

Sygn. akt: KIO 2287/14

WYROK

z dnia 18 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 17 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 3 listopada 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) NMG Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) CALLTECH Sp. z o.o., (3) J. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Jurex” Zakład Produkcji Urządzeń Elektrycznych J. G., (4) Bydgosta Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz**

w postępowaniu prowadzonym przez **Port Lotniczy Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Białych Błotach, ul. Paderewskiego 1, 63-005 Białe Błota.**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) NMG Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) CALLTECH Sp. z o.o., (3) J. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Jurex” Zakład Produkcji Urządzeń Elektrycznych J. G., (4) Bydgosta Sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr**

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) NMG Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) CALLTECH Sp. z o.o., (3) J. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Jurex” Zakład Produkcji Urządzeń Elektrycznych J. G., (4) Bydgosta Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

3. zasądza od wykonawcy **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) NMG Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) CALLTECH Sp. z o.o., (3) J. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Jurex” Zakład Produkcji Urządzeń Elektrycznych J. G., (4) Bydgosta Sp. z o.o.** kwotę na kwotę 519,87(słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu dojazdu na posiedzenie.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 2287/14

Zamawiający: Port Lotniczy Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Białych Błotach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach zadania pn. „Remont systemu elektroenergetycznego lotniska w Porcie Lotniczym Bydgoszcz S.A.”

Odwołujący - Konsorcjum Firm:

1. NMG Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy ,
2. CALLTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy ,
3. PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE " JUREX" ZAKŁAD PRODUKCJI URZĄDZEŃ ELEKTRYCZNYCH J. G., z siedzibą w Bydgoszczy ,
4. BYDGOSTA Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy,

wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 23 października 2014 roku unieważnienia postępowania w następstwie czynności odrzucenia oferty Odwołującego

Odwołujący zarzucają Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 pkt. 1 oraz 89 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez błędne oparcie się w decyzji na art. 93 ust. 3 pkt. 2 ustawy, który nie ma zastosowania w stanie faktycznym sprawy oraz sprzeczne z art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP odrzucenie oferty Wykonawcy na skutek wadliwego oparcia się wyłącznie na korespondencji z Producentem Schneider Electric, z naruszeniem art. 87 ust. 1 PZP poprzez pominięcie obowiązku uzyskania wyjaśnień Wykonawcy.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia przetargu, podjętej w dniu 23.10. 2014 roku
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego,

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący stwierdził, co następuje.

Podstawą unieważnienia przetargu było odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na ustalenie przez Zamawiającego, że analizatory Firmy Schneider Electric Industries SAS PM 810 nie spełniają wymagań technicznych oraz wymogów dokładności.

Na gruncie zgromadzonego materiału dowodowego należy przyjąć, że jest to stanowisko błędne z następujących powodów:

1/ Ponieważ wyrokiem z dnia 25 września 2014 roku KIO unieważniło odrzucenie oferty Wykonawcy, złożonej w ramach tego samego przetargu, w trakcie ponowionych czynności przetargowych Zamawiający uznał, że należy poczynić szereg dodatkowych wyjaśnień, w związku z czym wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia problemów opisanych w faxie z 8 10.

2014. Z w/w faxu wynika, że oczekiwania ze strony Zamawiającego wzrosły w stosunku do zakresu poprzedniego badania ofert, gdyż prócz analizatorów PM-810 oczekiwano wyjaśnienia szeregu innych kwestii, do których Zamawiający wcześniej nie przywiązywał żadnej wagi.

Wykonawcy wyznaczono 48 godzinny termin na udzielenie wyjaśnień.

Wykonawca udzielił odpowiedzi pismem z dnia 10.10.2014 roku, w której oprócz udzielonych wyjaśnień, w tym w sprawie analizatora PM-810 wraz z ponownie załączoną deklaracją wykonania zgodnego z wymogami Zamawiającego (pismo Schneider Electric) wskazano na eskalację nowych, wcześniej nie znanych problemów.

Zamawiającemu udzielono odpowiedzi, natomiast Zamawiający poszukiwał kolejnych możliwości eliminacji oferty przetargowej, poprzez wynajdywanie problemów nowych.

