

WYROK

z dnia 9 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **LeedAir Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K. C., K. C., A. C.**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **LeedAir Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **LeedAir Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozbudowa układu instalacji chłodzenia rezonansu magnetycznego o dodatkowy agregat wody lodowej, wyposażony w zewnętrzny układ *free cooling* wraz z instalacją elektryczną i podłączeniem do BMS-u oraz modernizacja istniejącego układu w budynku Małopolskiego Centrum Biotechnologii UJ przy ul. Gronostajowej 7a w Krakowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 kwietnia 2019 roku wykonawca LeedAir Sp. z o.o. w Krakowie wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechania czynności zamawiającego:

- 1) czynność odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) zaniechanie czynności wezwania odwołującego do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, w tym opisu technicznego producenta dla agregatu wody lodowej,
- 3) względnie - zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia opisu technicznego agregatu wody lodowej,
- 4) czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Automatica K. C., Klimatechnika s.c. K. C. i s-ka [dalej: przystępujący].

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy oferta odwołującego nie jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.),
- 2) zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, w tym opisu technicznego producenta dla agregatu wody lodowej, podczas gdy oferta odwołującego powinna zostać najwyżej oceniona, a w konsekwencji odwołujący powinien zostać wezwany do przedstawienia powyższych dokumentów,

- 3) względnie - zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia opisu technicznego producenta dla agregatu wody lodowej, podczas gdy zgodnie z tym przepisem zamawiający miał taki obowiązek,
- 4) zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejsza.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, w tym opisu technicznego producenta dla agregatu wody lodowej,
- 4) względnie - nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia opisu technicznego producenta dla agregatu wody lodowej,
- 5) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 7.500 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

Odwołujący podniósł, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty był załączniku A do s.i.w.z. - dokumentacji projektowej.

Zamawiający przewidział w s.i.w.z., że na potwierdzenie zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego wykonawcy zobowiązani są dołączyć do oferty opis techniczny producenta i/lub funkcjonalny producenta, lub wydruk ze stron internetowych producenta, lub katalog producenta dla oferowanego agregatu wody lodowej [punkt 3 podpunkt 2.9. s.i.w.z. oraz punkt 11 podpunkt 6.2. s.i.w.z.].

Odwołujący wskazał, że zamawiający przewidział w s.i.w.z., że jeżeli w toku postępowania wykonawca nie złoży oświadczenia, oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, złożone oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wezwie do ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania [punkt 7 s.i.w.z.]. Ponadto pismem z dnia 27 marca 2019 r. zamawiający

uzupełnił dokumentacją poprzez przedstawienie załączników od 1 do 12 do dokumentacji projektowej, które początkowo nie były udostępnione.

Odwołujący wskazał, że ofertę w niniejszym postępowaniu złożył między innymi odwołujący. Odwołujący działając omyłkowo dołączył do oferty opis techniczny agregatu wody lodowej zawierający błędy. Ponadto nigdzie w przedstawionym opisie nie było wskazane, że pochodzi on od producenta. Zamawiający nie wezwał odwołującego do przedstawienia lub uzupełnienia poprawionego opisu. Nie wezwał odwołującego również do złożenia wyjaśnień.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2019 r. zamawiający poinformował, że odrzuca ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią s.i.w.z.. Jednocześnie zamawiający poinformował, że w postępowaniu jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

W ocenie odwołującego, dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu istotne jest ustalenie jaki był charakter prawny wymogu przedstawienia opisu technicznego producenta dla agregatu wody lodowej. Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu opis techniczny producenta nie stanowił treści oferty, lecz dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, o którym stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Świadczą o tym następujące okoliczności:

Zamawiający w punkcie 3 podpunkt 2.9. s.i.w.z. wprost wskazał, że opis techniczny należy przedstawić właśnie w celu potwierdzenia zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego,

- opis techniczny nie dookreśla ani nie uszczegóławia zakresu przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy,
- opis techniczny nie stanowił podstawy do oceny ofert w pozacenowych kryteriach.

Odwołujący podniósł, że w związku z tym, że opis techniczny nie stanowił treści oferty, a był dokumentem potwierdzającym, zamawiający nie powinien żądać go od wszystkich wykonawców na etapie składania ofert. Zamawiający powinien wezwać do przedstawienia opisu technicznego wyłącznie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. Zgodnie z tym przepisem bowiem jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 2.

