

WYROK

z dnia 20 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2017 r. przez wykonawcę **Konsorcjum: N. E. S. G. Z. H. U. N. M., Z. P. –H. S. K., U. I. G. i g.. H. Z. H., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę D., (...)**

przy udziale wykonawcy **F. G. Sp. z o.o. Sp. k., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Zamościu**.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Gmina D. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego pod nazwą „Montaż Kolektorów Słonecznych i kotłów C.O. opalanych biomasą na terenie gminy D.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 22 lipca 2017 r., znak postępowania ZP.271.2.2017.

W dniu 25 września 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawcę – Konsorcjum: N. E. S. G. Z. H. U. N. M., Z. P. –H. S. K., U. I. G. i g.. H. Z. H., ul. (...) (dalej: „Odwołujący”) informację o odrzuceniu złożonej przez nich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Na powyższą czynność Zamawiającego, Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i w zw. z art. 82 ust. 3 poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”),

2) oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy poprzez niezgodne z ustawą dokonanie czynności odrzucenia oferty i zaniechanie dokonania czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym w sytuacji, gdy złożone przez Odwołującego się dokumenty budziły wątpliwości Zamawiającego. Ponadto, poprzez uznanie, że Odwołujący złożył ofertę otwierającą możliwość prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego się oraz dokonania czynności badania i wyboru ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że pomimo prawidłowo złożonej przez niego oferty tj. według załącznika nr 3 do SIWZ (Wzór formularza ofertowego) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp, zarzucając, iż pkt. C.1 załącznika nr 3 do SIWZ wskazał producenta K. i oznaczenie SKP BIO. Według Zamawiającego podane oznaczenie nie jest modelem konkretnego koda a oznaczeniem linii kotłów w ramach której są kotły o różnych parametrach i specyfikacjach technicznych, z których część spełnia wymagania Zamawiającego a część ich nie spełnia.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że oferta nie spełnia wymogów SIWZ, gdyż Odwołujący nie podał zgodnie z wymogiem Zamawiającego oferowanego modelu i „ otworzył tym samym drogą do negocjowania warunków realizacji zamówienia w dalszej części procedury oceny i badania ofert, tj. umożliwił wskazanie, jako oferowanego produktu wybranego przez siebie modelu”.

Z taką oceną Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący stwierdzając, iż nieuprawnione jest stanowisko Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie sprecyzował swojego

zobowiązania w ofercie w sposób umożliwiający jego identyfikację. Odwołujący stosując się do wyartykułowanych wymagań SIWZ, w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego złożył ofertę, która zawierała oznaczone świadczenie - przedmiot zamówienia.

W ofercie (załącznik nr 3 do SIWZ) Odwołujący w pkt. C. wypełnił wskazaną przez Zamawiającego tabelkę.

a) w kolumnie: „Typ kotła” wskazał odpowiednio:

w pozycji 1. „ o mocy min. 15 kW”

w pozycji 2. „ o mocy min. 20 kW”

w pozycji 3. „ o mocy min. 25 kW”

w pozycji 4. „ o mocy min. 30 kW”

w pozycji 5. „ o mocy min. 35 kW”

b) w kolumnie „ Producent i model kotła” wskazał odpowiednio:

w pozycji 1. „K.SKP BIO”

w pozycji 2. „K. SKP BIO”

w pozycji 3. „K. SKP BIO”

w pozycji 4. „K. SKP BIO”

w pozycji 5. „K. SKP BIO”

W ocenie Odwołującego, brak jest podstaw do zakwestionowania w jaki sposób Odwołujący wskazał producenta i oznaczenie oferowanego produktu. Zgodnie bowiem z wymogiem Zamawiającego, Odwołujący wskazał poszczególne typy Kotła (w pozycjach 1-5 jw.) oraz zgodnie z terminologią Zamawiającego wskazał producenta i model kotła określając to jako K.SKP BIO (w pozycjach od 1-5). W ocenie Odwołującego podał zatem oznaczenia zgodnie z wymogiem Zamawiającego, przede wszystkim spełniające parametry określone w SIWZ. Odwołujący kwestionuje, iż wskazanie na tym etapie postępowania, (tak jak w ofercie) Typu Kotła, Producenta i Modelu kotła, otwiera drogę negocjacji warunków zamówienia w dalszej części procedury i badania, co zarzuca Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty z dnia 25 września 2017 r.