2/ Dysponując materiałami, o których mowa w pkt. 1, Zamawiający zwrócił się w dniu 13 października 2014 roku do Firmy Schneider Electric z zapytaniem o możliwość wykonania specjalnego analizatorów, z pominięciem drogi ustawowej o której mowa w art. 87 ust. 1 PZP.

Ww przypadku pojawienia się nowych wątpliwości, droga ustawowa polega na zwróceniu się do Wykonawcy o nadesłanie wyjaśnień, co umożliwia prawidłowy tok wymiany informacji i myśli technicznej między Zamawiającym a Wykonawcą, związany z możliwością wykonania zadania publicznego, (por. art. 25 w związku z art. 26 ust. 3 PZP).

Odwołujący nie neguje prawa samodzielnych działań Zamawiającego. Jednakże mogą one mieć tylko znaczenie pomocnicze.

Zamawiający, działając via Producent, a pomijając drogę ustawową z art. 87 ust. 1 PZP (via Wykonawca) popełnił błąd proceduralny, którego konsekwencją stał się szereg nieporozumień z których najważniejsze to fakt, że Producent potraktował pismo Zamawiającego jako zapytanie klienckie. Wskazuje na to treść załączonego maila Schneider Electric z dnia 27.10.2014, str. 2, gdzie Schneider Electric wskazuje, że Centrum Obsługi Klienta (helpdesk do którego zwrócił się Port Lotniczy) oferuje wyłącznie rozwiązania standardowe. Ponadto w mailu z dnia 27.10.2014 Schneider Electric szczegółowo wyjaśnia dlaczego tylko PW "JUREX" ZAKŁAD PRODUKCJI URZĄDZEŃ ELEKTRYCZNYCH J. G. otrzymał pozytywną opinię w zakresie wykonania specjalnego analizatorów PM-810.

W obrocie gospodarczym inne możliwości faktyczne posiadają podmioty działające w ramach poszczególnych szczebli dystrybucji. Najczęściej są to szczeble: Producent, Hurt, Wykonawca. Dopiero na końcu jest klient docelowy.

Z tego względu, gdyby Zamawiający nie pominął trybu ustawowego z art. 87 ust. 1 PZP, wówczas nadesłanie przez Wykonawcę wyjaśnień takich jak w/w nie stanowiłoby problemu.

Dowód:

- zapytanie ofertowe konsorcjanta Jurex z dnia 22.07.2014 roku o wykonanie specjalne PM-810,
- 2 odpowiedzi Schneider Electric: pierwsza bez PM-810 i druga odpowiedź z uwzględnieniem PM- 810,
- mail Zamawiającego do Schneider Electric z podziękowaniem za negatywną treść odpowiedzi, z dnia 21.10.2014 roku
- pismo konsorcjanta Jurex o wyjaśnienie nieporozumienia związanego z wykonaniem specjalnym z dnia 27.10.2014,
- mail Schneider Electric do konsorcjanta Jurex z wyjaśnieniem różnic w traktowaniu szczebli dystrybucji, z dnia 27.10.2014 roku

Obecnie, dla rozwiania jakichkolwiek wątpliwości, konsorcjant Jurex złożył formalne Zamówienie na analizatory PM-810 w wykonaniu specjalnym, zgodnym z wymogami Zamawiającego.

Producent Schneider Electric potwierdził przyjęcie zlecenia do realizacji.

Dowód:

- Zamówienie z 29.10.2014 roku
- Potwierdzenie realizacji zamówienia z 29.10.2014 roku

Nadesłanie na obecnym etapie w/w dokumentów nie uchybia regułom postępowania, gdyż Wykonawca nie miał świadomości rozterek Zamawiającego. Przy ewentualnym powtórzeniu czynności Zamówienie i Potwierdzenie Zamówienia ze strony Schneider Electric będzie miało walor w pełni zgodny z art. 87 ust. 1 PZP.

Dokumenty te świadczą, że Wykonawca był i jest w stanie sprostać wymogom Zamawiającego, gdyby ten w czasie trwania postępowania, w trybie art. 87 ust.1 PZP zwrócił się o kompletne wyjaśnienia. Zamawiający miał bardzo dużo czasu na dokończenie procesu uzyskiwania wyjaśnień, bowiem do 10 grudnia 2014 jest związany ofertą Wykonawcy, wraz ze złożonym wadium.

