05.2011 r.) - (załącznik nr 10 do odwołania) dotyczącego: dostawy wraz z montażem mebli i urządzeń kuchennych stanowiących wyposażenie zabytkowego budynku resusy, w ramach przedmiotu zamówienia dostarczyć należało: 3 szafy chłodniczo-mroźnicze i 3 szafy chłodnicze. Biorąc pod uwagę ogólną wartość wykonania zamówienia (163 057,41 zł brutto) oraz zakup w ramach wyposażenia zmywarek, piecy konwekcyjno-parowych itp., niemożliwym jest w ocenie odwołującego, aby dostawa 6 szaf w tym postępowaniu stanowiła wartość 100 000 zł brutto wymaganych przez Zamawiającego dla części XI, nie wynika to z przedstawionych referencji które w 7 pkt. referencji wymieniają ponad 20 różnego typu urządzeń. Odwołujący wskazuje, że dostawa 6 szaf po najwyższej z cen zaoferowanych przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu tj. 5 410,00 zł netto daje co najwyżej kwotę 32 460 zł. netto (załącznik nr 11 do odwołania) a więc nie stanowi to nawet 50% wymaganej przez zamawiającego kwoty 100.000,00 zł. brutto. Odwołujący wskazał, że w zaistniałych okolicznościach wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie powinien był przyjmować takich referencji za wiarygodne ponieważ z ich treści nie wynika jednoznacznie, że Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu dla części XI. Marginalnie wskazać należy również, że oferta wykonawcy - nawet gdyby nie było podstaw wykluczenia —

powinna zostać odrzucona jako niezgodna z siwz, w części XI wykonawca zaoferował szafy: OLA P; JOLA P, JOLA M (załącznik nr 11 do odwołania). Do oferty załączył natomiast karty katalogowe: OLA P AG; JOLA P AG; JOLA P AG M; (załącznik nr 12 do odwołania). Odwołujący wskazał na rozbieżność w symbolice urządzeń na kartach katalogowych. Rozbieżność ta mogłaby być potraktowana jako praktyka producenta wytwarzającego urządzenia na potrzeby indywidualnych zleceń, jednakże odwołujący nie może się zgodzić, na takie założenie ponieważ w ofercie handlowej wykonawcy są urządzenia oznaczone symbolami z formularza ofertowego z części XI (załącznik nr 13 do odwołania), jednakże nie spełniają one wymagań zamawiającego z siwz. Co więcej w ofercie wykonawcy są urządzenia których karty katalogowe załączył do oferty, jednakże odwołujący wskazuje, iż zamieszczone na nich parametry, właściwości i funkcje są inne niż w kartach katalogowych załączonych do oferty odpowiadających im nazewnictwem (załącznik nr 14 do odwołania). Zachodzi zatem prawdopodobieństwo, że karty katalogowe z oferty oznaczone jako: OLA P AG, JOLA P AG, JOLA P AG M, zostały sporządzone wg wymagań siwz co nie pozwala mieć pewności co zostało zaoferowane i co mogłoby być dostarczone. Powołał na poparcie swego stanowiska wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. KIO 788/11. W omawianym przykładzie właśnie taka niezgodność pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia występuje. Bezspornym jest, że Wykonawca powinien zostać wykluczony z udziału w tej części postępowania ponieważ nie wykazał w wymagany przez Zamawiającego sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc się do zarzutów dotyczących części XV i XVI odwołujący wskazał, że jego oferta została uznana za niezgodną z siwz. Według zamawiającego zmywarka z podniesionym kapturem ma wysokość 2026 mm, podczas gdy zamawiający jako maksymalny wskazał wymiar 1995 mm (załącznik nr 15 do odwołania). W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień odwołujący przekazał szczegółową kartę katalogową producenta dla zaoferowanych urządzeń, w części dotyczącej wymiarów zmywarki odwołujący wskazał wysokość 2026 mm (+/- 35 mm) - (załącznik nr 16 do odwołania). Margines tolerancji dotyczący wysokości urządzenia potwierdza, że wysokość urządzenia może zostać obniżona o 35 mm w stosunku do wysokości wskazanej w katalogu jako standardowa (2026 mm), tj. do 1991 mm, co oznacza, że urządzenie spełnia wymagania zamawiającego dotyczące maksymalnej wysokości. Wymiar wymagany przez zamawiającego zostanie osiągnięty przez regulację wysokości nóg urządzenia lub ograniczenie wysokości pracy kaptura. Odwołujący wskazał margines tolerancji dla wysokości urządzenia, a zatem zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania oferty za niezgodną i jej odrzucenia, a jeśli wskazany margines tolerancji dla wysokości jakiegokolwiek wątpliwości zamawiającego winien on wezwać do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie. Bowiem odrzucić ofertę można, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści siwz. W żadnym razie nie można tego dokonać, gdy treść

oferty nie została należycie zbadana, uzupełniona zgodnie z dyspozycją art. 26 ustawy, albo wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności z siwz Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2010 r. KIO/UZP 321/10. Niepewność zamawiającego, czy brak wiedzy technicznej w tym zakresie, nie mogą stanowić przesłanki dyskwalifikującej odwołującego, którego oferta jako jedyna spełniła wszystkie wymagania zamawiającego i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza zgodnie z przepisami ustawy.