Zdaniem Odwołującego, wskazanie Typu kotła oraz Producenta i Modelu kotła oraz ilości oferowanych kotłów na tym etapie postępowania jest zgodne ze stawianymi wymogami przez Zamawiającego i brak jest jakichkolwiek podstaw do tego żeby zarzucić Odwołującemu, iż Odwołujący nie zaoferował konkretnego produktu- tj. uniemożliwił dokonanie jednoznacznej identyfikacji produktu. Odwołujący wskazał Typ/ Model oraz Producenta czym umożliwił pełną identyfikację produktu. Odwołujący kwestionuje i absolutnie zaprzecza, że wskazany przez niego Typ kotła, Producent i Model kotła, uniemożliwiają ocenę produktu z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami na tym etapie badania ofert.

W ocenie Odwołującego, przytoczone przez Zamawiającego symbole, oferowanych przez Producenta (ZPH S.K.) kotłów, na podstawie strony internetowej producenta nie mogą być kontrargumentem do Typu kotła i Modelu kotła podanego przez Odwołującego w złożonej ofercie. Odwołujący będący jednocześnie producentem kotłów ma prawo (Producent: ZPH S. K.) do przyjęcia terminologii właściwej dla wyprodukowanego przez siebie produktu. Dlatego zarzut, że według strony internetowej w ramach linii SKP BIO dostępne są kotły SKP BIO 16, 20 25, 35, 50 w odniesieniu do podanego Typu kotła i Modelu kotła zgodnie z ofertą Odwołującego jest bezzasadny, gdyż producent ma prawo określić Typ kotła i Model kotła według swojego uznania, w zależności od konfiguracji produktu. Strona internetowa, na którą powołuje się Zamawiający, skoro nie została wskazana w ofercie, nie może stanowić jej części a tym samym podstawy do zakwestionowania wskazanego Typu kotła i Modelu kotła skutkującego odrzuceniem oferty. Pozyskanie informacji ze strony internetowej producenta o innych produktach producenta, nie oznacza, że przedstawiony w ofercie produkt jest niezgodny z SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że nie znajdują podstawy prawnej i faktycznej ustalenia Zamawiającego, który zamiast oceny przedstawionej oferty powołuje się na stronę internetową Producenta, będącego jednocześnie Wykonawcą podczas gdy treści znajdujące się na stronie internetowej Producenta nie zostały wskazane jako treść oferty. Nie może zatem ona stanowić żadnej podstawy do dookreślenia parametrów oferowanego produktu, zwłaszcza, że parametry zostały jasno określone w ofercie.

Należy jednak uznać, że oferta Odwołującego spełniała warunki określone w SIWZ, gdyż wskazany był Typ kotła, Producent Model oraz parametry kotła zgodne z treścią SIWZ. Analizując treść oferty Odwołującego się, nie sposób wskazać w którym miejscu Odwołujący się wskazał parametry oferowanych kotłów niezgodne z treścią SIWZ.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, w sytuacji, gdy u Zamawiającego powstały wątpliwości w zakresie treści złożonej oferty, Zamawiający ma możliwość skorzystać z trybu określonego w art. 87 ust. 1 ustawy, tj. zażądać od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Nieskorzystanie z trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 w przypadku, gdy działania Zamawiającego podjęte bez stosownych wyjaśnień powodują dla Odwołującego niekorzystne konsekwencje (tj. odrzucenie oferty) skutkuje uznaniem, że Zamawiający zaniechał czynności do której był zobowiązany na podstawie ustawy. Należy zatem uznać, że Zamawiający nie dochował w niniejszym postępowaniu zasad należytej staranności i pomimo wątpliwości co do treści oferty nie dążył do wyjaśnienia powstałych wątpliwości a opierając się bezzasadnie na treści strony internetowej poczynił ustalenia niezgodne z prawdą i odrzucił ofertę.

Odnosząc się do zarzutu otworzenia przez Odwołującego drogi do negocjacji (art. 87 ust. 1) należy uznać, że jest on przedwczesny. W sprawie będącej przedmiotem odwołania, nie sposób mówić o podjęciu negocjacji, gdy Odwołujący nie miał możliwości do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Oferta Odwołującego została odrzucona jeszcze przed złożeniem wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Ukształtowana linia orzecznicza KIO stanowi, że niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny - ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania Zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Może również polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Trzeba pamiętać, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia świadczenia ofertowego. Zamawiający musi być w stanie wskazać, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnymi wymaganiami i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Odwołujący zgadza się, że Zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawców tego rodzaju danych, które pozwolą ocenić, czy zaoferowany przez Odwołującego asortyment odpowiada wymaganym parametrom. Należy jednak uznać z całą pewnością, że Odwołujący wskazał te dane.