Nie było zatem żadnej potrzeby tak błyskawicznego działania, wystarczyło zwrócenie się do Wykonawcy, który miał możliwość skonsultowania z Producentem jego pierwotnego oświadczenia z dnia 22.07.2014 roku.

W konsekwencji pominięcia możliwości uzyskania wyjaśnień Wykonawcy, Zamawiający był zdezorientowany, posiadał szątkową wiedzę a brak właściwych działań stał się przyczyną zarówno błędnej jak i przedwczesnej decyzji o unieważnieniu przetargu.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 PZP Zamawiający wzywa Wykonawcę (a nie podmioty trzecie), w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień w sprawach wątpliwych.

Wyjaśnienia te powinny wiązać się z poszukiwaniem możliwości rozwiązania kwestii spornych i możliwości ich usunięcia, bez szkody dla interesu publicznego i z korzyścią dla zadania.

Wiele światła na intencje Zamawiającego rzuca zauważalne w treści maila Zamawiającego do Schneider Electric z dnia 21.10.2014 podziękowanie za negatywną odpowiedź, co wskazuje na niekryte oczekiwania, które można sprowadzić do niechęci wykonania zaplanowanego zadania publicznego. Dalsze dowody na te intencje poniżej, w pkt. 3.

3/ Dalszym dowodem niechęci Zamawiającego do wykonania zadania publicznego jest próba uniemożliwienia Wykonawcy wglądu w akta w dniu 23.10.2014.

W odpowiedzi na fax Wykonawcy z 23.10. wyznaczono termin na dzień 27.10.2014 roku.

W dniu 24.10.2014 roku o godz. 9.37 Wykonawca poprosił o możliwość wglądu w akta na godz. 13.30. W odpowiedzi, faxem z godz. 11.13 Zamawiający wyznaczył Wykonawcy możliwość wglądu w godzinach 11.15 -12.15

Trzeba dodać, że Wykonawca ma siedzibę kilkanaście kilometrów odległą od siedziby Zamawiającego a droga prowadzi przez zakorkowane miasto Bydgoszcz.

4/ Oświadczenie woli Zamawiającego o unieważnieniu przetargu i odrzuceniu oferty przekazano faxem w dniu 23.10.2014 roku. Zostało ono podpisane przez Pełnomocnika Panią M. M.- H., która nie posiada umocowania do podjęcia decyzji o unieważnieniu przetargu i odrzuceniu oferty.

Dla porównania poprzednie unieważnienie przetargu zostało dokonane zgodnie z zasadami reprezentacji, przez Prezesa Portu Lotniczego Pana T. M. .

Dowód:- fax Zamawiającego z dnia 23.10.2014, fax Zamawiającego z dnia 3.09.2014

W związku z powyższymi wątpliwościami, Lider Konsorcjum, w dniu 27.10.2014 roku wystąpił do Portu Lotniczego Bydgoszcz S.A. o nadesłanie kopii pełnomocnictwa wraz z opłatą skarbową - pośrednio potwierdzającą datę wystawienia pełnomocnictwa.

W odpowiedzi nadesłano fax z dnia 30.10.2014 roku, w którym przedłożono kopie pełnomocnictwa oraz wyjaśniono przyczynę nie uiszczenia opłaty skarbowej.

Pełnomocnictwo nie zawiera umocowania do podejmowania wiążących decyzji przetargowych. Natomiast zamieszczona na końcu faxu notka Prezesa Portu Lotniczego „zatwierdzam wnioski” nie stanowi cywilnoprawnego aktu woli skierowanego do strony, a jest jedynie wyrażeniem zgody na opis zdarzeń opisanych we wniosku Działu Inwestycji i Zakupów Zamawiającego.

Powyższe nasuwa wniosek, że nie podjęto prawidłowej decyzji o unieważnieniu przetargu i odrzuceniu oferty Konsorcjum.