W dniu zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 5 czerwca 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca W..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Igloo W..... W..... z siedzibą w Bochni, ul. Kazimierza Wielkiego 13, wskazując, że w jego interesie jest rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego potwierdzenie wyboru najkorzystniejszej oferty i podpisanie umowy na przedmiotowe zadanie. Zgłoszenie podpisał główny specjalista ds. zamówień publicznych. Do zgłoszenia nie dołączono dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 12 czerwca 2013r. do Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w całości jako bezpodstawnego. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że w odniesieniu do oferty przystępującego w zakresie części IX i X zamówienia oparł się na załączonych do oferty kartach katalogowych, a nie na rysunkach poglądowych powołanych przez odwołującego w odwołaniu. Z kart katalogowych, w ocenie zamawiającego wynika prawidłowa pojemność komory chłodniczej. Zamawiający ustalił tę pojemność uwzględniając różnicę wynikającą z grubości paneli ściennych oraz grubości podłogi antypoślizgowej i otrzymał wynik 7,41m³, a więc zgodny z siwz. Analogicznie w przypadku komory chłodniczej o wymaganej pojemności 4,5m³ zamawiający kierował się kartami katalogowymi, a nie rysunkami poglądowymi. Karty te dostarczały zamawiającemu wszystkich wymaganych informacji, stąd zarzut zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia w ocenie zamawiającego jest niezasadny. Zamawiający nie stosował uznaniowych standardów w sprawdzaniu ofert i nie oceniał możliwości produkcyjnych przystępującego, ale przedmiot zamówienia. Co do czynności odrzucenia odwołującego w tych częściach, to zamawiający wskazał, że przesłane przez odwołującego karty katalogowe nie spełniały podstawowego obowiązku, tj. „oryginalne producenta”, ponieważ różniły się w treści i szacie graficznej. Katalog dotyczący komory w całości i częściach różnił się od pozostałych trzech katalogów, ponadto zamawiający zwrócił uwagę na błędy w słowach wymmiary. Zamawiający ściągnął ze strony internetowej katalogi firmowe, które były całkowicie inne od załączonych przez odwołującego nie tylko w treści ale i szacie graficznej. Katalogi te przedstawiały inne wymiary drzwi komór, w ocenie

zamawiającego zachodzi podejrzenie, że odwołujący samodzielnie zmodyfikował katalogi producenta dla potrzeb zamówienia. Wymiary wynikające z katalogów producenta nie potwierdzają wymagań określonych w siwz. Zamawiający aby dochować staranności wezwał odwołującego do uzupełnienia kart katalogowych w dniu 15 kwietnia 2013r., ale odwołujący ponownie przedstawił te, które złożył do oferty dokonując ich modyfikacji przez poprawienie słów wymmiary na wymiary, dopisanie do parametrów technicznych załadunku technologicznego i dwa razy oświetlenie w komorze. Ponadto, zdaniem zamawiającego, odwołujący wykonał dodatkową kartę katalogową zawierającą niezgodną z oryginalną kartą informację o zasadach grawitacyjnego odprowadzenia skroplin z chłodziń. Według informacji producenta wszystkie oferowane przez niego modele charakteryzują się tym, że skropliny podlegają automatycznemu odparowaniu. Wymóg zamawiającego był uzasadniony oszczędnościami energetycznymi. W zakresie części XI zamówienia zamawiający podniósł, że referencje nie służą ocenie spełniania warunku, ale należytego wykonania umowy. Wskazał na postanowienia § 6 ust. 2 siwz i podniósł, że rozszerzył katalog dostaw do 8 urządzeń różnego rodzaju i nie ograniczył tym samym dostaw tylko do szaf chłodniczych. Wymagał dostaw o wartości 100 000zł., a przystępujący wykazał się dostawą o wartości 163 057, 41zł., a w referencjach ujęto dostawę sprzętu gastronomiczno-chłodniczego mieszczącego się w rozszerzonym katalogu zamawiającego, stąd w ocenie zamawiającego przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Co do zarzutu rozbieżności pomiędzy ofertą, a kartą katalogową u przystępującego, to zamawiający wskazał, że oznaczenie AG dotyczy symbolu wersji wykonania i oznacza agregat górny, który był przez zamawiającego wymagany, natomiast w ofercie i w karcie katalogowej dane dotyczące typu – OLA, modelu – P i producenta – IGLOO są zgodne. To samo dotyczy drugiej szafy chłodniczej o pojemności 700l. Ponadto przedstawiony przez odwołującego dowód nie może stanowić dowodu w przedmiotowym postępowaniu, gdyż powstał po dacie składania ofert tj. 2 kwietnia 2013r., a oferty zostały otwarte w dniu 13 marca 2013r. W zakresie czynności odrzucenia oferty odwołującego w częściach XV i XVI, to zamawiający podniósł, że do oferty odwołujący załączył kartę katalogową firmy Elektrolux, w której nie było pełnych danych, zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia, a odwołujący uzupełnił go w ten sposób, że przesłał opis przedmiotu zamówienia oraz zdjęcie zmywarki. Zamawiający nie mógł ocenić danych na podstawie katalogu producenta, bo nie zawierał ona wysokości przy zamkniętym i otwartym kapturze, informacje z oryginalnej karty katalogowej pozyskanej przez zamawiającego ze strony internetowej producenta wskazują, że zaoferowana zmywarka nie spełnia wymagań zamawiającego, gdyż maksymalna wysokość przy otwartym kapturze wynosi 2026mm, a zamawiający wymagał nie więcej niż 1995mm. Zamawiający nie dopuszczał wariantowości w zakresie wymiarów urządzeń, a z przedstawionych rysunków oraz zdjęć w karcie katalogowej nie wynika, żeby zmywarka

posiadała regulację wysokości nóg. Natomiast w karcie katalogowej sporządzonej na potrzeby zamówienia odwołujący wprowadził opcję w postaci tolerancji ± 35 mm.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, protokołu otwarcia ofert, oferty odwołującego i przystępującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz wyjaśnień skierowanych do odwołującego i przystępującego, odpowiedzi odwołującego i przystępującego na wezwanie, wydruków ze stron internetowych pozyskanych przez zamawiającego w odniesieniu do oferty odwołującego, dowodów załączonych przez odwołującego do odwołania.

Z treści rozdziału 3 pkt 1 siwz wynika, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 5 do siwz, zaś z pkt 8 wynika, że zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych maksymalnie na 21 części. Z rozdziału 6 pkt. 2 wynika, że w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w rozdziale 5 ust. 1 kt 2b wykonawca zobowiązany był złożyć wykaz co najmniej jednej należycie wykonanej dostawy w zakresie odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (dostawa: piece kuchenne, suszarki do produktów rolnych oraz urządzenia do gotowania lub podgrzewania, urządzenia chłodnicze i mrozące, zmywarki do naczyń inne niż używane w gospodarstwie domowym, maszyny do krojenia żywności) - zgodnie z załącznikiem nr 4 do siwz. Jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy niż 3 lata – należy wykazać dostawę zrealizowaną w tym okresie. Wykazowana dostawa musiała mieć minimalną wartość dla części XI – łączna wartość na min. 100 000 zł. brutto. Do przedłożonego wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że ujęte w wykazie dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W rozdziale 11 ust. 2 zamawiający wskazał, że do oferty należało załączyć poza dowodem wniesienia wadium także dla każdej części : oryginalny katalog producenta w języku polskim z oferowanym modelem urządzenia. Katalog ten miał zawierać informacje o wszystkich wymaganych przez zamawiającego parametrach technicznych i wymaganiach co do montażu. Parametry te miały być zaznaczone w sposób jednoznaczny, widoczny i przejrzysty dla zamawiającego. Zamawiający nie dopuszczał opracowań własnych. W załączniku nr 1 do siwz – oferta zamawiający wymagał podania nazwy, typu, modelu, producenta produktu, a w części IX oczekiwał zaofewrowania komory chłodniczej 7,5 m³ – 2 szt., w części X – komory chłodniczej 4,5m³ – 5 szt., w części XI – komory chłodniczej 7,5 m³ – szt. 1 i komory chłodniczej 4,5 m³ – szt. 1 w części XV – maszyny

kapturowej do mycia naczyń szt. 4, w części XVI maszyny kapturowej do mycia naczyń szt. 2.

W załączniku nr 5 do siwz w zakresie komory chłodniczej 7,5 m³ zawarł w pkt X następujące wymagania:

W zakresie komory chłodniczej 4,5 m³ zawarł w pkt XI następujące wymagania.

W pkt XVII dla maszyny kapturowej do mycia naczyń wymagał w pkt. 3 Wymagania technicznej lit. f tiret 3 wymiary kapturowej maszyny do mycia naczyń – wysokość przy otwartym kapturze maksymalnie do 1 995 mm.

W zakresie spornym zamawiający wyjaśniając treść siwz dokonał następujących wyjaśnień lub modyfikacji:

W wyjaśnieniach z dnia 21 stycznia 2013r. w odpowiedzi na pytanie 2 zmodyfikował treść załącznika nr 5 do siwz w pkt XI zmieniając pkt 2 w ten sposób, że kształt komory zbliżony do prostopadłościanu o wysokości zewnętrznej komory max 220 cm, szer. 170 cm ± 22%, głęb. 160 cm ± 22% oraz zmieniając w pkt X pkt 2 w ten sposób, że kształt komory zbliżony do prostopadłościanu o wysokości zewnętrznej komory max 220 cm, szer. 210 cm ± 22%, głęb. 210 cm ± 22%

W wyjaśnieniach z dnia 25 stycznia 2013r. w odpowiedzi na pytanie 3 zmodyfikował treść załącznika nr 5 do siwz w pkt X i XI zmieniając pkt c w ten sposób, że wymagał aby instalacja chłodnicza zawierała agregat chłodniczy oraz parownik wyposażony w pełną automatykę wraz z bieżącym odczytem temperatury:

- a) agregat chłodniczy montowany na dachu komory lub wbudowany w komorę chłodniczą.