Zamawiający w SIWZ żądał wskazania Modelu produktu, co też Odwołujący uczynił, wskazał Model SKP BIO, dodatkowo precyzując model poprzez wskazane Typu kotła. Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty, w sytuacji, gdy posiadał wskazane informacje, tym bardziej że odpowiadały one wymaganiom SIWZ. Zamawiający uczynił powyższe ustalenia, skutkujące odrzuceniem oferty, jedynie na podstawie strony internetowej, której treść jak już zostało wskazane, nie została przywołana w ofercie, a zatem nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek dodatkowych ustaleń oferty złożonej przez Odwołującego. Zamawiający tymczasem nie zażądał potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego wskazanych w pkt 8.7.3. SIWZ w zakresie części II Zamówienia, punkt c.d., co oznacza, że odrzucenie oferty nastąpiło bez przeprowadzenia badania, które Zamawiający powinien poczynić w trybie art. 87 ust. 1 w sytuacji, gdy ma wątpliwości co do treści złożonej oferty.

Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 16 października 2017 r. wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że Odwołujący określając w ofercie przedmiot świadczenia zobowiązany był, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ wskazać

Producenta i model kotła. Odwołujący wskazał producenta „K.” i oznaczenie „SKP BIO”, które w jego ocenie jest nazwą modelu, wystarczająco identyfikującą ten produkt.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z danymi producenta „K.” w ramach oznaczenia SKP BIO występuje aż 5 kotłów, o następujących oznaczeniach: SPK BIO 16, SKP BIO 20, SKP BIO 25, SKP BIO 35, SKP BIO 50. Istotne przy tym jest to, że każdy z tych urządzeń różni się nie tylko mocą, ale także i takimi parametrami jak: waga, powierzchnia grzewcza, pojemność wodna, minimalna wysokość komina, wymagany ciąg spalin, wymiary. Różnice istniejące pomiędzy tym pięcioma produktami są na tyle istotne, że nie wszystkie są zgodne opisem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący wywodził, że wskazał poszczególne typy kotła oraz zgodnie z terminologią Zamawiającego wskazał producenta i model kotła, zatem spełnił parametry określone w SIWZ, jednakże Odwołujący powyżej opisaną niezgodność treści oferty do treści SIWZ sam dostrzegł i próbował z własnej inicjatywy niejako poprawić. Pismem z dnia 25 września 2017 r. skierowanym do Zamawiającego, jak wskazał, w celu „doprecyzowania” przedłożył stronę 3 załącznika nr 3 do SIWZ. W odróżnieniu od pierwotnej oferty załącznik ten zawierał opis w rubryce „Producent i model kotła” oznaczenia modelu: SKP BIO 16, SKP BIO 20, SKP BIO 25, SKP BIO 35, a więc zgodnie z danymi producenta.

W piśmie tym Odwołujący wskazał, iż tak sprecyzowana oferta ułatwi jednoznaczne określenie jakie kotły zaoferował w ramach przedmiotowego przetargu. Zamawiający podkreślił, że powyższe pismo zostało złożone po terminie składania ofert.

Zamawiający zauważył, że z uwagi na to, iż Odwołujący pierwotnie nie podał modelu kotła nie miał on możliwości stwierdzenia - jaki model kotła z pięciu dostępnych w ramach oznaczenia SKP BIO ofertuje Odwołujący i zbadania, czy oferowany model spełnia wymogi SIWZ. Stwierdzić tego nie można również było na podstawie innych informacji wynikających z treści oferty.

Zamawiający odnosząc się do żądania Odwołującego, że stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy wobec wątpliwości, co do treści złożonej oferty, winien był wezwać Odwołującego, do wyjaśnienia w terminie przez siebie wskazanym wątpliwość dotyczących treści oferty stwierdził, że stwierdzona niezgodność treści oferty, jest na tyle oczywista, że wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy prowadziłoby jedynie do niedozwolonego dookreślania treści oferty - po upływie terminu jej złożenia, tj. wskazania konkretnego modelu kotła SKP BIO, którego pierwotnie nie wskazano, a więc zmiany oferty lub prowadzenia negocjacji, czego wymieniony przepis nie dopuszcza. W rezultacie wezwania, Odwołujący mógłby dowolnie wskazać urządzenie SKP BIO spośród pięciu produktów występujących pod tym oznaczeniem.