Należy dodać, że z dat wydruków dokumentów u Zamawiającego wynika, że dokumenty będące podstawą unieważnienia przetargu wydrukowano w dniu 23.10.2012 roku, podczas

gdy rekomendację unieważnienia i notka Prezesa Portu noszą datę 22.10.2014. Z powyższego wynika, że Zarząd Zamawiającego nie posiadał kompletu materiałów umożliwiających podjęcie prawidłowej decyzji i powstaje pytanie na czym się oparł?

Załączono komplet faxów i maili przesyłanych między Zamawiającym, Wykonawcą, Producentem Schneider Electric.

Zamawiający w złożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie, względnie oddalenie w całości.

Wskazał, że załączone do odwołania pełnomocnictwo upoważnia do reprezentowania konsorcjum przed Krajową Izbą Odwoławczą, a nie do dokonania czynności prawnej polegającej na wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie. Stwierdził, że dla skutecznego złożenia odwołania wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe określające rodzaj czynności prawnej i jej przedmiot. W świetle powyższego wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony tj. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutów merytorycznych wskazał, że po unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego w wyniku wyroku KIO 1866/14 w toku ponownego badania oferty skierował do wykonawcy dodatkowe zapytania na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Niezależnie od tego zwrócił się do producenta analizatora PM 810, firmy Schneider Electric Industries SAS z zapytaniem o możliwość wykonania specjalnych analizatorów, gdyż miał liczne wątpliwości co do nowych twierdzeń odwołującego, niezgodnych z treścią złożonej oferty. Wyjaśnił przy tym, że obaj startujący w niniejszym postępowaniu konkurenci zaoferowali w swoich ofertach także analizatory jw. niespełniające warunków technicznych oraz wymogów dokładności narzuconych przez siwz. Obydwie oferty zostały odrzucone.

Zamawiający zauważył, że odwołujący po raz pierwszy poinformował zamawiającego o tym, że oferowane przez niego analizatory będą wykonane w wersji specjalnej, dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Do odwołania wykonawca załączył oświadczenie producenta reprezentowanego przez J. M. – Szefa Produktu Analizatory Schneider Electric Polska sp. z o.o. o możliwości wykonania specjalnych analizatorów.

Weryfikując informacje uzyskane od odwołującego zamawiający zwrócił się bezpośrednio do producenta analizatorów oferowanych przez wykonawcę z prośbą o udzielenie informacji, czy istnieje możliwość wykonania specjalnego analizatora PM 810 wg parametrów zgodnych z treścią siwz. W odpowiedzi na zapytanie producent firma Schneider Electric pismem z dnia 21.10.2014 r. poinformował zamawiającego, że nie ma możliwości takiego wykonania specjalnego PM 810, a wszystkie zakładane w zapytaniu parametry gwarantuje seria ION 7655 w wykonaniu zgodnie z normą 61000-4-30.

Zamawiający w tym samym dniu zawiadomił producenta, że jego potencjalny kontrahent dysponuje odmienną odpowiedzią w zakresie takiego wykonania analizatorów serii PM 850, którą załączył i poprosił o ustosunkowanie się do tych dwóch odmiennych opinii. Otrzymał odpowiedź od Szefa Produktu Analizatory Schneider Polska sp. z o.o. p. J. M., który stwierdził, że „stanowisko firmy Schneider Electric w tym temacie jest spójne, mamy w ofercie analizatory, które spełniają wymagania dot. analizatorów – i są to analizatory serii ION 7650, ION 7550 lub serii wyższych ION. W związku z zapytaniem w temacie spełnienia wymagań dot. analizatorów dla projektu, wystawiłem dotąd 4 oświadczenia, w których nie wymieniłem żadnych numerów katalogowych ani nazwy serii produktów. Poniżej przesyłam wszystkie oświadczenia, które w tym temacie wystawiłem i przesłałem. To są te i tylko te dokumenty, które są mojego autorstwa w tym temacie i które zostały przesłane do klientów w powyższej formie.”

W świetle powyższego zamawiający uznał za wiarygodne stwierdzenie że analizatory pochodzące od tego producenta spełniające wymagania siwz to analizatory serii ION 7650, 7550 lub serii wyższych ION.