W ocenie odwołującego, w przedmiotowej sprawie nie ma również podstaw do zastosowania art. 26 ust. 2f ustawy P.z.p., który mógłby ewentualnie uzasadniać żądanie

przedstawienia opisu technicznego na wcześniejszym etapie. Przepis ten dotyczy wyłącznie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że wykonawcy nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Nie dotyczy natomiast dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Ponadto w orzecznictwie podkreśla się, że jego zastosowanie powinno ograniczać się do wyjątkowych, nieprzewidzianych przypadków, które w tym przypadku nie zachodzą.

Odwołujący stwierdził, że mając na uwadze zapisy s.i.w.z., w których zamawiający wymagał mimo wszystko złożenia opisu technicznego od wszystkich wykonawców już razem z ofertą, postanowił wyjść naprzeciw wymaganiom zamawiającego i dołączył opis techniczny już do oferty. Omyłkowo jednak dołączył opis techniczny agregatu wody lodowej zawierający błędy. Ponadto nigdzie w opisie nie było wskazane, że pochodzi od producenta.

W ocenie odwołującego, w takiej sytuacji zamawiający był zobowiązany działać zgodnie z procedurą odwróconą, to znaczy po prostu zbadać oferty na podstawie dokumentów stanowiących treść oferty, a następnie wezwać wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (w tym przypadku wezwanie powinno dotyczyć odwołującego, ponieważ to jego oferta uwzględniając kryteria oceny ofert jest oceniona najwyżej) do złożenia w terminie nie krótszym niż 5 dni aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, w tym między innymi opisu technicznego agregatu wody lodowej pochodzącego od producenta.

Odwołujący podkreślił, że nie może ponosić konsekwencji błędnego przygotowania przez zamawiającego dokumentacji postępowania. Odwołujący działając zgodnie z błędnymi instrukcjami zamawiającego dołączył opis techniczny agregatu już do oferty. Omyłkowo jednak przedstawił opis zawierający błędy. Nie oznacza to jednak, że tym samym zamawiający jest zwolniony z obowiązku wezwania odwołującego do przedstawienia opisu w trybie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. Odmienna interpretacja prowadziłaby do wniosku, że to na wykonawcy spoczywają konsekwencje błędnego przygotowania przez zamawiającego dokumentacji postępowania.

Odwołujący stwierdził, że niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać, że zamawiający był uprawniony do żądania dołączenia opisu technicznego dla agregatu wody lodowej już do oferty, to w przypadku gdy odwołujący dołączył opis techniczny zawierający błędy, zamawiający powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia poprawnego opisu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zgodnie z normą prawną wynikającą z tego przepisu, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych

dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu złożył opis techniczny (czyli dokument o którym mowa w art. 25 ust. 1, który zawierał błędy. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. zamawiający był zobowiązany wezwać odwołującego do uzupełnienia prawidłowego dokumentu .

Odwołujący podniósł, że sam zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że jeżeli w toku postępowania wykonawca nie złoży oświadczenia, oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, złożone oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Zamawiający wezwie do ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania [punkt 7 s.i.w.z.].

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie zamawiający nie wzywał jeszcze odwołującego do uzupełnienia opisu technicznego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Wobec powyższego nie ma przeszkód prawnych, by takie wezwanie wobec odwołującego wystosować.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 maja 2019 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że ze złożonej przez odwołującego oferty wynika, że odwołujący zaoferował agregat o parametrach nieodpowiadających wymaganiom s.i.w.z. w poniższym zakresie:

- wymagano agregatu o temperaturze pracy 35°C - odwołujący zaoferował agregat o temperaturze pracy 32°C;
- wymagano agregatu z poborem mocy elektrycznej 34,32 kW - odwołujący zaoferował agregat o poborze 44,2 kW;
- wymagano agregatu z parametrem prądu rozruchowego 212 A – odwołujący zaoferował agregat z parametrem prądu rozruchowego 256 A;

- wymagano agregatu z parametrem ESEER o wartości 3,94 – odwołujący zaoferował agregat o wartości ESEER 3,91,

- wymagano agregatu z poziomem mocy akustycznej 84 dB(A) - odwołujący zaoferował agregat z poziomem mocy akustycznej 85 dB(A).

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią pkt 11 s.i.w.z. - Opis sposobu przygotowywania ofert - oferta winna zawierać w szczególności:

„wypełniony i podpisany formularz oferty wraz z załącznikami (wypełnionymi i uzupełnionymi lub sporządzonymi zgodnie z ich treścią).

- opis techniczny i/lub funkcjonalny, lub wydruk ze stron internetowych, lub katalog producenta dla oferowanego agregatu wody lodowej

Zamawiający nie uznał, iż opis techniczny jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu (pkt 5 s.i.w.z.). Jeżeli odwołujący miał w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości, mógł je zgłaszać na zasadach określonych w ustawie P.z.p.

W ocenie zamawiającego „Treść oferty stanowi o merytorycznym aspekcie zaoferowanego przez wykonawców świadczenia adekwatnego do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Tym samym elementy istotne treści oferty, to nie tylko jej elementy przedmiotowo istotne, ale również elementy istotne podmiotowo — podniesione do takiej rangi wolą stron umowy”. Ofertę należy traktować jako całość, zespół zawartych w złożonych dokumentach oświadczeń i informacji, które mówią o oferowanym przedmiocie”. Zamawiający stwierdził, iż model urządzenia stanowiącego przedmiot dostawy jako istotne postanowienie umowy stanowi treść oferty odwołującego. Zauważył, iż model oferowanego przez odwołującego urządzenia wynika tylko i wyłącznie z treści spornego dokumentu — opisu technicznego agregatu wody lodowej, bowiem w żadnym innym miejscu odwołujący nie złożył oświadczenia, jakie urządzenie oferuje w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku o sygn. akt KIO 2082/17 z dnia 20 października 2017 r., w którym orzeczono, że: „Z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. (...)”.

Zamawiający podkreślił, odwołujący sam przyznał, że działając omyłkowo dołączył do oferty opis techniczny agregatu wody lodowej zawierający błędy (pkt 7 odwołania). Odwołujący, jako podmiot profesjonalnie działający na rynku, zobowiązany jest do zachowania szczególnej staranności przy składaniu swojej oferty, co wynika z art. 355 § 2 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KO 181/17 z dnia 10 lutego 2017 r., zgodnie z którym „W świetle art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r, poz. 2164 ze zm.) wybór oferty najkorzystniejszej, to wybór spośród ofert nie podlegających odrzuceniu”. Zatem skoro oferta odwołującego jako obarczona błędem, co sam przyznał w treści odwołania, nie mogła być konwalidowana w wyniku zastosowania instytucji przewidzianych odpowiednio w art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ww. ustawy, to nie mogła być uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą.

Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 20 marca 2019 roku. W tym dniu zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wykonawca musi zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami zamawiającego określonymi w s.i.w.z., przy czym na potwierdzenie tego wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty opis techniczny producenta i/lub funkcjonalny producenta, lub wydruk ze stron internetowych producenta, lub katalog producenta dla oferowanego agregatu wody lodowej (pkt 3 ppkt 2.9 s.i.w.z.).

Zamawiający wskazał w pkt 11 s.i.w.z., że na potwierdzenie zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego wykonawcy zobowiązani są dołączyć do oferty:

6.1) wypełniony i podpisany formularz oferty wraz z załącznikami (wypełnionymi i uzupełnionymi lub sporządzonymi zgodnie z ich treścią).

6.2) opis techniczny producenta i/lub funkcjonalny producenta, lub wydruk ze stron internetowych producenta, lub katalog producenta dla oferowanego agregatu wody lodowej.

Pismem z dnia 27 marca 2019 roku zamawiający uzupełnił dokumentację techniczną o załączniki 1-12, zawierające parametry agregatu.

Zamawiający określił m.in. następujące parametry agregatu: temperatura pracy 35°C, pobór mocy elektrycznej 34,32 kW, parametr prądu rozruchowego 212 A, parametr ESEER o wartości 3,94, poziom mocy akustycznej 84 dB(A).

Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert i ich znaczenie:

1.1. Cena ryczałtowa brutto za całość zamówienia – 60%,

1.2. Gwarancja - 40%,

Odwołujący złożył opis techniczny agregatu, z którego wynikają następujące parametry: temperatura pracy 32°C; pobór mocy elektrycznej 44,2 kW; parametr prądu rozruchowego 256 A; wartość ESEER 3,91, moc akustyczna 85 dB(A).

W dniu 17 kwietnia 2019 roku zamawiający poinformował o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty przystępujących. Jednocześnie poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako niezgodnej z zapisami s.i.w.z.

Zamawiający wskazał, że odwołujący zaoferował agregat o parametrach nie odpowiadającym wymaganiom s.i.w.z. w poniższym zakresie:

- wymagano agregatu o temperaturze pracy 35°C, Wykonawca zaoferował agregat o temperaturze pracy 32 °C;

- wymagano agregatu z poborem mocy elektrycznej 34,32 kW, Wykonawca zaoferował agregat o poborze 44,2 kW;

- wymagano agregatu z parametrem prądu rozruchowego 212 A, Wykonawca zaoferował agregat z parametrem prądu rozruchowego 256 A;

- wymagano agregatu z parametrem ESEER o wartości 3,94, Wykonawca zaoferował agregat o wartości ESEER 3,91;

- wymagano agregatu z poziomem mocy akustycznej 84 dB(A), Wykonawca zaoferował agregat z poziomem mocy akustycznej 85 dB(A).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego podnoszonego w odwołaniu, iż opis techniczny nie stanowił treści oferty, lecz był dokumentem potwierdzającym, w związku z czym zamawiający nie powinien żądać go od wszystkich wykonawców na etapie składania ofert, Izba wskazuje, że wymóg złożenia opisu technicznego wraz z ofertą wynikał z pkt. 11 ppkt 6.2 s.i.w.z.. S.i.w.z. została ogłoszona w dniu 20 marca 2019 roku. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p., na tego rodzaju treść s.i.w.z., w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., odwołanie nie przysługuje. Niemniej jednak odwołujący – o ile nie zgadzał się ze wskazanym postanowieniem s.i.w.z. – mógł, na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy P.z.p., w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania, poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy. Odwołujący nie wykazał, że poinformował zamawiającego o wymogu niezgodnym – w jego przekonaniu – z przepisami ustawy P.z.p. W tej sytuacji kwestionowany przez odwołującego zapis s.i.w.z. stał się wiążący dla wszystkich uczestników postępowania.

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że złożony przez niego wraz z ofertą opis techniczny zawierał błędy i nie było w nim wskazane, że pochodzi od producenta. W ocenie odwołującego, zamawiający winien był wezwać go do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, w tym opisu technicznego producenta dla agregatu wody lodowej, względnie - wezwać do uzupełnienia opisu technicznego producenta dla agregatu wody lodowej.

Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić. Wymagany przez zamawiającego opis techniczny miał bowiem nie tylko potwierdzać, że zaoferowane urządzenie posiada wymagane parametry, ale stanowił również skonkretyzowanie zobowiązania odwołującego. Zamawiający nie wymagał bowiem wskazania w innym miejscu oferty nazwy ani producenta agregatu. Wykonawca, składając wraz z ofertą opis techniczny, zobowiązywał się do dostarczenia zamawiającemu agregatu, którego opis przedłożył.

Tym samym brak jest możliwości wezwania odwołującego do złożenia opisu technicznego dla agregatu, który spełnia postawione w s.i.w.z. parametry. Złożenie opisu technicznego dla innego urządzenia oznaczałoby zmianę treści oferty w zakresie jej elementów przedmiotowo istotnych (*essentialia negotii*). Tego rodzaju zmiana treści oferty wykracza poza zmiany przewidziane i dopuszczalne na mocy ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż przedłożony przez niego opis techniczny zawierał błędy, w związku z czym zamawiający winien był wezwać go do jego uzupełnienia.

Niezgodności treści oferty odwołującego z treścią s.i.w.z. nie wynikają z jakichkolwiek błędów, ale z tego, że odwołujący zaoferował agregat, którego parametry nie odpowiadają wymaganiom wskazanym w s.i.w.z. Błąd w opisie technicznym polegałby na niezgodności stanu faktycznego ze stanem wskazanym w opisie. Tymczasem parametry wskazane w opisie technicznym są parametrami agregatu, którego opis dotyczy. Fakt, że zamawiający oczekiwał agregatu o innych parametrach nie oznacza, że opis techniczny zawierał błędy, ale że odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia o parametrach innych niż wymagane. Niezgodność ta nie mieści się w kategorii błędu, ale świadczy o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji.

Tym samym stwierdzić należy, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. 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 s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

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

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszeń wskazanych w odwołaniu. Tym samym stwierdzić należy, że zamawiający zasadnie uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

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

.....