Tym samym Zamawiający obowiązany był do odrzucenia oferty Odwołującego bez uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień. Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ma charakter

obligatoryjny, co oznacza iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej - musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona merytorycznie odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. W niniejszej sprawie odmienność ta przejawiała się poprzez brak sprecyzowania w ofercie proponowanego urządzenia, tj. niewskazania jego modelu. Wobec powyższego na mocy przywołanego wyżej przepisu, Zamawiający zobligowany był ofertę Odwołującego odrzucić.

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

- pisma z dnia 25 września 2017 r. odwołującego do Zamawiającego, poprawiony załącznik nr 3,

- wydruku ze strony internetowej producenta kotłów SKP BIO, Karty produktu kotłów SKP BIO, katalog producenta.

Przystępujący F. G. Sp. z o.o. sp. K. w złożonym piśmie poparł argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego się konsorcjum. Wskazał, że wyrażone w Pzp zasady niezmienności oferty po upływie terminu składania ofert oraz wymogu jej zgodności z warunkami przedstawionymi w SIWZ mają na celu w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego m. in. zapewnienie poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania.

Właściwe wypełnienie przygotowanego przez Zamawiającego oraz stanowiącego załącznik do SIWZ formularza ofertowego stanowi obowiązek wykonawców, który musi on wypełnić z zachowaniem należytej staranności wymaganej od podmiotu profesjonalnej w danej branży. Wykonawcę obciąża ciężar błędnego wypełnienia formularza, uzasadniającego powstanie u Zamawiającego wątpliwości co do zgodności zaoferowanych urządzeń w wymogami zawartymi w SIWZ.

Niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy oraz stanowiących podstawę Pzp zasad precyzowanie ich parametrów dopiero po upływie terminu składania ofert. Na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, iż Zamawiający w sposób precyzyjny i jasny skonstruował formularz ofertowy, wyraźnie wskazując na szczegółowe informacje, jakich podania wymaga od oferentów. Odwołujący się nie wnosił w tym zakresie o wyjaśnienia do Zamawiającego.

Na rozprawie w dniu 17 października 2017 r. Odwołujący złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu ze złożonych dokumentów:

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również uwzględniając oświadczenia, złożone dowody i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020), zwanej dalej „Pzp”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że:

1) w piśmie Odwołującego z dnia 25 września 2017 r. (złożonym już po terminie składania ofert), Odwołujący doprecyzował moc kotłów w kolumnie 3 wskazując:

w pozycji 1. „K. SKP BIO 16 kW”

w pozycji 2. „K. SKP BIO 20 kW”

w pozycji 3. „K. SKP BIO 25 kW”

w pozycji 4. „K. SKP BIO 35 kW z modulacją mocy na 30 kW”

w pozycji 5. „K. SKP BIO 35 kW”.

2) wśród złożonych na rozprawie przez Odwołującego dowodach, zastrzeżonych na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący załączył dwa dokumenty będące świadectwami wystawionymi przez Instytut Energetyki Instytut Badawczy Jednostka Notyfikowana nr 1452. Świadectwa powyższe są udostępnione przez Odwołującego na stronie internetowej <http://www.krzaczek.eu/certyfikaty-5-klasy/>, w związku z czym jako dokumenty upublicznione nie mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie korzystają z ochrony. Z powyższych świadectw wynika, że jako oznaczenie modelu kotła, dla którego zostały wystawione wskazano „SKP BIO 16”, w świadectwie nr OS/248/CUE/15/01 „Urządzenie przyjazne środowisku” wskazano również na modele SKP BIO 16, SKP BIO 25 oraz SKP BIO 50;

3) w karcie produktu Producenta – Z.P. -H. S. K. K., ul. (...) - zgodnej z rozporządzeniem UE 2015/1187 wskazano jako IDENTYFIKATOR MODELU: SKP BIO 16, SKP BIO 20, SKP BIO 25, SKP BIO 35 i SKP BIO 50.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania, wskazać należy, zgodnie z wymogiem zawartym w punkcie C.1 załącznika nr 3 do SIWZ wykonawcy byli zobowiązani wskazać w ofercie oferowany produkt (kocioł) oraz podać producenta i model kotła.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie treści tej oferty. Izba natomiast, rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie zamawiającego), co ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, miał podstawy stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Podkreślenia wymaga również, 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. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę taką należy uznać wskazanie dodatkowych cech oferowanych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia spełniania wymagań SIWZ. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii

Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovenskoza.s.). Reasumując, treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu. Dlatego też oświadczenie Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 25 września 2017 r. zgodnie z którym została „doprecyzowana strona 3/7 załącznika nr 3 do formularza ofertowego” jako złożone po terminie składania ofert nie mogło zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie, czy oferta wykonawcy jest zgodna z wymogami SIWZ. Nawet w sytuacji wskazania przez Odwołującego, iż powyższe „stanowi integralną część złożonej oferty przetargowej”.

Niemniej jednak, pomimo, iż powyższe pismo nie mogło zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie zgodności treści oferty z wymogami SIWZ, to jednak z powyższego pisma, zdaniem Izby, wynika bezsprzecznie, że prawidłowym i kompletnym oznaczeniem modelu kotła firmy K. jest SKP BIO z konkretnym oznaczeniem liczbowym. W związku z powyższym ustaleniem nie mogło się więc ostać stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie, iż oznaczenia modeli kotłów różnią się w zależności, czy są skierowane dla klientów indywidualnych od tych przygotowywanych jako oferta przetargowa. Jak bowiem wynika z pisma Odwołującego z dnia 25 września 2017 r. sam Odwołujący „doprecyzowując” złożoną ofertę wskazał na oznaczenie modeli wraz z konkretną wartością liczbową. Powyższe zdaniem Izby jednoznacznie dowodzi, że właśnie takie oznaczenie stanowi pełną nazwę modelu kotła.

Zdaniem Izby również z przedłożonych przez Odwołującego świadectw, jak i z karty technicznej złożonej przez Zamawiającego dotyczącej kotłów firmy K. wynika, że Odwołujący w formularzu oferty, ani w opisie w kolumnie 3 załącznika nr 3 do SIWZ nie wskazał jaki dokładnie skonkretyzowany model (wersję) kotła SKP BIO firmy K. oferuje, które to oznaczenie pozwalałoby Zamawiającemu na jednoznaczną identyfikację proponowanego przez niego przedmiotu zamówienia.

Do oferty nie zostały także dołączone w trybie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp dokumenty przedmiotowe na potwierdzenie, że oferowane kotły spełniają wymagania zawarte w pozycji 2 załącznika nr 3 (typ kotła) dotyczące minimalnej mocy kotła, w oparciu, o które można by stwierdzić, że model kotła SKP BIO, jaki Odwołujący zaoferował i zamierzał dostarczyć Zamawiającemu, w każdym z pięciu typów mocy - postawione wymagania będzie realizował. Zamawiający wprawdzie nie wymagał przedstawienia w dokumentach oferty odrębnych specyfikacji technicznych producenta oferowanego produktu, ale wymagał wskazania

szczegółowego modelu kotła w kolumnie 3 załącznika nr 3 do SIWZ oraz podania producenta. W ocenie Izby Odwołujący przedstawił niepełną nazwę modelu kotła, co uniemożliwiło Zamawiającemu jego identyfikację, w konsekwencji czego niemożliwe było dokonanie jakiegokolwiek badania i oceny zgodności oferty z postawionymi wymaganiami.

Tym samym, zdaniem Izby, Odwołujący otworzył sobie drogę do negocjowania warunków realizacji zamówienia w dalszej części procedury oceny i badania ofert, tj. umożliwił wskazanie, jako oferowanego produktu wybranego przez siebie modelu.

W rozpoznawanej sprawie, w żaden sposób, zdaniem Izby, nie dało się ustalić w oparciu o dokumentację oferty, że odwołujący zaoferował w konkretnej pozycji model kotła K. SKP BIO o oznaczonych przez Zamawiającego parametrach. W ocenie Izby, Odwołujący, jako wykonawca ubiegający się o zamówienie był zobowiązany do jednoznacznego podania w ofercie - jaki model kotłów zaoferował zamawiającemu w każdym z 5 typów dotyczących mocy minimalnej kotła, co wynikało z wyraźnych wymagań zamawiającego odnośnie sposobu wypełnienia załącznika nr 3.