Zdaniem zamawiającego, wobec treści otrzymanych wyjaśnień, odwołujący posłużył się podrobionym lub przerobionym oświadczeniem producenta, którego rzekomym autorem jest Pan J. M. . Stwierdził, że nie uzyskał informacji o tym że analizatory mogą być specjalnie modyfikowane w taki sposób, że możliwe jest aby oferowane modele spełniały wymagania opisane w treści programu funkcjonalno-użytkowego.

Stwierdził, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy pzp niedopuszczalne jest wprowadzenie zmian do treści odwołującego poprzez przyjęcie, że zaoferowane analizatory PM 810 firmy Schneider Electric niespełniające warunków technicznych oraz wymogów dokładności określonych postanowieniami siwz, będą je spełniać, bo będą w wykonaniu specjalnym, bez umieszczenia tej informacji w treści złożonej oferty.

Wskazał, że w wykonawca wskazał w ofercie jednoznacznie producenta i typ analizatora o parametrach określonych przez producenta. Brak jakiegokolwiek wzmianki o specjalnym wykonaniu na jego zamówienie uprawniał zatem do dokonania oceny wg parametrów standardowych dla danego typu analizatora.

Zaoferowany analizator nie spełnia wymagań technicznych opisanych w decyzji o odrzuceniu oferty.

W oku rozprawy strony podtrzymały stanowiska..

Odwołujący ponownie wskazał, że jego konsorcjant Jurex zwrócił się do producenta 22 lipca 2014 r. z zapytaniem o możliwość wykonania specjalnego analizatora PM 810. W

odpowiedzi producent potwierdził możliwość zrealizowania zamówienia zgodnie z zapytaniem, tj. wykonanie specjalne. Przypomniał, że zamówienie ma być realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj, co oznacza, iż na etapie projektu istnieje możliwość zamiany niektórych materiałów. Z powyższym koreluje wymóg udzielenia 5-letniej gwarancji, co wskazuje na zakres odpowiedzialności wykonawcy. Wskazał, że do producenta zostało złożone formalne zamówienie dotyczące spornego analizatora w wykonaniu specjalnym na potrzeby przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie w części technicznej zauważył, że argumenty Zamawiającego są niespójne wobec wskazywania, iż wykonanie specjalne oznacza niewątpliwie znacząco wyższą cenę, a jednocześnie Zamawiający sugeruje, że zaoferowano analizator tańszy, przez co chciano zaoszczędzić. Pozycja ta nie ma wpływu na wysokość ceny, która jest ceną ryczałtową w postępowaniu. Wskazał, że obydwa pisma zawierające odpowiedź na pytanie z 22 lipca 2014 r. potwierdzają możliwość wykonania specjalnego konkretnego analizatora. Poza tym, są to odpowiedzi pozytywne. Zauważył, że wszystkie zapytania, łącznie z potwierdzeniem przyjęcia zamówienia warunkowego, opisują wymogi urządzenia zgodne z SIWZ.

Zamawiający Przypomniał, że z treści oferty nie wynikało, iż sporny produkt będzie wynikiem wykonania specjalnego. Zauważył, że odpowiedź na zapytanie konsorcjanta skierowane do producenta została złożona w toku poprzedniego postępowania odwoławczego (sygn. KIO 1866/14). Stwierdził, że oczekiwał urządzeń w wykonaniu standardowym, seryjnym. Wskazał na pkt 15 str. 20 PFU, gdzie mowa jest o udokumentowanych parametrach. Tak jak w piśmie podał w wątpliwość wiarygodność dokumentu, w którym firma Schneider deklaruje możliwość wykonania specjalnego analizatorów PM 810. Jako argument na tę okoliczność wskazał na treść załączonego pisma tego samego autora. Wskazał dodatkowo, że pisma producenta z oznaczeniem typu analizatora zostało złożone w poprzednim postępowaniu odwoławczym, natomiast w obecnym załączono takie pisma bez oznaczenia symbolu analizatora.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści oferty odwołującego oraz przedłożonych przez strony dowodów zważyła, co następuje.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy pzp, w szczególności pkt 2 wskazanego przez zamawiającego. Skład orzekający nie ma wątpliwości, że pełnomocnictwo udzielone osobie, która wniosła odwołanie, uprawnia

pełnomocnika do tej czynności. Wskazanie w treści pełnomocnictwa uprawnienia do reprezentowania strony przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie dotyczącej odwołania od konkretnej czynności wymienionego zamawiającego w konkretnym postępowaniu, bez wątplenia obejmuje także prawo do sporządzenia i wniesienia odwołania.

Odnosząc się do zarzutów merytorycznych należy stwierdzić, że został wykazane, iż po unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego w wyniku wyroku KIO 1866/14 w toku ponownego badania oferty skierował do wykonawcy dodatkowe zapytania na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Niezależnie od tego zamawiający zwrócił się do producenta analizatora PM 810, firmy Schneider Electric Industries SAS z zapytaniem o możliwość wykonania specjalnego analizatorów, gdyż mógł powziąć wątpliwości co do nowych informacji przedstawionych przez odwołującego w toku poprzedniego postępowania odwoławczego, które nie wynikały wprost z treści złożonej oferty.

Niesporne jest, iż o tym, że oferowane przez wykonawcę analizatory będą wykonane w wersji specjalnej, wykonawca poinformował na etapie postępowania odwoławczego, gdyż do odwołania załączył oświadczenie producenta reprezentowanego przez Jana Masłowskiego – Szefa Produktu Analizatory Schneider Electric Polska sp. z o.o. o możliwości wykonania specjalnego analizatorów.

Skład orzekający oceniając przedstawione dowody uznaje za spójne i wiarygodne informacje uzyskane przez zamawiającego, który zwrócił się bezpośrednio do producenta analizatorów oferowanych przez wykonawcę z prośbą o udzielenie informacji, czy istnieje możliwość wykonania specjalnego analizatora PM 810 wg parametrów zgodnych z treścią siwz. Producent firma Schneider Electric pismem z dnia 21.10.2014 r. poinformował zamawiającego, że nie ma możliwości takiego wykonania specjalnego PM 810, a wszystkie zakładane w zapytaniu parametry gwarantuje seria ION 7655 w wykonaniu zgodnie z normą 61000-4-30. Równie wiarygodne jest pisemne stanowisko - odpowiedź od Szefa Produktu Analizatory Schneider Polska sp. z o.o. p. J. M., który stwierdził, że „stanowisko firmy Schneider Electric w tym temacie jest spójne, mamy w ofercie analizatory, które spełniają wymagania dot. analizatorów – i są to analizatory serii ION 7650, ION 7550 lub serii wyższych ION. W związku z zapytaniem w temacie spełnienia dot. analizatorów dla projektu, wystawiłem dotąd 4 oświadczenia, w których nie wymieniłem żadnych numerów katalogowych ani nazwy serii produktów. Poniżej przesyłam wszystkie oświadczenia, które w tym temacie wystawiłem i przesyłam. To są te i tylko te dokumenty, które są mojego autorstwa w tym temacie i które zostały przesłane do klientów w powyższej formie.”

W świetle powyższego wiarygodne jest stwierdzenie że analizatory pochodzące od tego producenta spełniające wymogi siwz to analizatory serii ION 7650, 7550 lub serii wyższych

ION. niesporne jest natomiast, że w ofercie wskazano na analizatory PM 810 firmy Schneider Electric bez jakichkolwiek uwag dodatkowych, w tym w szczególności o zamiarze ich zaoferowania w wyniku specjalnego dostosowania (zmodyfikowania) na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Gdyby nawet założyć taki zamiar wykonawcy, jakkolwiek w ocenie Izby brak jest na tę okoliczność wiarygodnego dowodu, to z uwagi na znajomość parametrów standardowego analizatora, niespełniających wymogów PFU, niezbędne było wskazanie w samej ofercie istotnej okoliczności co do sposobu uzyskania wymaganych parametrów. Brak takiej informacji doprowadził do prawidłowego wniosku, że oferta w swej treści nie odpowiada treści siwz w sposób, który nie pozwala na jej modyfikację w trybie dopuszczonym ustawą pzp.

W konsekwencji zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp czynnością odrzucenia oferty wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). Nie uwzględniono wniosku o zasądzenie wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego wobec nie przedłożenia rachunku stosownie do wymogów rozporządzenia wskazanego w zdaniu poprzednim.

Przewodniczący:

.....