Odpowiadając na pytanie 4 nie dopuścił wykonania wewnętrznych komór jako malowanych poliestrem.

W wyjaśnieniach z dnia 11 lutego 2013r. odpowiadając na pytanie 5 zmodyfikował treść załącznika nr 5 do siwz w pkt X i XI zmieniając podane tam normy na dyrektywę 2001/95/WE.

W dniu otwarcia ofert przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w spornych częściach za cenę :

- część IX – 124 230,00zł.
- część X – 37 023,00zł.
- część XI – 190 711,50zł.
- część XV – 107 457,72zł.
- część XVI – 53 728,86zł.

W dniu otwarcia ofert odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w spornych częściach za cenę :

- część IX – 142 188,00zł.

- część X – 41 647,80zł.
- część XI – 222 514,38zł.
- część XV – 86 100,00zł.
- część XVI – 43 050,00zł.

Odwołujący w zakresie części IX i X zaoferował komorę chłodniczą 7,5 m³ – komorę chłodniczą z agregatem, model FRI-202021I/AR-X-P12 + GUR – M06 – 10 AR, producent DESMON, oraz komorę chłodniczą 4,5 m³ – komorę chłodniczą z agregatem, model FRI-171720I/AR-X-P12 + GUR – M04 – 06 AR, producent DESMON (str. 6-7 oferty), zaś w dla części XV i XVI zaoferował kapturową zmywarkę do naczyń, NHT8, model 505084 + dodatkowy system filtracyjny CLEAR BLUE 864329, prod. Elektrolux (str. 9 – 10 oferty). Do oferty załączył kopię karty technicznej z zaznaczonymi wymiarami zmywarki kapturowej w języku angielskim – str. 44 oferty, gdzie wskazano na rys. opisującym front wysokość zmywarki z opuszczonym kapturem 1549mm, wysokość nóg 200mm oraz na rysunku oznaczonym jako side wysokość z podniesionym kapturem od podłogi 2026, oraz katalog firmy Elektrolux urządzeń kapturowe zmywarki do naczyń z linii green& clean, gdzie na str. 14 tego katalogu podano wymiary zewnętrzne 752x755x1547, natomiast wymiary zewnętrzne z ESD dla zaoferowanego modelu nie zostały podane. Na str. 46 – 53 zamieścił karty katalogowe dotyczące komór modułowych firmy Desmon, na str. 50 podano dane techniczne dotyczące FRI-171720I/AR-X-P12, zaś na str. 51 podano dane techniczne dotyczące FRI-202021I/AR-X-P12.

Przystępujący na str. 6 w ofercie dla części IX i X zaoferował komory chłodnicze 7,5m³ i 4,5m³ MAGDA Igloo, dla części XI na str. 7 zaoferował szafy chłodnicze dwudrzwiowe 1200 – 1400 I – OLA P Igloo, szafy chłodnicze jednodrzwiowe 700I – Jola P Igloo i szafę mroźniczą jednodrzwiową 700I Jola M Igloo. W wykazie wykonanych dostaw na str. 16 oferty dla części XI wskazał dostawę i montaż szaf chłodniczych i mroźniczych dla Gminy Miasta Żyrardów w okresie czerwiec – lipiec 2011 o wartości 163 057,41zł. Na str. 23 znajdują się referencje Gminy Miasta Żyrardów z dnia 16 stycznia 2012r., z których wynika, że przystępujący dostarczał stoły robocze, regały, baseny i zlewozmywaków, szaf chłodniczych i szaf chłodniczo-mroźniczych, zmywarek gastronomicznych, kuchni elektrycznej, naświetlacza UV.

Na str. 51 – 53 znajduje się katalog dotyczący komory chłodniczej MAGDA gdzie wskazano pojemność użytkową 7,7m³ (str. 52), w tym grubość pianki użytkowej 70 mm, zaś na str. 53 wskazano pojemność użytkową 4,8 m³ i grubość izolacji 70mmNa str. 54 znajduje się karta katalogowa OLA P AG, na str. 55 karta katalogowa JOLA P AG, na str. 56 karta katalogowa JOLA P AG M.

W dniu 17 kwietnia 2013r. zamawiający wezwał odwołującego w zakresie spornym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia w zakresie części IX w poz. 1 kart katalogowych

potwierdzających informacje określone w załączniku nr 2 do siwz tj. A3, B1, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 11, C b, c, h, a w poz. 2 A4-7, B 3-5, 8 – 11 i C b i h. W zakresie części X kart katalogowych potwierdzających informacje określone w załączniku nr 2 do siwz w poz. 1 tj. A3, B 1, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 11, C b, c, h, w poz. 2 A4-7, B 3-5, 8 – 11, C b i h. W zakresie części XV i XVI zamawiający nie wzywał do wyjaśnienia wysokości maszyny przy otwartej kapturze.

W dniu 17 kwietnia 2013r. zamawiający wezwał przystępującego Igloo w zakresie części XI do kart katalogowych potwierdzających informacje określone w załączniku nr 2 do siwz pkt 3 lit. d.

W dniu 30 kwietnia 2013r. przystępujący wyjaśnił w zakresie części XI, że zakresy temperatur są podane w kartach katalogowych załączonych do oferty w prawym dolnym rogu pod zdjęciem każdej szafy chłodniczej i mroźniczej.

W dniu 6 maja 2013r. odwołujący odpowiedział na wezwanie i w pkt 2 swego pisma zakwestionował żądanie zamawiającego zawarte w rozdziale 11 ust. 2 pkt 2 siwz dotyczące wymogu przedstawienia kart katalogowych producenta w języku polskim z oferowanym modelem urządzenia zawierającym informacje o wszystkich wymaganych przez zamawiającego parametrach technicznych i wymaganiach co do montażu oraz opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję sprzeczny z art. 29 ust. 2 ustawy preferującym urządzenia jednego producenta. Odwołujący w zakresie części IX, X XV i XVI załączył szczegółowe karty katalogowe. W załączniku nr 7 do pisma w tiret ostatnim wskazano wymiary zmywarki szerokość 667 mm (bez uchwytów), głębokość 755 mm, wysokość 2026 mm (± 35 mm). W załącznikach nr 8 i 9 zawarto karty katalogowe takie jak w ofercie z dodatkowymi informacjami : załadunek technologiczny 600 kg, wykończenie z blach ocynkowanej pokrytej plastizolem obustronnie, oraz informacje zawarte na drugiej stronie załączników nr 8 i 9, które ni były załączone do oferty.

Do odwołania załączono kserokopie dokumentów składających się na dokumentację postępowania, którą Izba dopuściła jako dowód w sprawie oraz trzy karty katalogowe dotyczące urządzeń OLA P, JOLA P, JOLA P M, z których wynika, że w tych modelach agregat chłodniczy umieszczony jest na dole.

Do odpowiedzi na odwołanie załączono kserokopie dokumentów składających się na dokumentację postępowania, którą Izba dopuściła jako dowód w sprawie oraz wydruk strony internetowej www.igloo.pl oraz plik dokumentów w języku angielskim stanowiących karty katalogowe Elektrolux i Desmon.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w częściach IX, X i XI jego oferta była drugą pod względem ceny ofertą, po ofercie przystępującego, zaś w częściach XV i XVI była najkorzystniejsza pod względem ceny. Jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena. Odwołanie zmierza do wyeliminowania w częściach IX, X i XI oferty przystępującego i w częściach IX, X, XV i XVI do przywrócenia oferty odwołującego do postępowania. W przypadku uwzględnienia odwołania w całości oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza pod względem ceny i miałaby szansę na uzyskanie zamówienia. Tym samym odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący może także ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakłada składając oferty. Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zakresie, w jakim wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie dokumentów, w tym kart katalogowych i referencji, nie odpowiadających specyfikacji istotnych warunków w częściach nr IX, X, XI zamówienia

Zarzut zasługuje na uwzględnienie co do części IX i X, mimo wskazania błędnej podstawy prawnej. Oferta odwołującego w zakresie części XI nie została odrzucona, ani odwołujący nie został wykluczony, tym samym zarzut jest nie uzasadniony. Co do części IX i X zamawiający stwierdził na rozprawie, że nie dokonał oceny oferty odwołującego w zakresie dokumentów uzupełnionych na wezwanie zamawiającego. Odrzucenie oferty odwołującego w częściach IX i X nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i to ten przepis, a nie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy powinien być wskazany przez odwołującego jako podstawa prawna zarzutu. Niemniej jednak stan faktyczny wskazany w zarzucie wskazuje, że odwołujący uważa, iż upatruje naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w tym, że zamawiający błędnie ocenił jego ofertą w zakresie kart katalogowych nie odpowiadających siwz. Skoro zaś uznawał, że karty katalogowe składane na potwierdzenie spełniania przez oferowane urządzenia wymagań zamawiającego zostały przez zamawiającego błędnie ocenione, to w rzeczywistości zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy tj., że oferta w części potwierdzonej kartami katalogowymi, wbrew stanowisku zamawiającego odpowiadała treści siwz. Tym samym mimo błędnej podstawy prawnej zarzut został zamawiającemu postawiony i mógł być przedmiotem rozpoznania przez Izbę w rozumieniu art. 192 ust. 7 ustawy. Przechodząc do oceny zarzutu Izba zauważyła, że zamawiający uzasadniał pominięcie oceny tych dokumentów tym, że w ocenie zamawiającego nie były to oryginalne karty katalogowe producenta, ale zmodyfikowane przez odwołującego. W ocenie Izby takie stanowisko zamawiającego nie zostało w żaden sposób udowodnione i oparte jest wyłącznie na przekonaniu zamawiającego. Zamawiający sam na rozprawie przyznał, że producenci

mogą modyfikować lub opracowywać własne katalogi, w tym na potrzeby konkretnego zamówienia. Mimo dopuszczenia takiej możliwości zamawiający ocenił, że karty katalogowe uzupełnione sporządził sam odwołujący, a nie producent. Nie wykazał jednak na podstawie jakich dowodów tak wnosi. Powołał jedynie, że katalogi dostępne na stronie producenta różnią się od katalogów złożonych. Natomiast w ocenie Izby takie przekonanie nie daje podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Podstawą odrzucenia na tej podstawie prawnej oferty jest to, że jej treść nie odpowiada treści siwz. Zamawiający nie wykazał, że dokumenty uzupełnione przez odwołującego nie potwierdzają spełniania jego wymagań. W ocenie Izby dokumenty załączone do oferty oraz uzupełnione na wezwanie potwierdzają wszystkie wymagania zamawiającego, z tego względu nie było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Okoliczność wątpliwości co do pochodzenia i sposobu przygotowania kart katalogowych mogła być brana pod uwagę przez zamawiającego jedynie jako ewentualna przesłanka wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, oczywiście pod warunkiem, że zamawiający byłby w stanie wykazać odwołującemu, że zaoferowane komory chłodnicze nie posiadają w rzeczywistości parametrów, które wynikają ze złożonych do oferty i w wyniku uzupełniania kart katalogowych oraz, że modyfikacji tych kart w celu uzyskania zamówienia dokonał odwołujący. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie w odniesieniu do oferty odwołującego i odrzucenie jego oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, w częściach nr IX, X, XI zamówienia, pomimo że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zarzut zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Co do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, to Izba podtrzymuje następujące stanowisko.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stwierdziła, że art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy dotyczy warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, a zatem posiadania określonych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału kadrowego czy technicznego odpowiedniej sytuacji finansowej i ekonomicznej. Są to tzw. wymagania podmiotowe dotyczące właściwości samego wykonawcy i nie wykazanie spełniania takich właśnie wymagań podmiotowych może być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Natomiast nie spełnianie przez złożoną ofertę wymagań przedmiotowych dotyczących właściwości oferowanych dostaw nie stanowi przesłanki wykluczenia wykonawcy w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, może co stanowić jedynie podstawę odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 ustawy, w szczególności w

myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią siwz. W częściach IX i X odwołujący nie kwestionował spełniania przez przystępującego wymagań podmiotowych, z tego względu zarzut w tym zakresie w częściach IX i X nie mógł być uwzględniony. Odwołujący w zakresie części XI zarzucał zaniechanie wykluczenia przystępującego z uwagi na nie wykazanie się przez przystępującego doświadczeniem w dostawie szaf chłodniczych o wartości minimum 100 000 zł. Ten zarzut w ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba przyznała rację zamawiającemu, iż w rzeczywistości zarzut oparty jest o własną interpretację siwz dokonaną przez odwołującego. Zamawiający wymagał co najmniej jednej należycie wykonanej dostawy w zakresie odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (dostawa: piece kuchenne, suszarki do produktów rolnych oraz urządzenia do gotowania lub podgrzewania, urządzenia chłodnicze i mrozące, zmywarki do naczyń inne niż używane w gospodarstwie domowym, maszyny do krojenia żywności) - zgodnie z załącznikiem nr 4 do siwz. Jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy niż 3 lata – należy wykazać dostawę zrealizowaną w tym okresie. Przy czym ten wymóg odnosił się do każdej z części zamówienia. Zamawiający nie różnicował, jak chciałby tego odwołujący, wymogu dotyczącego rodzaju dostawy, w zależności od części zamówienia. Zamawiający jedyne zróżnicowanie, w zależności od części, wprowadził w odniesieniu do wartości i wskazał różne wartości w zależności od części. Rację zatem ma zamawiający, że rozszerzył zakres przedmiotowy dostaw wskazując, że dostawa ta może obejmować dla piece kuchenne, suszarki do produktów rolnych oraz urządzenia do gotowania lub podgrzewania, urządzenia chłodnicze i mrozące, zmywarki do naczyń inne niż używane w gospodarstwie domowym, maszyny do krojenia żywności. Tym samym oczekiwanie odwołującego, że zamawiający będzie badał spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do rodzaju dostawy wynikającego z danej części, nie znajduje oparcia w treści siwz. Co więcej treść art. 22 ust. 4 ustawy wskazuje na konieczność proporcjonalnego określania warunków udziału w postępowaniu, natomiast interpretacja odwołującego prowadziłaby do wymogu tożsamości dostaw. Biorąc to pod uwagę w ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił spełnianie wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia przez przystępującego. Rację ma także zamawiający w tym, że dowodem na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia jest wykaz wykonanych dostaw, a nie referencja. Referencja służy przede wszystkim potwierdzeniu należytego wykonania dostawy. Tym samym informacje inne niż ta, która odnosi się do jakości wykonania, zawarte w referencjach mogą służyć tylko weryfikacji prawdziwości informacji zawartych w wykazie. W przedmiotowej sprawie w świetle treści siwz nie zachodziła niezgodność treści pomiędzy wykazem i referencją, a informacje zawarte w wykazie i referencji są ze sobą spójne i potwierdzają spełnianie warunku udziału w

postępowaniu przez przystępującego. Izba nie dopatrzyła się zatem w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego. W zakresie części IX i X bezsporne jest, że zamawiający wymagał komór chłodniczych o pojemności $7,5 \text{ m}^3$ dopuszczając tolerancję pojemności w zakresie $7,2 - 7,5 \text{ m}^3$. Zamawiający wymagał także zaoferowania podłogi do komory chłodniczej. Zamawiający wraz z ofertą wymagał złożenia oryginalnego katalogu producenta w języku polskim z oferowanym modelem urządzenia. Katalog ten miał zawierać informacje o wszystkich wymaganych przez zamawiającego parametrach technicznych i wymaganiach co do montażu. Parametry te miały być zaznaczone w sposób jednoznaczny, widoczny i przejrzysty dla zamawiającego. Z oferty przystępującego wynika, że zaoferował on urządzenie o pojemności $7,7 \text{ m}^3$, z izolacją 70 mm. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego, że podaną pojemność należy obliczać z uwzględnieniem podłogi i izolacji. Izba uznała te wyjaśnienia za niespójne, nielogiczne i wewnętrznie sprzeczne. Przede wszystkim zamawiający wymagał, by dane wynikające z kart katalogowych wynikały wszystkie wymagane parametry techniczne w sposób jednoznaczny, widoczny i przejrzysty dla zamawiającego. Natomiast przy ocenie oferty przystępującego, te wymagania pominął i dokonał obliczeń pojemności oferowanej przez przystępującego w oparciu o wymiary komory chłodniczej i z uwzględnieniem izolacji i podłogi, z pominięciem jednoznacznie wynikającej z karty katalogowej informacji o pojemności. Wyjaśnienia zamawiającego są sprzeczne wewnętrznie sprzeczne. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że zarzuty odwołującego oparte są o rysunki poglądowe zawarte w ofercie przystępującego, podczas gdy on oceniał ofertę przystępującego w oparciu o dane techniczne zawarte w tabeli. Natomiast podczas rozprawy wskazywał, że z rysunków poglądowych wynika, że wymiary podane w tabeli przystępującego nie obejmują podłogi, stąd jej wymiar pomniejsza pojemność wskazaną w tabeli. Tym samym stanowisko zamawiającego co do charakteru i sposobu dokonywania oceny złożonych dokumentów jest uzależnione od potrzeby argumentacji związanej z odwołaniem. Analogicznie Izba oceniła twierdzenia przystępującego, który z jednej strony wskazywał, że jest w stanie opracować karty katalogowe na potrzeby konkretnego zamówienia, a z drugiej wskazywał, że dane dotyczące pojemności zawarte w tabeli dotyczą danych poglądowych, a nie danych zaoferowanych. Nadto przystępujący oświadczył, że podłogę może wyłożyć wewnątrz komory chłodniczej lub pod spodem tej komory. Nie wiadomo zatem, na jakiej podstawie zamawiający logicznie przyjął, że w przypadku komory chłodniczej $7,5 \text{ m}^3$ zaoferowano mu komorę z podłogą wewnątrz komory, a nie pod spodem komory. Rysunki poglądowe dla komory $7,5 \text{ m}^3$ jak i komory $4,5 \text{ m}^3$ w obu przypadkach nie obrazują podłogi, stąd nie wiadomo dlaczego w przypadku komory większej należy

pojemność zmniejszać, a w przypadku komory mniejszej nie. Izba nie dała zatem wiary zamawiającemu i przystępującemu. Tym samym za jednoznaczne i widoczne należało przyjąć w odniesieniu do komory 7,5m³ dane podane przez przystępującego w tabeli. Dane te w sposób nie budzący wątpliwości nie potwierdzają wymagania zamawiającego co do pojemności. Przystępujący zaoferował pojemność 7,7 m³, a zamawiający wymagał pojemności maksymalnie 7,5m³. W tej sytuacji oferta przystępującego nie odpowiada treści siwz. Zamawiający naruszył zatem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty przystępującego w zakresie części IX i X. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie znalazł natomiast potwierdzenia w odniesieniu do części XI. Odwołujący wskazał, że zachodzi wewnętrzna sprzeczność treści oferty przystępującego, gdyż z formularza ofertowego wynika zaoferowanie szaf chłodniczych OLA P, JOLA P i JOLA PM, natomiast z kart katalogowych wynika zaoferowanie szaf chłodniczych OLA P AG, JOLA P AG i JOLA PM AG. Odwołujący nie kwestionował, że parametry szaf chłodniczych oznaczonych jako OLA P AG, JOLA P AG i JOLA PM AG odpowiadają wymaganiom zamawiającego, natomiast podnosił, że szafy chłodnicze OLA P, JOLA P i JOLA PM nie spełniają wymagań zamawiającego i że właśnie te szafy zostały przez przystępującego zaoferowane. W ocenie Izby twierdzenia odwołującego nie dają podstawy do uznania, że przystępujący niezaoferował szaf spełniających wymagania zamawiającego, a w szczególności, że zaoferowano szafy OLA P, JOLA P i JOLA PM, a nie szafy OLA P AG, JOLA P AG, JOLA PM AG. Izba uznała, że w ofercie przystępującego znajdują się dokumenty potwierdzające zaoferowanie szaf chłodniczych spełniających wymagania zamawiającego. Izba zauważa, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o tym, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty jedynie w przypadku, gdy treść tej oferty nie odpowiada treści siwz. Przesłanki odrzucenia oferty muszą być interpretowane ściśle. Brak jest podstawy do odrzucenia oferty w sytuacji, gdy część tej oferty w tym samym zakresie odpowiada treści siwz (w przedmiotowej sprawie karty katalogowe), a część dotycząca tych samych danych (formularz ofertowy) nie odpowiada tej treści siwz. W takim przypadku zamawiający powinien dążyć do usunięcia tej wewnętrznej sprzeczności w treści oferty w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ewentualnie przez wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Ewentualnie naruszenia przez zamawiającego powyższych przepisów nie były objęte zarzutami odwołującego, stąd Izba nie była władna objąć ich swoim rozstrzygnięciem z uwagi na treść art. 192 ust. 7 ustawy. Izba uznała zatem, że zamawiający w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zakresie części IX nie dopuścił się naruszenia ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego uznanej jako najkorzystniejszej w częściach XV i XVI, podczas gdy nie istniały przesłanki do odrzucenia oferty i zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust.

3 i 4 ustawy w zakresie, w jakim zamawiający nie wezwał odwołującego do uzupełnienia braków dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w częściach nr XV i XVI

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Pomędzy stronami bezsporne jest, że zamawiający wymagał w pkt XVII dla maszyny kapturowej do mycia naczyń w pkt. 3 Wymagania technicznej lit. f tiret 3 wymiary kapturowej maszyny do mycia naczyń – wysokość przy otwartym kapturze maksymalnie do 1 995 mm. W ocenie Izby błędna jest interpretacja odwołującego, że wysokość maksymalną można osiągnąć przez zmniejszenie wymiaru np. przez regulację nóżek. Izba stoi na stanowisku, że postanowienie o maksymalnej dopuszczalnej wysokości danego urządzenia oznacza, że chodzi tu o największy zakładany przez producenta wymiar danego urządzenia. W przedmiotowej sprawie urządzenie zaoferowane przez odwołującego, zgodnie z rysunkiem technicznym ze strony 44 oferty wskazuje, że maksymalnym wymiarem urządzenia przy otwartym kapturze jest 2026 mm. Nietrafna jest argumentacja odwołującego, że skoro maszyna posiada wysokość 1547mm przy zamkniętym kaputrze, a sam kaptur na wysokość 440 mm, to wymiar maszyny przy otwartym katurze to 1987 mm, gdyż to rozumowanie jest obarczone błędem zakładającym, że maszyna otwiera się na wysokość kaptura. Taka informacja nie znajduje potwierdzenia w katalogu załączonym przez odwołującego, ani w rysunku technicznym. Przeciwnie z rysunku technicznego oznaczonego jako front, wbrew twierdzeniom stron wynika wysokość nóżek tj. 20 mm. Zatem nawet gdyby nóżki można było w ogóle od urządzenia odjąć, to maksymalny wymiar urządzenia bez nóżek przy otwartym kapturze wynosiłby 2026mm – 20mm, co i tak powodowałoby, że urządzenie nie spełnia wymagań zamawiającego. Z tego względu zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, to również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż wykonawca był już w zakresie wymagań zamawiającego w odniesieniu do części XV i XVI wzywany o uzupełnienie kart katalogowych i takie uzupełnienie złożył. Zarówno z dokumentów załączonych do oferty jak i złożonych na wezwanie zamawiającego, jednoznacznie w ocenie Izby wynika, że zaoferowana zmywarka kapturowa nie spełnia wymagania maksymalnej wysokości 1995 mm, gdyż jej maksymalna wysokość wynosi 2026 mm. Z tego względu dalsze prowadzenie wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów byłoby niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż mogłoby prowadzić do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą treści złożonej przez niego oferty. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ani art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, a odwołanie w zakresie części XV i XVI należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy w zakresie, w jakim zamawiający nie zachował zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zarzut potwierdził się. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wybierając w częściach IX i X ofertę, która powinna być odrzucona, natomiast nie dopuścił do oceny oferty odwołującego, która takiej ocenie powinna podlegać. W tej sytuacji zamawiający nie równo traktował wykonawców, naruszając art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit b i § 5 ust. 2 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) zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot wpisu.

Przewodniczący.....