Oznaczenie K. SKP BIO w ocenie Izby odnosiło się do rodziny produktów, dopiero dalsze liczbowe oznaczenia identyfikowały jednoznacznie dany, konkretny produkt. W ocenie Izby, Odwołujący powinien w załączniku nr 3 do SIWZ - określić właśnie w taki sposób oferowany model kotła w każdym z pięciu wymaganych przez Zamawiającego typów kotła, tj. w sposób umożliwiający pełną identyfikację tego wyrobu.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja odwołującego o możliwości identyfikacji wyrobu w sytuacji wskazania jedynie jako oznaczenie modelu „SKP BIO”, skoro Zamawiający w kolumnie 2 załącznika wskazał minimalne moce nominalne, jakie kocioł musi osiągać. Jak bowiem zauważył Zamawiający jeden z modeli kotła SKP BIO spełniał zarówno minimalne i maksymalne wymogi osiągu mocy. Powyższepotwierdza więc, iż takie oznaczenie modelu uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację treści oferty pod względem zgodności z wymaganiami szczegółowego opisu SIWZ, ale przede wszystkim uniemożliwiło identyfikację zaoferowanych produktów, co stanowi jednoznaczny i nieusuwalny w żadnym trybie dopuszczonym ustawą Pzp - brak oferty i wystarczającą podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy - jedynie z tej przyczyny.

Uzupełnienie nazwy modelu kotła w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, stanowiłoby zmianę treści oferty po upływie terminu jej złożenia, czego wymieniony przepis nie dopuszcza. Uzupełnianie, lub zmiana oferty jest możliwe w trybie art. 84 ust. 1 Pzp, a więc przed upływem terminu składania ofert. Izba stoi na stanowisku, że oferowany przedmiot zamówienia winien w całości wynikać z treści oferty. Treść oferty musi być jednoznacznie i w całości sprecyzowana, w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Niepodlegającą uzupełnieniom treść oferty stanowiły: formularz ofertowy i wypełniony załącznik nr 3.

W myśl postanowień art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 KC, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Postanowienia SIWZ były obowiązujące dla wykonawców, jak i zamawiającego, który nie może od nich odstępować w trakcie oceny ofert. Izba natomiast weryfikuje czynności zamawiającego w oparciu o warunki ustalone w przetargu i specyfikację udostępnioną wykonawcom.

Ewentualnemu sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może podlegać treść oferty, która została w dostateczny sposób wyartykułowana. W rozpoznawanym zaś przypadku - niezgodność treści oferty polegała na braku skonkretyzowania oferowanego wyrobu, aby pozostawał on spójny z przedstawionymi parametrami. Z treści oferty nie wynikało, jaki konkretny model z linii SKP BIO Odwołujący ma zamiar dostarczyć zamawiającemu w każdym z pięciu typów.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności takie jak wyżej opisane, dyskwalifikują ofertę odwołującego, predestynując ją wyłącznie do odrzucenia, albowiem przepis art. 87 ust. 1 Pzp nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Do zmiany treści oferty, czy też dookreślenia oferowanego świadczenia, nie mogą prowadzić wyjaśnienia, ani dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp - gdyż procedura ta, jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp - ma wyłącznie na celu potwierdzenie

przez wykonawcę dokumentami, że oferowane przez niego produkty odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku, wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zobowiązanie odwołującego w zakresie modeli kotłów w ogólności nie zostało w ofercie podane (sprecyzowane), zatem nie mogłoby być przedmiotem konkretnych wymagań na etapie zawarcia umowy i realizacji zamówienia, pozostawiając wykonawcy swobodę dostarczenia dowolnego modelu kotła.

Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej - musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Stwierdzona niezgodność jest na tyle oczywista, że przyjęcie uprzednich wyjaśnień, lub dalsze wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp prowadziłyby jedynie do niedozwolonego dookreślania treści oferty - po upływie terminu jej złożenia, tj. podana konkretnego modelu kotła, którego pierwotnie nie zaoferowano, a więc zmiany oferty po upływie wyznaczonego terminu złożenia ofert, lub prowadzenia negocjacji, czego wymieniony przepis nie dozwala.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie znalazła też podstaw do uznania, że złożone przez Odwołującego dowody w postaci oświadczenia producenta kotłów, karty techniczne kotłów potwierdzały, że modelem kotła firmy K. jest tylko oznaczenie słowne „SKP BIO” bez wskazania konkretnego oznaczenia liczbowego.

Reasumując, Izba uznała zarzuty odwołania za niezasadne. W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodnicząca: