

Sygn. akt: KIO 523/20

WYROK

z dnia 4 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Członkowie: Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2020 r. przez wykonawcę **J. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „UNISSET RURY STALOWE – STEEL PIPES J. G. z siedzibą w Słupsku przy ul. Kalinowej 1 (76-200 Słupsk) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Mszczonowskiej 4 (02-337 Warszawa),

przy udziale:

- A. wykonawcy **Borusan Mannesmann Sanayi ve Ticaret A. Ş.** z siedzibą w Stambule przy ul. Meclisi Mebusan Cad. No: 37 Salipazari – Beyoğlu (34427, Stambuł, Republika Turcji), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **FERRUM S.A.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Porcelanowej 11 (40-246 Katowice), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- C. wykonawcy **Izostal S.A.** z siedzibą w Kolonowskim przy ul. Opolskiej 29 (43-113 Kolonowskie), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.);
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.** z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „UNISSET RURY STALOWE – STEEL PIPES J. G. z siedzibą w Słupsku, tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.** z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego – **J. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „UNISSET RURY STALOWE – STEEL PIPES J. G. z siedzibą w Słupsku kwotę w wysokości 19 928 zł 92 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia osiem złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku zawartych umów ramowych na dostawę izolowanych rur stalowych dla zadania inwestycyjnego Gazociąg DN 700 Polska-Litwa odcinek południowy - zamówienie 1 (postępowanie wykonawcze nr 3), numer postępowania: ZP/2020/01/0003/PI, zwane dalej: „postępowaniem”.

Zamawiający w dniu 20 stycznia 2020 r. na podstawie art. 101a ust. 1 pkt 2) lit b Pzp zaprosił wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową do złożenia ofert w postępowaniu (wraz z zaproszeniem została wykonawcom przekazana specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana dalej: „SIWZ”).

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

W dniu 12 marca 2020 r. wykonawca J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „UNISSET RURY STALOWE – STEEL PIPES J. G. z siedzibą w Słupsku (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec działań i zaniechań zamawiającego, polegających na:

- wyborze oferty Borusan Mannesmann Sanayi ve Ticaret A. Ş. z siedzibą w Stambule (zwanego dalej: „Borusan”), a także zaniechaniu odrzucenia tej oferty;
- odrzuceniu jego oferty;
- zaniechaniu wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej bądź zaniechaniu unieważnienia postępowania w wariacie, w którym należałoby uznać, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę legalizmu, pisemności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem przepisów wskazanych w pkt V odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 §1 i 2 k.c., 353¹ k.c. art. 66 k.c., art. 535 k.c. lub 605 k.c. oraz art. 387 §1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty Borusan jako nieważnej przez wzgląd na niespełnienie ustawowych wymogów oferty dla

umowy sprzedaży (dostawy), naruszającej zasadę swobody umów oraz dotyczącej świadczenia niemożliwego do wykonania w sposób pierwotny;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Borusan jako niezgodnej z treścią SIWZ, mimo, że za decydującą i kluczową dla określenia przedmiotu zamówienia uznać należy przygotowany przez zamawiającego i nie podlegający zmianie przez wykonawcę opis przedmiotu zamówienia zawarty w formularzu ofertowym, stanowiącym kluczowy element SIWZ, bo decydujący o kształcie oświadczenia woli wykonawcy w zakresie oferty i *essentialia negotii* przyszłej umowy, zaś Borusan nie złożył oferty w zakresie pozycji 1 i 2 na rury w izolacji LPP, lecz na rury w izolacji LPE, co wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, datowanej na 5 marca 2020 r.;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, a także art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty Borusan jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, ze względu na okoliczności opisane w zarzucie nr 5 poniżej;
4. art. 89 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Borusan jako niezgodnej z ustawą;
5. art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 Pzp a w konsekwencji art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 2, 4 i 6 Pzp i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę legalizmu, pisemności, a w konsekwencji równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i przejrzystości przez komunikowanie się z wykonawcą Borusan, z pominięciem formy pisemnej oraz z pominięciem odwołującego, przed złożeniem i otwarciem ofert, w kwestii przedmiotu zamówienia podanego przez zamawiającego pod pozycjami 1 i 2 formularza ofertowego, co umożliwiło Borusan jako jedynemu wykonawcy wycenienie i złożenie oferty na rury w izolacji LPE a nie w droższej izolacji LPP (w zakresie pozycji 1 i 2 formularza ofertowego), a także poprzez zaniechanie zmiany SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w pozycjach 1 i 2 formularza ofertowego, pomimo istnienia uzasadnionego przypadku dla takiej zmiany, zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, mimo, że niezbędne było dokonania zmiany SIWZ w powyższym zakresie oraz dokonanie zmian w ofercie odwołującego, polegających na wskazaniu w powyższych pozycjach oferty odwołującego rur w izolacji LPE z właściwą dla tej izolacji wyceną powyższego przedmiotu zamówienia tj. podaniem dla pozycji 1 i 2 oferty odwołującego ceny niższej, adekwatnej dla rur w tańszej izolacji LPE, zaniechanie podania do wiadomości odwołującego, że oczekiwany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia ujęty w pozycjach 1 i 2 formularza ofertowego to rury w izolacji LPE, a nie droższej izolacji LPP, jak też zaniechanie podania do wiadomości odwołującego zmiany

SIWZ i terminu składania ofert, a tym samym dopuszczenie się przez zamawiającego działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, co naruszyło interes odwołującego przez pozbawienie go możliwości określenia w tym wyceny pozycji 1 i 2 oferty odwołującego w sposób pozwalający na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

6. art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2019/1010 t.j.), przez prowadzenie z Borusan niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej oferty – w wariacie, w jakim zamawiający po otwarciu ofert zwróciłby się do Borusan o wskazanie co jest przedmiotem dostawy w zakresie pkt 1 i 2 oferty powyższego wykonawcy (rura z izolacją LPP czy LPE), a tym samym dopuszczenie się przez zamawiającego działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, co naruszyło interes odwołującego przez pozbawienie go wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej bądź możliwości ubiegania się o to samo zamówienie w innym nowym postępowaniu - po unieważnieniu obecnego;
7. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, mimo, że za decydującą i kluczową dla określenia przedmiotu zamówienia uznać należy przygotowany przez zamawiającego i nie podlegający zmianie przez wykonawcę opis przedmiotu zamówienia zawarty w formularzu ofertowym zasadniczy element SIWZ, bo decydujący o kształcie oświadczenia woli wykonawcy w zakresie oferty i *essentialia negotii* przyszłej umowy;
8. art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo, że złożył on ofertę najkorzystniejszą, zgodną z decydującym i kluczowym dla określenia przedmiotu zamówienia opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym przez zamawiającego w niepodlegającym zmianie przez wykonawców formularzu ofertowym, będącym zasadniczym elementem SIWZ, bo decydującym o kształcie oświadczenia woli wykonawcy w zakresie oferty i *essentialia negotii* przyszłej umowy;
bądź – w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 8 powyżej,
9. art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także odrzucenia oferty odwołującego;

- nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego bądź w razie nieuwzględnienia tego żądania, nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Dodatkowo odwołujący wniósł o:

- zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia na termin rozprawy pełnej korespondencji z wykonawcami z okresu od otwarcia ofert do przesłania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (w ilości egzemplarzy uwzględniającej ilość uczestników postępowania odwoławczego);

- przeprowadzenie dowodu z pełnej: dokumentacji postępowania, opisu przedmiotu zamówienia zawartego w pozycji 1 i 2 formularza ofertowego, a także innych postanowieniach SIWZ, a nadto ofert wykonawców, i informacji o wynikach otwarcia ofert, informacji i wyborze oferty najkorzystniejszej, dokumentacji, o której mowa we wcześniejszej jednostce redakcyjnej oraz dokumentów wskazanych w odwołaniu i do niego załączonych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia dotyczącego dostawy oczekiwanych przez zamawiającego rur stalowych dla zadania inwestycyjnego Gazociąg DN 700 Polska- Litwa odcinek południowy, objętych zakresem Umowy Ramowej. Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą, który złożył ofertę sklasyfikowaną na 2 miejscu w rankingu ofert, zaś różnica cenowa między ofertą odwołującego, a najkorzystniejszą cenowo ofertą wynosi zaledwie 1,01%. Zdaniem odwołującego wskutek wyboru oferty Borusan, która winna być odrzucona, a także wskutek odrzucenia oferty i braku wyboru jego oferty, został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia w tym konkretnym postępowaniu.

Ponadto odwołujący stwierdził, że w wariantcie w jakim można by uznać, że względu na opisane w odwołaniu naruszenia nie jest możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w tym konkretnym postępowaniu, a odwołujący posiada interes w żądaniu ewentualnym dotyczącym nakazania zamawiającemu unieważnienia niniejszego postępowania oraz w ubieganiu się o zawarcie umowy w postępowaniu przyszłym, po unieważnieniu tego obecnego. Unieważnienie postępowania, będące skutkiem wniesienia dowołania, mieści się w zakresie definicji interesu, zawartej w art. 179 ust. 1 Pzp. Przedmiotowe zagadnienie, wielokrotnie rozpatrywane było przez Krajową Izbę Odwoławczą, a w 2018 r. na kanwie wydanych przez Izbę orzeczeń, zostało ugruntowane. Punktem odniesienia dla orzecznictwa krajowego był pogląd prezentowany przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wydanych rozstrzygnięciach.

W uzasadnieniu do postawionych zarzutów odwołujący w pierwszej kolejności

wskazał, że w zakresie izolowanych zewnętrznie i malowanych wewnętrznie rur stalowych do rurociągów systemów transportowych spełniających wymagania poziomu PSL2 zgodnie z PN-EN ISO 3183 „Przemysł naftowy i gazowniczy. Rury stalowe do rurociągów systemów transportowych”, wykonanych z materiału w gatunku:

- L485 ME, o długości 16 m (+/- 0,5m) DN 700 0 711x17,5 mm L485ME PSL2 3LPP klasa B3 – pozycja 1 formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ (10.000 m) / L485 ME, o długości 16 m (+/- 0,5m) DN 700 0 711x17,5 mm L485ME PSL2 3LPE klasa B3 – pkt III a) SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia oraz pkt I 1.a. OPZ stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ (10.000 m);

- L485 ME, o długości 16 m (+/- 0,5m) DN 700 0 711x11 mm L485ME PSL2 3LPP klasa B3 – pozycja 2 formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ (20.000 m) / L485 ME, o długości 16 m (+/- 0,5m) DN 700 0 711x11 mm L485ME PSL2 3LPE klasa B3 – pkt III b) SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia oraz pkt I 1.b. OPZ stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ (20.000 m),

zachodzi rozbieżność pomiędzy wymaganiem dotyczącym materiału izolacji wskazanym w formularzu ofertowym (LPP tj. polipropylen), a wskazanym w pozostałej części SIWZ, w tym w OPZ.

Odwołujący wyjaśnił, że powyższa rozbieżność została zinterpretowana przez niego w ten sposób, że przedmiotem zamówienia jest rura w izolacji polipropylenowej (na co wskazuje zawarte w formularzu ofertowym oznaczenie „3LPP” jednoznacznie identyfikujący materiał izolacji jako polipropylen), o grubości powłoki przypisanej do symbolu „B3”. Wskazał przy tym, że znajdująca zastosowanie do niniejszego zamówienia norma PN- EN ISO 21809 - 1:2011 obejmuje swym zakresem izolację antykorozyjną, zarówno polipropylenową (LPP) jak i polietylenową (LPE), natomiast klasy A1-C3 odnoszą się do grubości powłoki. Podkreślił przy tym, że grubość powłoki określa zamawiający przede wszystkim w oparciu o znane wyłącznie jemu warunki montażu i eksploatacji rury.

W związku z tym odwołujący skonstatował, że konieczne jest więc przyjęcie w niniejszej sprawie, że zamawiający, znając konkretne uwarunkowania na docelowym placu budowy, gdzie nastąpi montaż przedmiotu zamówienia jako dostaw inwestorskich, ma prawo oczekiwać dostawy rur w trwalszej i grubszej izolacji.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że w przygotowaniu oferty, w tym wycenie pozycji 1 i 2, kierował się więc oznaczeniem typu izolacji podanym przez zamawiającego we wskazanych wyżej pozycjach formularza ofertowego, uznając, że jako element kształtujący oświadczenie woli każdego wykonawcy w zakresie składanej oferty, ma on pierwszeństwo przed pozostałą częścią SIWZ i OPZ, tym bardziej, że sam formularz ofertowy był w trakcie postępowania ponownie zbadany przez zamawiającego oraz zmieniony w części dotyczącej wagi rury

spornej w pozycji 2 formularza ofertowego. Uzasadniało to przyjęcie, że wykluczyć należy występowanie kolejnej pomyłki zamawiającego w badanej i zmienionej przez niego pozycji 2 formularza ofertowego, a tym samym także w pozycji 1 tego formularza. Mając na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził, że ustalił i podał cenę ofertową w odniesieniu do asortymentu z pozycji 1 i 2 formularza ofertowego, jako właściwą dla rury w izolacji polipropylenowej LPP o grubości powłoki właściwej dla klasy B3, przy czym wskazał, że materiał PP (polipropylen) jest droższy niż PE (polietylen). Zdaniem odwołującego w podobny sposób oferty wycenili i złożyli także wszyscy inni wykonawcy, za wyjątkiem Borusan.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że w wyniku otwarcia ofert, stwierdził, że jego oferta, sklasyfikowana na miejscu 2, w oparciu o przyjęte kryterium cenowe, jest zaledwie o 1,01% wyższa cenowo aniżeli oferta wykonawcy Borusan. W wariantcie izolacji polietylenowej, cena jego oferty byłaby niższa i to jego oferta byłaby sklasyfikowana na pozycji 1.

W ocenie odwołującego kluczowe znaczenie ma ocena który z opisów przedmiotu zamówienia ma charakter kluczowy i decydujący dla ukształtowania co w postępowaniu ma być przedmiotem oferty wykonawców i tym samym przedmiotem zamówienia oraz przedmiotem dokonanej przez wykonawców i zawartej w ofercie wyceny. Na tak postawione pytanie odwołujący udzielił odpowiedzi wskazującej, że decydująca jest treść kształtowanego wyłącznie przez zamawiającego. Powołując się na treść wyroku Izby z dnia 28 kwietnia 2015 o sygn. akt KIO 748/15 odwołujący stwierdził, że pod pojęciem oferty, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, rozumie się oświadczenie wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym będące jednostronnym zobowiązaniem wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia na rzecz zamawiającego. Idąc dalej, czytamy, iż w formularzu ofertowym zawarte są oświadczenia odnoszące się m.in. do: określenia przedmiotu zamówienia. Formularz oferty zawiera elementy przedmiotowo istotne, *essentialia negotii* przyszłej umowy. W związku z powyższym *a contrario* oferta złożona na inny przedmiot podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. W myśl art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny (zwanej dalej: „k.c.”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Omawiając kwestie związane z pojęciem oferty, trzeba się odwołać do przepisów k.c., gdyż w tym przypadku mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją - Pzp nie zawiera bowiem definicji tego pojęcia.

Zgodnie ze stanowiskiem odwołującego wypracowany i utrwalony przez orzecznictwo sposób rozumienia oferty opiera się na regulacji art. 66 § 1 k.c. Powołując się na orzecznictwo podkreślił, że oferta, jako jeden z rodzajów oświadczenia woli prowadzących

do zawarcia umowy, powinna zawierać istotne postanowienia umowy oraz, iż Izba zwracała uwagę, że treść oferty na gruncie Pzp należy rozumieć w sposób ścisły i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zobowiązanie względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy, a o rodzaju i zakresie zobowiązania wyrażonego w ofercie wykonawcy w przesądza jej treść, której materialnym substratem jest treść formularza ofertowego.

W konkluzji do tej części odwołujący stanął na stanowisku, że decydujący dla określenia przedmiotu zamówienia jest formularz ofertowy natomiast wszelkie wątpliwości dotyczące rozbieżności pomiędzy treścią formularza ofertowego i pozostałych elementów SIWZ, muszą być interpretowane na korzyść odwołującego, przy uwzględnieniu kluczowego charakteru formularza ofertowego.

Jeśli chodzi o zarzut podniesiony w pkt 1 odwołania, odwołujący wskazał, że oferta Borusan jest nieważna, przez wzgląd na niespełnienie ustawowych wymogów oferty dla umowy sprzedaży (dostawy), naruszającej zasadę swobody umów oraz dotyczącej świadczenia niemożliwego do wykonania w sposób pierwotny (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp) w związku z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 §1 i 2 k.c., 353¹, k.c. art. 66 k.c., art. 535 k.c. oraz art. 387 §1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty Borusan. Zgodnie z art. 535 k.c. przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę. Przedmiotem sprzedaży jest świadczenie sprzedawcy polegające na wydaniu umówionej przez strony rzeczy i przeniesieniu prawa własności. Zgodnie z art. 605 k.c. przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. W każdym z tych przypadków kluczowe znaczenie ma specyfikacja przedmiotu sprzedaży lub dostawy w sposób jednoznaczny, pozwalający na sprecyzowanie obowiązku sprzedawcy/dostawcy i roszczeń kupującego/odbiorcy. Zgodnie z art. 66 k.c. oferta określać ma elementy istotne danej umowy, czyli tzw. *essentialia negotii*. Zarówno przy umowie sprzedaży jak i przy umowie dostawy do takich elementów należy przedmiot (rzecz) jaka ma być dostarczona przez oferenta oblatowi. Oferta Borusan – zdaniem odwołującego – nie spełnia tego wymogu bowiem z jednej strony odwołuje się ona w pozycjach 1 i 2 do izolacji LPP, zaś w świetle informacji o wyborze oferty jest oceniona jako dotycząca izolacji LPE, przy czym jedno wyklucza drugie. W świetle treści art. 353¹ k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie, ani zasadom współżycia społecznego. Ukształtowanie oferty a następnie całego stosunku obligacyjnego w taki sposób, że jego

treść lub cel pozostają w sprzeczności z ustawą, z zasadami współżycia społecznego lub właściwością zobowiązania, wywołuje skutki określone w art. 58 k.c. tj. nieważność czynności prawnej. Nieważność ta odnosi się do samej oferty Borusan, która nie spełnia wymogu *essentialia negotii* w zakresie przedmiotu dostawy, gdyż ostatecznie, w świetle dysonansu pomiędzy literalną treścią oferty oraz jej kwalifikacją przez zamawiającego jako dotyczącej rur w izolacji LPE, nie wiadomo co jest przedmiotem oferowanego świadczenia. Przedmiotem zamówienia mogą być tylko jedne rury - albo w izolacji LPP albo w izolacji LPE. Oferta w niniejszym postępowaniu nie może być ofertą wariantową (pkt VI SIWZ). Skoro w pozycjach 1 i 2 może ona dotyczyć tylko jednego przedmiotu tj. albo rury w izolacji LPP albo rury w izolacji LPE, a Borusan w konsekwencji porównania treści oferty złożonej na formularzu z jej kwalifikacją przez zamawiającego, albo zaproponował oba te przedmioty albo zaproponował jeden ale nie wiadomo z jaką izolacją, to oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z naturą umowy sprzedaży/dostawy, ustawą i zasadami współżycia społecznego, a zatem jest nieważna i nie może też doprowadzić do zawarcia ważnej umowy. Co więcej, wynikający z kwalifikacji zamawiającego brak jednoznaczności przedmiotu świadczenia zaproponowanego przez Borusan w ofercie powoduje, że przedmiot świadczenia nie może być zrealizowany z przyczyn pierwotnych. Zgodnie z art. 387 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Co do zarzutu wskazanego w pkt 2 odwołania, odwołujący wyjaśnił, że oferta Borusan jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż jako decydujący i kluczowy dla określenia przedmiotu zamówienia uznać należy przygotowany przez zamawiającego i nie podlegający zmianie przez wykonawcę opis przedmiotu zamówienia zawarty w formularzu ofertowym, stanowiący zasadniczy element SIWZ, bo decydujący o kształcie oświadczenia woli wykonawcy w zakresie oferty i *essentialia negotii* przyszłej umowy. Przy przyjęciu, jak chce tego zamawiający, że Borusan nie złożył oferty w zakresie pozycji 1 i 2 na rury w izolacji LPP, lecz na rury w izolacji LPE, co wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, datowanej na 5 marca 2020 roku, oferta ta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

Przechodząc do uzasadnienia dla kolejnych zarzutów odwołujący wskazał, że dla oceny zarzutów zawartych w pkt 3-6 istotne były następujące okoliczności:

- w dniu 12 lutego 2020 r. o godz. 11.00 odbyło się odczytanie ofert. Ze strony zamawiającego obecne były trzy osoby, w tym informatyk, który pomagał przy odszyfrowywaniu ofert. Spośród wykonawców obecni byli przedstawiciele: odwołującego, Salzgitter Mannesmann Stahihandel Sp. z o. o. oraz Izostal S.A.;
- odczytane zostały oferty czterech wykonawców tj. Ferrum SA, Uniset Rury Stalowe - Steel Pipes J. G., Salzgitter Mannesmann Stahihandel Sp. z o.o. oraz Izostal S.A. Wówczas jedna

z osób z ze strony zamawiającego powiedziała, że jeszcze jest jedna oferta do odczytania. Odwołujący zapytał czy to oferta turecka. Pan informatyk powiedział, że nie może powiedzieć czyja, ale ten wykonawca w dniu wczorajszym kontaktował się z zamawiającym i zadał pytanie. Po otwarciu oferty okazało się, że jest to oferta Borusan.

Powyższe w ocenie odwołującego, w świetle zasad doświadczenia życiowego oraz faktu, iż wszyscy inni wykonawcy włącznie z odwołującym spotkali się z odrzuceniem ich ofert ze względu na to, że zgodnie z treścią formularza ofertowego dotyczyły one w pozycjach 1 i 2 rur w izolacji LPP, nakazuje przyjąć, że:

- wykonawca, którego oferta została wybrana kontaktował się z zamawiającym przed złożeniem oferty otwarcia ofert;
- wykonawca, którego oferta została wybrana miał co najmniej wątpliwości co do oczekiwanego przez zamawiającego przedmiotu świadczenia;
- w wyniku kontaktu uzyskał pewność, że nie poniesie straty na wycenie pozycji 1 i 2 formularza ofertowego z uwzględnieniem tańszej izolacji LPE, co dało mu przewagę nad pozostałymi wykonawcami, w tym odwołującym, którzy wycenili ofertę w pozycjach 1 i 2 z uwzględnieniem izolacji LPP.

W ocenie odwołującego, zamawiający wbrew oczywistym przesłankom do zmiany SIWZ i przesunięcia terminu składania ofert, nie tylko pominął formę pisemną komunikacji z wykonawcą tureckim, ale zaniechał pisemnej komunikacji z odwołującym, tj. nie poinformował go o pytaniu i odpowiedzi, a nadto nie zmienił treści formularza ofertowego i nie przedłużył terminu składania ofert. W powyższym zakresie, ze względu na skutek powyższych nieprawidłowości nie ma znaczenia, że pytanie tureckiego oferenta wpłynęło po upływie terminu z art. 38 Pzp. Waga problemu nakazywała zamawiającemu wdrożenie tych wszystkich działań, które wskazano powyżej.

W ten sposób doszło – zdaniem odwołującego – do naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp w związku z art. 9 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 2, 4 i 6 Pzp i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez:

- prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę legalizmu, pisemności, a w konsekwencji równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i przejrzystości przez komunikowanie się z wykonawcą Borusan, z pominięciem formy pisemnej oraz z pominięciem odwołującego, przed złożeniem i otwarciem ofert, w kwestii przedmiotu zamówienia podanego przez zamawiającego pod pozycjami 1 i 2 formularza ofertowego, co umożliwiło Borusan jako jedynemu wykonawcy wycenienie i złożenie oferty na rury w izolacji LPE a nie w droższej izolacji LPP (w zakresie pozycji 1 i 2 formularza ofertowego);
- zaniechanie zmiany SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w pozycjach 1 i 2

formularza ofertowego, pomimo istnienia uzasadnionego przypadku dla takiej zmiany;

- zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, mimo, że niezbędne było dokonania zmiany SIWZ w powyższym zakresie oraz dokonanie zmian w ofercie odwołującego, polegających na wskazaniu w powyższych pozycjach oferty odwołującego rur w izolacji LPE z właściwą dla tej izolacji wyceną powyższego przedmiotu zamówienia tj. podaniem dla pozycji 1 i 2 oferty odwołującego ceny niższej, adekwatnej dla rur w tańszej izolacji LPE;

- zaniechanie podania do wiadomości odwołującego, że oczekiwany przez zamawiającego przedmiot zamówienia ujęty w pozycjach 1 i 2 formularza ofertowego to rury w izolacji LPE, a nie droższej izolacji LPP, jak też zaniechanie podania do wiadomości odwołującego zmiany SIWZ i terminu składania ofert;

- a tym samym dopuszczenie się przez zamawiającego działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, co naruszyło interes odwołującego przez pozbawienie go możliwości określenia w tym wyceny pozycji 1 i 2 oferty odwołującego w sposób pozwalający na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W opinii odwołującego okoliczności wyżej wskazane, nakazują nadto odrzucenie oferty Borusan jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, a także art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) i jako niezgodnej z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp). W wariacie, w jakim okazałoby się, że zamawiający kontaktował się z Borusan po otwarciu ofert w celu potwierdzenia jakiego przedmiotu zamówienia dotyczy oferta tego wykonawcy w pozycji 1 i 2 (tj. z izolacją LPP czy LPE), zasadny byłby nadto zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez prowadzenie z Borusan niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej oferty a tym samym działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, co naruszyło interes odwołującego pozbawiając go wyboru oferty bądź możliwości ubiegania się o to samo zamówienie w innym nowym postępowaniu – po unieważnieniu obecnego.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że ze względu na to, iż za decydujący i kluczowy dla określenia przedmiotu zamówienia uznać należy przygotowany przez zamawiającego i nie podlegający zmianie przez wykonawcę opis przedmiotu zamówienia zawarty w formularzu ofertowym, który decyduje o kształcie oświadczenia woli wykonawcy w zakresie oferty i *essentialia negotii* przyszłej umowy, uznać należy, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, a także art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego na gruncie stanu faktycznego i prawnego niniejszego postępowania, szczególnego znaczenia nabierają wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące

udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich (komunikat z dnia 24 lipca 2019 r.). W tym kontekście odwołujący stwierdził, że w marcu 2019 r. Komisja Europejska i Wysoki Przedstawiciel Unii do Spraw Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa przyjęli wspólny komunikat do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej i Rady pt. „UE-Chiny - perspektywa strategiczna” („komunikat”), w którym stwierdzono, że UE potrzebuje proaktywnego podejścia, aby wzmocnić swoją konkurencyjność i zapewnić równe warunki działania. Wskazano, że w relacjach gospodarczych UE powinna nadal dążyć do uzyskania bardziej wyrównanych warunków opartych na zasadzie wzajemności. Duże znaczenie w tej kwestii mają zamówienia publiczne, które odpowiadają za około 14% unijnego produktu krajowego brutto. Podkreślono, że ustanowienie jednolitego rynku udzielania zamówień publicznych jest jednym z głównych osiągnięć rynku wewnętrznego. Ogłaszanie przetargów w całej UE zapewnia przejrzystość i tworzy możliwości dla przedsiębiorstw we wszystkich państwach Unii. Skuteczniejsze wdrażanie przepisów w przypadku oferentów zagranicznych ma zagwarantować zachowanie najwyższych standardów jakości na wszystkich etapach procedury, dobry stosunek wartości do ceny, zrównoważony charakter projektów oraz równe warunki działania dla przedsiębiorstw z UE i spoza UE, które uczestniczą w procedurach udzielania zamówień publicznych. Komisja zobowiązała się zatem do „opublikowania wytycznych w sprawie ram prawnych dotyczących udziału zagranicznych oferentów w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów zagranicznych, przy uwzględnieniu unijnych i międzynarodowych zasad regulujących udzielanie zamówień publicznych, w tym w przypadku rażąco niskich ofert, oraz przestrzegania norm bezpieczeństwa, pracy i norm środowiskowych” (działanie 7). Słusznie podkreślono, iż w odniesieniu do oferentów, towarów i usług z państw trzecich nie zawsze obowiązują te same lub równoważne normy środowiskowe lub społeczne lub normy pracy, które obowiązują wykonawców z UE. Oferenci z państw trzecich mogą też nie podlegać rygorystycznym zasadom pomocy państwa podobnym do tych obowiązujących w UE. Może to spowodować, że oferenci, towary i usługi z UE znajdą się w mniej korzystnej sytuacji. Unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych należy stosować w sposób zapewniający, aby oferenci z UE i państw trzecich spełniali te same lub równoważne normy i wymogi. Podano, że rozwiązanie problemu zakłóceń na europejskich rynkach zamówień publicznych będących wynikiem subsydiów państw trzecich lub innych form finansowania wspieranego przez państwo prawdopodobnie będzie wymagać wielowymiarowej interwencji. Stosowanie przepisów dotyczących rażąco niskich ofert jest w tym kontekście kluczowe, ale może nie wystarczyć i może istnieć konieczność przeprowadzenia dalszej analizy. W komunikacie przywołano również zobowiązanie Komisji do zapewnienia wzajemności w dostępie do

zagranicznych rynków zamówień publicznych. Na przestrzeni lat UE w znacznym stopniu otworzyła swoje rynki zamówień publicznych przed państwami trzecimi, ale unijne przedsiębiorstwa często napotykają trudności w uzyskaniu dostępu do możliwości pozyskiwania zamówień publicznych na niektórych rynkach zagranicznych. W 2016 r. Komisja przedstawiła zmieniony wniosek w sprawie instrumentu dotyczącego udzielania zamówień publicznych w kontekście międzynarodowym, który jeżeli zostanie przyjęty, otworzy przed naszymi przedsiębiorstwami drzwi i pozwoli im konkurować na równych warunkach z przedsiębiorstwami spoza UE. Zobowiązując się do podjęcia działań przedstawionych w komunikacie, Komisja potwierdziła, że zależy jej na wspieraniu uczciwej konkurencji i równych warunków działania, na rynku wewnętrznym w dziedzinie zamówień publicznych. Komisja zwróciła szczególną uwagę na problem niskiej ceny ofert wykonawców z państw trzecich i konieczność badania przez zamawiających tego problemu oraz wyciągania stosownych konsekwencji. Drugim z kluczowych problemów poruszonych w publikacji jest kwestia jakości dostaw. Komisja podkreśliła, że stosowanie wysokich standardów jakości ma zasadnicze znaczenie dla organów rządowych centralnego i lokalnego szczebla, aby mogły reagować na wyzwania społeczne, środowiskowe i gospodarcze. Kwestie dotyczące jakości mogą również zagwarantować, że wykonawcy zarówno z UE, jak i z państw trzecich, będą przestrzegać norm środowiskowych, społecznych i norm dotyczących pracy, a towary będą z nimi zgodne. Jasne standardy jakości powinny umożliwiać uczestnictwo na równych warunkach możliwie największej liczbie oferentów. Wszyscy oferenci powinni podlegać jednakowym standardom kryteriom i wymogom, niezależnie od miejsca ich pochodzenia. Jasno określone standardy jakości pomagają nabywcom publicznym w tworzeniu właściwych warunków dla wszystkich oferentów, by umożliwić im otwartą i sprawiedliwą konkurencję. Rada Europejska wyraziła poparcie wobec podejścia Komisji i wezwała Unię do podjęcia działań, aby „chronić swoje interesy w obliczu nieuczciwych praktyk państw trzecich, w pełni wykorzystując instrumenty ochrony handlu i nasze przepisy dotyczące zamówień publicznych, a także zapewniając faktyczną wzajemność z państwami trzecimi w zakresie zamówień publicznych”. Podkreśliła również, że „należy zapewnić uczciwą konkurencję w ramach jednolitego rynku i na szczeblu globalnym, zarówno w celu ochrony konsumentów, jak i na potrzeby wspierania wzrostu gospodarczego i konkurencyjności, zgodnie z długofalowymi interesami strategicznymi Unii”. Komisja Europejska dostrzegła więc potrzebę ochrony rynku europejskiego, zaś Rada Europejska wyraziła poparcie wobec podejścia Komisji i wezwała Unię do podjęcia działań, aby „chronić swoje interesy w obliczu nieuczciwych praktyk państw trzecich, w pełni wykorzystując instrumenty ochrony handlu i nasze przepisy dotyczące zamówień publicznych, a także zapewniając faktyczną wzajemność z państwami trzecimi w zakresie

zamówień publicznych”.

W niniejszej sprawie w ocenie odwołującego istnieją uzasadnione obawy co do przestrzegania powyższych zasad przez zamawiającego. Wręcz przeciwnie, odwołujący wskazał na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców unijnych w stosunku do wykonawcy z państwa trzeciego.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że w razie przyjęcia, że wadliwość czynności zamawiającego w postępowaniu nie pozwala na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy takiej nie można zawrzeć ze względu na nieporównywalność ofert, zachodziłaby konieczność unieważnienia postępowania, co umożliwiłoby odwołującemu ubieganie się o to samo zamówienie w nowym, wolnym od wad postępowaniu. Rozpisanie takiego nowego postępowania jest w ocenie odwołującego nieuniknione ze względu na działania inwestycyjne zamawiającego w zakresie budowy gazociągu Polska - Litwa oraz brak możliwości wytworzenia przez zamawiającego rur we własnym zakresie. Zamawiający może pozyskać rury wyłącznie w drodze nabycia ich od podmiotu trzeciego, w ramach sektorowego zamówienia publicznego. Odwołujący wyjaśnił, że w wyroku z dnia 5 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 356/12, Izba odniosła się do przypadku, w którym zamawiający unieważnił postępowanie, uzasadniając to faktem, iż dopiero po otwarciu ofert i zapoznaniu się z proponowanymi produktami, doszedł do wniosku, że w sposób niedostateczny opisał przedmiot zamówienia, a w szczególności warunki uznawania oferowanych produktów za równoważne. Odwołujący kwestionował zasadność unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Jak podkreślano, katalog okoliczności nieważności umowy, a zatem następstwa powołania się na art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, został zawarty w art. 146 ust. 1 Pzp. Przesłanka użyta przez zamawiającego nie znajduje natomiast odzwierciedlenia w przywołanym przepisie. Izba stanęła jednak na stanowisku, że postępowanie zamawiającego należy uznać za prawidłowe. Celem zamawiającego było zapewnienie kompatybilności zamawianych produktów z już funkcjonującą bazą danych oraz systemem informatycznym. Jeśli zatem, wskutek nie dość dokładnego opisu przedmiotu zamówienia, istniało ryzyko, że zakupiony produkt nie będzie kompatybilny z już posiadanymi systemami, to decyzja o unieważnieniu postępowania była jak najbardziej słuszna. Bez wątpienia, zaistniała na tym etapie postępowania wada była niemożliwa do usunięcia, a zamawiający wykazał korelację pomiędzy jej wystąpieniem a niemożnością podpisania umowy. W opinii Izby, możliwość uznania umowy za nieważną z przyczyn leżących po stronie zamawiającego nie ogranicza się do przesłanek zapisanych w art. 146 ust. 1 Pzp. Należy także zwrócić uwagę na przepis art. 146 ust. 6 Pzp. Zdaniem Izby, skoro Prezes UZP ma prawo zwrócić się do sądu o unieważnienie umowy, to zamawiający, działając na zasadzie samokontroli, może, a nawet

powinien, samodzielnie dokonać unieważnienia postępowania, które prowadziłyby do zawarcia nieważnej umowy, choćby przesłanki tej nieważności nie wynikały z art. 146 ust. 1 Pzp.

Na marginesie odwołujący wskazał, że oferta Borusan nie spełnia także wymogów formalnych w zakresie wykazania umocowania osób podpisanych pod tą ofertą, do reprezentacji powyższego wykonawcy i także z tego powodu podlega odrzuceniu. Dokumenty stanowiące załączniki do oferty powyższego wykonawcy, jak również dokumenty z oferty powyższego wykonawcy do umowy ramowej nie pozwalają na uznanie, że pełnomocnictwo z dnia 11 lutego 2020 roku zostało udzielone Panu E. I. przez powyższą spółkę, zgodnie z zasadami reprezentacji. I tak:

- pełnomocnictwo z dnia 11 lutego 2020 r. jest podpisane przez Panów O. K. i U. O. . „Okólnik dotyczący podpisów nr 15”, z dnia 10 maja 2019 r., który określa podmioty reprezentujące spółkę jest opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym wyłącznie przez Pana E. I. . Do oferty powyższego wykonawcy nie dołączono ani uchwały, na która powołuje się okólnik ani też dokumentu rejestrowego, a jest to spółka turecka, nie wpisana do KRS. Brak ten nie może zostać uzupełniony dokumentami stanowiącymi załączniki od oferty do umowy ramowej bowiem, oferta do umowy ramowej, jako załącznik zawiera „Okólnik o wzorze podpisów nr 14” z dnia 11 czerwca 2018 r. , zatem jest to inny dokument, wcześniejszy, który w dacie złożenia oferty był nieaktualny bowiem został zastąpiony „Okólnikiem dotyczącym podpisów nr 15”, a nadto dokumenty rejestrowe powyższego wykonawcy z daty poprzedzającej wystawienie „Okólnika dotyczącego podpisów nr 15” oraz wystawienie pełnomocnictwa z dnia 11 lutego 2020 r.;

- zgodnie z art. 26 3a Pzp Zamawiający nie wzywa wykonawcy do złożenia stosowanych dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, a z takimi właśnie koniecznymi działaniami mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Borusan, natomiast po stronie odwołującego przystąpienie zgłosili wykonawcy FERRUM S.A. z siedzibą w Katowicach oraz IZOSTAL S.A. z siedzibą w Kolonowskim.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się w dniu 1 czerwca 2020 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nim zarzutów i wniosków, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie oraz o zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania – w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał na brak interesu po stronie FERRUM S.A. i Izostal S.A. w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. W tym zakresie wyjaśnił, że przystąpienie ww. wykonawców należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 185 ust. 2 Pzp, bowiem nie mają oni interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla odwołującego, tj. unieważnienia wyboru oferty Borusan, a następnie wyboru oferty odwołującego. Powyższe zdaniem zamawiającego nie zmieni ich sytuacji w taki sposób, aby umożliwić im uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem. Zamawiający zwrócił uwagę, że przede wszystkim przystąpienie może zgłosić wykonawca, tj. podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 11 Pzp), podczas gdy oferty obu wykonawców zostały odrzucone, a co nie zostało przez nich zakwestionowane w drodze osobnego odwołania. Tym samym negatywna ocena ich ofert stała się ostateczna. Natomiast zgodnie z orzecznictwem Izby wykonawca, którego oferta została odrzucona, nie może przystąpić do postępowania odwoławczego po stronie innego wykonawcy (odwołującego), jeżeli sam nie zaskarżył czynności odrzucenia własnej oferty – w takim bowiem przypadku nie posiada już przymiotu wykonawcy, tj. podmiotu dalej ubiegającego się o udzielenie danego zamówienia (zob. wyrok z 9 listopada 2014 r., KIO 1761/14, wyrok z 30 września 2016 r. KIO 1594/16, KIO 1603/16, KIO 1616/16, KIO 1617/16). Powyższe wynika też wprost z brzmienia obowiązujących przepisów: o ile zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp odwołanie może złożyć także inny podmiot, to już możliwość zgłoszenia przystąpienia ustawodawca zaważył wyłącznie do wykonawcy. Dlatego chociażby z tej przyczyny oba zgłoszone przystąpienia należy uznać za niedopuszczalne.

Odnosząc się zaś kolejno do argumentów przywołanych w pismach ww. wykonawców, zamawiający stwierdził, że w żadnym wypadku nie wykazują one, aby mieli oni interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla odwołującego. W istocie bowiem interesy tych podmiotów – jako konkurencyjnych wykonawców – są przeciwstawne.

Jak zauważył zamawiający w piśmie Izostal S.A. jako pierwszy z argumentów wskazano, że interes ten wyraża się w trosce tego wykonawcy o udzielanie zamówień zgodnie z obowiązującymi przepisami w kolejnych postępowaniach. W swoim orzecznictwie Izba wielokrotnie stwierdzała jednak, że środki ochrony prawnej nie służą – ogólnemu nadzorowi działań zamawiających, lecz nakierowane są jedynie na ochronę interesu wykonawców. Podobnie też przystąpienie do postępowania odwoławczego ma na celu wyłącznie ochronę interesu danego wykonawcy w danym postępowaniu, a nie zapewnienie prawidłowości ewentualnych działań zamawiającego w przyszłości (zob. wyrok z 13 kwietnia 2016 r. KIO 453/16, KIO 454/16). Tymczasem ww. wykonawcy nie zaskarżyli czynności odrzucenia ich ofert, a zatem popieranie odwołania swojego konkurenta w celu wyboru jego oferty w żaden sposób nie przysłuży się ich interesowi.

Ponadto w ocenie zamawiającego obaj wykonawcy niezasadnie wywodzą również, że ich interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego polega na unieważnieniu postępowania i możliwości ubiegania się o to samo zamówienie w ramach kolejnego postępowania. W przypadku pisma Izostal S.A. powołano się w tym zakresie wybiórczo na stanowisko Izby, jednocześnie pomijając, że z orzecznictwa KIO wynika jednoznacznie, że tak rozumiany interes – umożliwiający domaganie się unieważnienia postępowania w celu ubiegania się o kolejne zamówienie – nie występuje w przypadku wykonawcy, który już został ostatecznie wykluczony z postępowania lub którego oferta została ostatecznie odrzucona (zob. wyrok z 17 maja 2018 r. KIO 840/18). Całkowicie bezpodstawne jest bowiem założenie, że w przypadku unieważnienia postępowania zamawiający ponowi działania w celu udzielenia zamówienia na ten sam zakres rur, który zdaniem odwołującego dotyczy obecnego przedmiotu zamówienia. Jak bowiem wykazano w dalszej części pisma, przedmiot zamówienia obejmuje nabycie m.in. dwóch rodzajów rur o określonych parametrach (rur o dwóch różnych średnicach o długości 16 m DN 700 L485ME PSL2 3LPE klasa 83), których zarówno odwołujący jak i wykonawcy zgłaszający przystąpienie po jego stronie nie zaoferowali. Jednocześnie odwołujący domaga się wyboru jego oferty, która dotyczy jednak innego zakresu dostaw (tj. rur o zbliżonych parametrach, lecz z izolacją wykonaną z polipropylenu, z oznaczeniem 3LPP). Zamawiający zastrzegł, że nawet gdyby doszło do unieważnienia postępowania, to ewentualne nowe postępowanie nie będzie dotyczyło nabycia zaoferowanych przez odwołującego i wykonawców zgłaszających przystąpienie po jego stronie rur z izolacją polipropylenową (3LPP), lecz rur z izolacją polietylenową (3LPE), których ww. wykonawcy nie oferują (taka okoliczność nie wynika ani ze złożonych przez nich ofert, ani z treści pism zgłaszających przystąpienie). Tym samym nie wykazali oni, aby w hipotetycznie ponowionym postępowaniu mieli szansę na uzyskanie zamówienia, co ewentualnie mogłoby potwierdzać interes w żądaniu unieważnienia obecnego postępowania (zob. wyrok z 23 grudnia 2019 r. KIO 2481/19). Powyższe uwagi dotyczą w tym samym stopniu zarówno interesu odwołującego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, jak też interesu przystępujących, określonego w art. 185 ust. 2 Pzp (zob. wyrok z 14 lutego 2017 r. KIO 261/17).

Odnosząc się zaś do argumentacji FERRUM S.A., zamawiający zwrócił uwagę, że nietrafny jest pogląd, jakoby ponowienie postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej mogłyby zwiększyć szanse tego wykonawcy na uzyskanie zamówienia. W złożonym piśmie jedynym uzasadnieniem takiej tezy o zwiększeniu szans jest „ewentualne niezpełnienie dokumentów” przez kolejnego wybranego wykonawcę (tj. odwołującego), co potencjalnie mogłoby umożliwić wybór następnej oferty z rankingu. Zwrócić zatem należy uwagę, że wszystkie wymagane dokumenty zostały złożone albo na etapie zawierania umowy ramowej

(szczególnie tzw. dokumenty podmiotowe) albo wraz ze złożonymi ofertami – nie jest wobec tego jasne, jakich jeszcze innych dokumentów odwołujący (jako wybrany wykonawca) mógłby nie złożyć, co skutkowałoby wyeliminowaniem jego oferty. W istocie oferty wszystkich wykonawców są kompletne i jedyny możliwy wynik postępowania to albo utrzymanie wyboru Borusan, albo wybór oferty odwołującego – w żadnym jednak wypadku ww. wykonawcy nie uzyskaliby tego zamówienia.

Na koniec zamawiający zauważył, że interesy odwołującego i wykonawców zgłaszających przystąpienie po jego stronie są rozbieżne. O ile bowiem odwołujący domaga się przywrócenia swojej oferty, a jedynie ewentualnie (w drugiej kolejności) – unieważnienia postępowania, to interes pozostałych wykonawców wyraża się wyłącznie w unieważnieniu, zaś w żadnym wypadku nie pokrywa się z pierwszorzędym żądaniem odwołującego, mającym umożliwić wybór jego oferty. Tymczasem art. 185 ust. 2 Pzp nie przewiduje „częściowego przystąpienia” po jednej ze stron – albo zakres interesu zgłaszającego przystąpienie pokrywa się z interesem odwołującego i wówczas przystąpienie jest dopuszczalne, albo zakresy te nie są zbieżne (w niniejszym przypadku są ewidentnie przeciwstawne), co wyklucza możliwość skutecznego przystąpienia (zob. wyrok z 7 marca 2016 r. KIO 235/16). W związku z powyższym zamawiający stwierdził, że jego opozycję wobec przystąpienia Izostal S.A. i FERRUM S.A. należy uznać za uzasadnioną.

Jeśli chodzi o brak podstaw do odrzucenia oferty Borusan zamawiający wyjaśnił, że zarzuty odwołania dotyczą w istocie tylko jednej kwestii: rozbieżności pomiędzy oznaczaniem rur konsekwentnie używanym w całej dokumentacji przetargowej i omyłkowym wskazaniu innego oznaczenia jednego parametru wyłącznie w formularzu ofertowym. W celu uporządkowanego przedstawienia istotnych dla sprawy okoliczności zamawiający zwrócił uwagę, że dokumentacja przetargowa jednolicie i konsekwentnie wskazywała, że przedmiotem zamówienia są objęte (m.in.) dostawy 10.000 m rur o długości 16 m DN 700 711x17,5 mm L485ME PSL2 3LPE klasa B3 oraz 20.000 m rur o długości 16 m DN 700 711x11 mm L485ME PSL2 3LPE klasa B3, co jednoznacznie wynikało z następujących postanowień:

- 1) pkt III.1 lit. a) i b) SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia”, str. 3);
- 2) pkt VII SIWZ („Termin realizacji zamówienia”, str. 4 i 5);
- 3) pkt I ppkt 1 OPZ („Opis przedmiotu zamówienia”, str. 1);
- 4) pkt II OPZ („Termin wykonania zamówienia i miejsce dostaw”, str. 1-2).

Natomiast jedynie w wzorze formularza oferty w pierwszych dwóch rubrykach dotyczących wyceny dostawy ww. rur wskazano oznaczenie DN 700 711x17,5 mm L485ME PSL2 3LPP klasa B3 oraz DN 700 711x11 mm L485ME PSL2 3LPP klasa B3.

Jednocześnie dla wyjaśnienia zamawiający wskazał, że użyte w opisie rur skróty mają następujące znaczenie:

- 1) DN 700 – średnica nominalna rury;
- 2) 711x17 mm – średnica zewnętrzna x grubość ścianki;
- 3) L485ME – gatunek wykorzystanego materiału (taśma lub blacha walcowana termomechanicznie o granicy plastyczności min 485 MPa);
- 4) PSL2 (ang. *Product Specification Level*) – określenie poziomu właściwości chemicznych i mechanicznych wykorzystanego materiału;
- 5) 3LPE – rodzaj izolacji rury (izolacja trójwarstwowa wykonana z polietylenu);
- 6) klasa B3 – klasa izolacji (określa zakres wytrzymałości na temperatury oraz minimalną grubość danej izolacji).

Już zatem pobieżna lektura dokumentacji przetargowej przez osobę nieposiadającą fachowego przygotowania nakazywała przyjąć, że określenie „3LPP” (dotyczące polipropylenu – PP) w pozycji 1 i 2 formularza oferty stanowi oczywistą omyłkę pisarską, bowiem ewidentnym zamiarem zamawiającego jest nabycie rur polietylenowych – PE, dla których właściwym oznaczeniem, używanym konsekwentnie w SIWZ i OPZ, jest „3LPE”.

Kwestie te – zdaniem zamawiającego – powinny być tym bardziej oczywiste dla profesjonalisty, zawodowo zajmującego się produkcją lub dystrybucją tego rodzaju urządzeń. Ponieważ w niniejszym przypadku wątpliwości dotyczą jedynie przedostatniego z użytych oznaczeń, tj. 3LPE (polietylen) lub 3LPP (polipropylen), zatem zamawiający wyjaśnił, że dostarczane rury powinny być zgodne z normą PN-EN ISO 21809 – 1:2011 (por. pkt III.1 SIWZ), wymagającą, aby:

- 1) izolacja polietylenowa (PE) posiadała klasę izolacji od A1 do B3;
- 2) izolacja polipropylenowa (PP) posiadała klasę izolacji od C1 do C3;

- co miały ilustrować tabele będące częścią opisu normy, umieszczone w odpowiedzi na odwołanie.

Podsumowując wymagania dotyczące ww. normy zamawiający stwierdził, że rura o oznaczeniu „3LPP klasa B3” nie jest zgodna z normą PN-EN ISO 21809 – 1 :2011. Klasa B dotyczy bowiem wyłącznie rur z izolacją polietylenową (PE). Tym samym już samo wskazanie w formularzu ofertowym na izolację klasy B przesądzało, że przedmiot dostaw dotyczy rur z izolacją polietylenową (PE) – bowiem tylko izolacja wykonana z tego materiału spełnia wymogi klasy B zgodnie z przywołaną normą.

Kwestia ta miała w ocenie zamawiającego kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, podczas gdy odwołujący odniósł się do niej bardzo lakonicznie. W odwołaniu bowiem pominięto, że rury wykonane z polipropylenu zgodne z normą PN-EN ISO 21809 – 1:2011 powinny mieć klasę izolacji od C1 do C3. Co więcej, to właśnie wskazanie w ofercie

rury z polipropylenu o klasie izolacji jedyne B3 potwierdza zaoferowanie rury niezgodnej z ww. normą, a zatem niezgodną z treścią SIWZ – co właśnie było przyczyną odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający wskazał także, że nie można zgodzić się z poglądem odwołania, jakoby treść formularza ofertowego miała przesądzające znaczenie dla ustalenia, co jest objęte przedmiotem zamówienia. Nie wynika to ani z przepisów Pzp, ani w szczególności z żadnego z przywołanych w odwołaniu orzeczeń. W istocie bowiem Izba wielokrotnie wskazywała, że treść SIWZ (tak samo jak treść oferty) podlega wykładni zgodnie z dyrektywą zawartą w art. 65 § 1 k.c., dlatego w przypadku wątpliwości zawsze należy dokonać analizy całej dokumentacji w celu ustalenia, jaki jest rzeczywisty zamiar zamawiającego co do przedmiotu zamówienia (zob. m.in. wyrok z 31 marca 2014 r. KIO 503/14, wyrok z 17 października 2017 r. KIO 2055/17, KIO 2063/17). Jeżeli zatem można było mieć jakiegokolwiek wątpliwości, czy przedmiot zamówienia obejmuje dostawę 10.000 m rur o długości 16 m DN 700 711x17,5 mm oraz 20.000 m rur o długości 16 m DN 700 711x11 mm wykonanych z polipropylenu czy z polietylenu, to wówczas – w oparciu o dyrektywę wynikającą z art. 65 § 1 k.c. oraz całość dokumentacji przetargowej – należało uznać, że chodzi o rury wykonane z polietylenu (3LPE), zaś wskazanie tylko w jednym miejscu na polipropylen (3LPP) jest oczywistą omyłką pisarską. Jeśli jednak powyższe wciąż nie pozwalało rozstrzygnąć wątpliwości, wówczas odwołujący powinien był skierować do zamawiającego wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ (wykonawcy zresztą z tej możliwości skorzystali, zwracając uwagę zamawiającemu m.in. na rozbieżność w określeniu terminu związania ofertą pomiędzy SIWZ a formularzem oferty czy też domagając się zmian parametrów technicznych nabywanych rur). Zwrócenie się z takim wnioskiem jest nie tylko uprawnieniem wykonawców, lecz w określonych przypadkach postrzegane jest wręcz jako obowiązek spoczywający na tych podmiotach, jako profesjonalistach, którzy powinny działać z należytą starannością (zob. wyrok z 22 lipca 2019 r. KIO 1238/19). Zamawiający nie zakłada bowiem, aby odwołujący złożył ofertę w oparciu o treść samego formularza ofertowego i bez nawet pobieżnej analizy SIWZ oraz OPZ. W opinii zamawiającego nawet gdyby przychylić się do całkowicie chybionej tezy odwołującego o rzekomo nadrzędnym charakterze formularza ofertowego, to należy zwrócić uwagę, że oprócz omyłkowego wskazania na oznaczenie „3LPP” w pierwszych dwóch rubrykach tabeli, w dalszej części formularza zawarto następujący passus: „4. OŚWIADCZAMY, że *dostarczony przedmiot będzie Zamówienia będzie spełniał wszelkie wymagania określone w załączniku nr 1 do SIWZ [tj. OPZ — przyp. własny]. 5 OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją i uznajemy się za związanych określonymi w niej postanowieniami i zasadami Postępowania oraz zdobyliśmy konieczne informacje niezbędne potrzebne do prawidłowego przygotowania*

oferty". Tym samym sam formularz wyraźnie odsyłał do wymagań określonych w SIWZ i OPZ, a zatem w żadnym wypadku nie można twierdzić, że oznaczenie rur wskazane w tabeli cenowej powinno mieć pierwszeństwo przed pozostałymi postanowieniami SIWZ, skoro na kolejnej stronie formularza wykonawca oświadczył, że dostarczy rury zgodne ze specyfikacją (zob. przywołany w odwołaniu wyrok z 20 lutego 2017 r. KIO 236/17). Co więcej, sam wzór formularza cenowego stanowił integralną część specyfikacji, zatem wywody o rzekomej odrębności formularza, od pozostałej części dokumentacji były całkowicie chybione. Formularz ofertowy służył przygotowaniu i złożeniu oferty (w tym umożliwieniu obliczenia ceny – zob. pkt XVII.1 SIWZ), a nie doprecyzowaniu przedmiotu zamówienia. Z tych wszystkich przyczyn ofertę Borusan zdaniem zamawiającego należy uznać za prawidłową. Jak wynika bowiem z udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień z dnia 25 lutego br., jego zamiarem było zaoferowanie rur L485ME PSL2 3LPE klasy B3, tj. rur zgodnych z SIWZ. Dlatego też w opinii zamawiającego bezzasadne były wywody odwołującego, jakoby oferta wybranego wykonawcy była nieważna, ponieważ nie wynika z niej, czy obejmuje dostawę rur polietylenowych czy polipropylenowych lub też że stanowi niedopuszczalną ofertę wariantową. Przeciwnie, oferta Borusan w świetle treści SIWZ i udzielonych wyjaśnień jasno wskazywała, że dotyczyła rur zgodnych z wymogami zamawiającego, jednoznacznie wyartykułowanymi w opisie przedmiotu zamówienia, podczas gdy to właśnie oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ, bowiem przewiduje dostawę rur niezgodnych z normą PN-EN ISO 21809 – 1:2011, tj. rur wykonanych z polipropylenu, o klasie izolacji B3.

Jeśli chodzi o bezzasadność zarzutów odnośnie rzekomych negocjacji z Borusan zamawiający stanowczo zakwestionował twierdzenia odwołującego, jakoby w jakichkolwiek nieoficjalny sposób komunikował się z Borusan. W odpowiedzi na zawarte w odwołaniu spekulacje wyjaśnił, że otrzymał w dniu 11 lutego br., o godz. 12:34 pytanie od jednego z wykonawców o treści „Plik pokazuje definicje produktu pierwszych dwóch pozycji jako 3LPP klasa B3, proszę potwierdzić, że powinno to być klasa 3LPE B3” (ponieważ zgodnie z art. 38 ust. 2 Pzp udostępniając treść zapytań nie ujawnia się źródła zapytania – zaś przepisy Pzp wskazują, że zakaz ten ustaje po wyborze oferty najkorzystniejszej – zatem zamawiający niniejszym nie mógł wskazać, który z wykonawców zadał ww. pytanie, co jednak Izba może samodzielnie ustalić w oparciu o przekazaną dokumentację postępowania). Powyższe zapytanie wpłynęło na mniej niż dzień przed upływem terminu składania ofert (12 lutego br., godz. 10:00) i wobec tego zamawiający wyjaśnił, że nie zdążył udzielić odpowiedzi na platformie. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że nie udzielił takiej odpowiedzi Borusan, jak i nie prowadził z tym wykonawcą żadnych innych negocjacji zarówno przed, jak i po otwarciu ofert. Jediną formą komunikacji z Borusan było wezwanie do wyjaśnień odnośnie treści oferty, na co wykonawca udzielił odpowiedzi w dniu 25 lutego br.

Podsumowując zamawiający stwierdził, że stanowisko odwołującego w tym zakresie nie polega na prawdzie, jest całkowicie gołosłowne i narusza dobre imię zamawiającego, jako podmiotu prowadzącego postępowania zakupowe na podstawie przepisów Pzp w sposób w pełni transparentny i z zachowaniem zasady jawności postępowania.

W zakresie bezzasadności żądania unieważnienia postępowania zamawiający wskazał, że dokumentacja postępowania była sporządzona w sposób prawidłowy, zaś mylne użycie określenia „3LPP” w pozycji 1 i 2 tabeli cenowej formularza oferty należało uznać za oczywistą omyłkę pisarską. W żaden zaś wypadku nie można twierdzić, aby tak oczywista omyłka stanowiła „niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”, a tym samym nie zachodzi zatem podstawa do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zdaniem zamawiającego zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem unieważnienie postępowania z uwagi na niejednoznaczności SIWZ może nastąpić wyjątkowo, w przypadku kluczowych rozbieżności, których nie można usunąć przy zastosowaniu reguł interpretacyjnych pozwalających na rozstrzygnięcie ewentualnych wątpliwości (zob. wyrok z dnia 19 sierpnia 2014 r. KIO 1607/14, z 17 października 2017 r. KIO 2055/17). Z kolei w wyroku z 17 października 2017 r. KIO 2055/17, dotyczącym bardzo podobnego stanu faktycznego (zamawiający zmodyfikował wymagania OPZ zapominając odpowiedniej zmiany formularza ofertowego, zaś wynikającą stąd rozbieżność dostrzegł dopiero po otwarciu ofert), Izba uznała, że takie oczywiste omyłki nie mogą uzasadniać unieważnienia postępowania, skoro w świetle dokumentacji postępowania wymagania co do przedmiotu zamówienia są oczywiste, szczególnie, że zdaniem Izby prymarne znaczenie powinna mieć w tym przypadku treść SIWZ.

Niezależnie od tego zamawiający wskazał, że odwołujący nie posiada interesu w domaganiu się unieważnienia postępowania, bowiem – podobnie jak wykonawcy zgłaszający przystąpienie po jego stronie – nie wykazał, aby mógł zaoferować rury o parametrach określonych w SIWZ (tj. o długości 16 m DN 700 L485ME PSL2 3LPE klasa B3), podczas gdy ewentualnie ponownie postępowanie dotyczyłyby nabycia takich właśnie rur.

Co do podnoszonej przez odwołującego okoliczności dotyczącej wykazania umocowania do działania w imieniu Borusan, zamawiający w pierwszej kolejności zauważył, że kwestia rzekomego braku umocowania do podpisania i złożenia oferty w imieniu Borusan nie jest objęta zarzutami odwołania. W szczególności w petitum odwołania nie wskazano na taką wadliwość oferty oraz na ewentualnie związane z tym naruszenie przepisów Pzp, co pozwoliłoby ustalić, że intencją odwołującego było również podważenie prawidłowości oceny oferty Borusan na tej podstawie. Niezależnie od tego zamawiający wskazał, że na podstawie dokumentów otrzymanych od Borusan miał pewność, że pan E. I. działający na podstawie

załączonego do oferty pełnomocnictwa udzielonego przez pana O. K. (Dyrektor Generalny) oraz pana U. O. (Zastępca Dyrektora Generalnego) został upoważniony do złożenia oferty w postępowaniu.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron także wykonawca Borusan złożył oryginał pisma procesowego, w którym wniósł o:

- odrzucenie (pozostawienie bez rozpoznania) odwołania w tej części, w której faktyczną podstawą zarzutów odwołującego jest treść SIWZ (formularz ofertowy) – kwestionowanie jego treści na obecnym etapie jest bowiem spóźnione i nie zasługuje na uwzględnienie, tym bardziej, iż jak wynika z stanowiska odwołującego omyłka ta została przez niego dostrzeżona jeszcze przed złożeniem oferty, a mimo tego i spoczywającego na nim obowiązku, zaniechał zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienia w tej sprawie (zarzuty 1, 2, 4, 7,8, 9);

- ewentualnie oddalenie odwołania w całości jako całkowicie niezasadnego.

Ww. wykonawca już na wstępie podkreślił, iż obecne odwołanie z dnia 10 marca 2020 r. jest drugim w ostatnim czasie wniesionym przez odwołującego, w którym podnosi on kolejne zarzuty z powołaniem się na treść formularza ofertowego. Wskazał przy tym, że także w odwołaniu z dnia 20 lutego 2020 r. odwołujący powoływał się na brak „jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia” przez zamawiającego. Odwołanie to jednak ostatecznie zostało cofnięte, a postępowanie umorzone. Zdaniem Borusan było to o tyle istotne, gdyż obecnie odwołanie jest zasadniczo tym samym, które zostało już wniesione wcześniej, z tym że – aby uniknąć podejrzeń o postawienie spóźnionych zarzutów odwołujący starał się ująć je z nieco innej strony. Nie kwestionował już wprost samego przedmiotu zamówienia. Zamiast tego czynni to pośrednio poprzez „przyjęcie”, nie wiadomo na jakiej podstawie, że to jego „interpretacja” jest jedynie właściwa. Zatem kwestionuje w ten sposób jasne stanowisko zamawiającego co do treści SIWZ (skarży jego treść). Co ważne zdaniem Borusan, mimo że odwołujący posiadał wiedzę o omyłce pisarskiej w formularzu jeszcze przed złożeniem ofert, nie zadał w tym zakresie pytania zamawiającemu do czego ma nie tylko prawo, ale – zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego obowiązek, jeśli w dalszej części postępowania chce powoływać się na te okoliczności. Nie wniósł również w tym zakresie stosownego odwołania. Dlatego też kwestionowanie SIWZ na obecnym etapie postępowania przez przyjęcie zupełnie odmiennego jego rozumienia od treści jaką nadal mu zamawiający nie zasługuje na uznanie. Niezależnie od tego, w ocenie Borusan odwołanie było całkowicie bezzasadne. Nie tylko w wielu kluczowych dla sprawy miejscach wprowadza Izbę w błąd (np. co do wykładni normy PN-EN przez którą zamawiający określił przedmiot zamówienia; okoliczności związanych z otwarciem ofert i rzekomym kontaktowaniu się przez przedstawicieli Borusan drogą telefoniczną z zamawiającym), ale także błędnie wskazuje, iż

to treść formularza, a nie opis przedmiotu zamówienia określa, co jest przedmiotem zamówienia w postępowaniu. Między innymi z powyższych powodów odwołanie powinno zostać oddalone.

W zakresie argumentacji odnoszącej do uznania wskazanych w treści pisma zarzutów za spóźnione Borusan wskazał, że nie budziło, żadnych wątpliwości, iż kwestią podstawową dla przedmiotowego odwołania, która stanowiła punkt wyjścia dla postawionych w nim zarzutów, zostało przyjęte przez odwołującego – zupełnie odmienne od zamawiającego – rozumienie opisu przedmiotu zamówienia. Była to na tyle ważna kwestia, iż bez założenia o prawidłowości rozumienia treści SIWZ przez odwołującego w ogóle nie było możliwe postawienie zarzutów odwołania, w tym głównego o wadliwości oferty Borusan. Dlatego też uzasadnienie odwołania rozpoczynało się właśnie od wyjaśnienia zagadnienia „rozbieżności” między OPZ a treścią formularza. Co ważne przy tym, a co – jak twierdził Borusan – wynikało zarówno z treści obecnego odwołania, jak i poprzednio złożonego, odwołujący był w pełni świadomy, i to jeszcze przed złożeniem swojej oferty, omyłki pisarskiej jaka pojawiła się w formularzu (zamiast litery wystąpiła litera „P”). Mimo tego nie zdecydował się ani na wniesienie odwołania od SIWZ w ustawowym terminie, ani też nie zadał zamawiającemu stosownego pytania w tym zakresie. Zamiast tego obecnie, tj. po złożeniu wszystkich ofert, gdy okazało się, iż jego oferta jest drugą w rankingu, a zamawiający dokonał wyboru oferty Borusan, powołuje się na przyjętą przez siebie „wykładnię” treści SIWZ jako prawidłową. Jest ona przy tym sprzeczna ze stanowiskiem samego zamawiającego, którego w żadnym momencie – choć miał taką możliwość – odwołujący nie podważył (odwołanie na treść SIWZ). W ten oto sposób, właśnie w drodze kwestionowania na obecnym etapie stanowiska zamawiającego co do treści SIWZ (kwestionowania SIWZ), a to poprzez przyjęcie własnej odmiennej „wykładni” formularza i uznania jej za prawidłową, odwołujący de facto stara się przywrócić termin zawity do złożenia odwołania, który już dawno upłynął. Twierdzi bowiem, iż SIWZ należy rozumieć inaczej niż chciał tego zamawiający, przy czym w sposób oczywisty Borusan nie zgodził się z takim podejściem odwołującego (kwestionuje je). W ocenie Borusan było to o tyle istotne, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie przyjmuje się, iż tego typu zarzuty, które choć są dalej idącymi, właśnie z uwagi na brak zakwestionowania SIWZ w odpowiednim terminie należy uznać za spóźnione. Borusan wskazał, że Izba słusznie w jednym ze swoich wyroków wskazała, iż to samo zachowanie wykonawcy (odwołującego) poprzez zaniechanie wymaganego od niego działania doprowadziło do sytuacji, której mógł on zapobiec choćby poprzez proste zwrócenie się do zamawiającego z pytaniem/ prośbą o wyjaśnienie treści stosownych dokumentów. Powyższe stanowisko znajduje w całości swoje potwierdzenie nie tylko w orzecznictwie Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, ale i

Krajowej Izby Odwoławczej. W tym kontekście Borusan wskazał na wyrok SN z dnia 5 czerwca 2014 roku, sygn. akt IV CSK 626/13, zgodnie z którym wykonawca ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zwrócenia się do zamawiającego z pytaniem o niezbędne wyjaśnienie SIWZ, postanowienie SN z dnia 24 października 2019 roku (sygn. akt II CSK 313/19) stwierdzające, iż brak wywiązania się z tego obowiązku niesie dla wykonawcy daleko idące konsekwencje oraz wymienione w piśmie procesowym orzecznictwo Izby. Borusan zwrócił przy tym uwagę, że zamawiający poinformował wszystkich wykonawców o możliwości zwrócenia się do niego o stosowne wyjaśnienia. Mimo tego, żaden z nich, w tym sam odwołujący, nie zdecydował się na taki ruch.

W ocenie Borusan niewątpliwie opisane powyżej zaniechanie dokonane przez samego odwołującego, czy innych wykonawców, którzy – jak twierdzi odwołujący – mieli w sposób odmienny odczytać przedmiot zamówienia, z dzisiejszej perspektywy również musi rodzić pytania, co do rzeczywistych intencji odwołującego (brak zapytania – brak niejasności?) i tego, czy przed złożeniem oferty SIWZ budził jakiegokolwiek wątpliwości innych wykonawców. W ocenie Borusan za przyjęciem powyższego stanowiska przemawia jednak nie tylko samo zachowanie odwołującego przed, ale i po złożeniu ofert, a także – pośrednio – nielogiczne i skrajnie wybiórcze tłumaczenie, dlaczego nie zdecydował się na skierowanie zapytania lub wniesienie odwołania do KIO na treść SIWZ, w tym co legło u podstaw takiej a nie innej „interpretacji” treści formularza. Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych powyżej kwestii, w ocenie Borusan zastanawiające było niewątpliwie, skąd nagle, po tym jak okazało się, że oferta odwołującego jest druga w rankingu, ale jeszcze przed ogłoszeniem przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, pojawiła się u niego myśl o niejasnym opisie przedmiotu zamówienia, co skutkowało wniesieniem pierwszego odwołania? Dlaczego odwołujący nie zdecydował się na taki ruch przed, a dopiero (tuż) po otwarciu ofert? Co takiego się zmieniło, skoro o podnoszonych przez niego „rozbieżnościach” w SIWZ wiedział jeszcze przed złożeniem oferty. W tym kontekście za całkowicie nieprzekonujące w ocenie Borusan należało uznać tłumaczenie odwołującego. Z uwagi na pominięcie przez niego istotnych (wręcz kluczowych) dla sprawy i opisu przedmiotu zamówienia okoliczności, które nie współgrają z prezentowaną obecnie wersją, trudno nie odnieść wrażenia, iż „interpretacja” ta została przyjęta (dobrana) wyłącznie na potrzeby tego postępowania. Odwołujący wyjaśnił bowiem, iż w jego ocenie norma, na którą powołał się zamawiający, odnosi się wyłącznie do materiału izolacji. Nie dotyczy natomiast grubości powłoki.

Zgodnie z twierdzeniem Borusan rury, które stanowiły przedmiot zamówienia, miały w całości, a nie tylko w zakresie materiału izolacji (LPE lub LPP), spełniać wymogi stosownej normy dla rur stalowych. Jest to o tyle istotne, iż zgodnie z normą PN-EN ISO 3183 – mówiąc wprost – nie ma rur, które byłyby jednocześnie pokryte polipropylenem (LPP) o

klasie grubości powłoki B3, tj. takich na jakie rzekomo odwołujący złożył ofertę. Tym samym, zobowiązanie wykonawców do dostarczenia rur o klasie powłoki B (B3) jak wynika z normy, na którą powołał się zamawiający – oznacza wykonanie wierzchniej warstwy powłoki ze średnio- lub bardzo gęstego polietylenu (PE) a nie polipropylenu (PP), jak stara się to sugerować odwołujący.

Borusan stwierdził, że swoista interpretacja treści SIWZ przez odwołującego, iż norma nie odnosiła się do klasy powłoki, a jedynie, izolacji, w pewnym sensie „nie dziwi”. Jeśli bowiem uznać, iż rury spełniać miały Wymagania zgodnie z PN-EN ISO 3183, to podejście jakie stara się narzucić odwołujący (LPP o grubości B3) jest całkowicie sprzeczne z przywołaną powyżej normą – nie przewiduje ona bowiem takiej konfiguracji specyfikacji rur. Na proste zatem pytanie, czy rury, które odwołujący sugeruje, że chciał dostarczyć zamawiającemu, spełniają wymagania normy PN-EN ISO 3183, a zatem spełniają wymagania opisu przedmiotu zamówienia, należy udzielić jednoznacznej odpowiedzi: „NIE”. Dlatego też odrzucenie oferty odwołującego było – zdaniem Borusan – jak najbardziej zasadne. Profesjonalny wykonawca z pewnością powinien dostrzec opisane powyżej kwestie. Twierdzenie natomiast czegoś zupełnie innego na obecnym etapie postępowania należy postrzegać jako dość nieudolną próbę zmiany na swoją korzyść rozstrzygnięcia zamawiającego.

Podsumowując tę część Borusan stwierdził, że przedmiotowe odwołanie w swej istocie kwestionujące SIWZ, powinno zatem zostać odrzucone w tej części jako spóźnione. Wykonawca wbrew bowiem swojemu obowiązkowi, będąc świadomym, iż w żadnym innym miejscu poza formularzem oferty zamawiający w odniesieniu do zadania 1 i 2 nie użył sformułowania „LPP” zamiast „LPE”, nie zwrócił się o wyjaśnienie przedmiotowej kwestii, którą podnosi dopiero teraz, tj. po złożeniu i otwarciu ofert, kiedy okazało się, iż jego oferta nie jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Borusan uzupełnił przy tym, że jak wskazano powyżej, w ocenie SN jak i KIO takie niczym nieuzasadnione zaniechanie wykonawcy nie zasługuje na aprobatę. Nie zmienia tego faktu, iż obecnie wykonawca stara się kwestionować powyższe okoliczności „pod płaszczykiem” odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty. Przyjmując własną wykładnię SIWZ za właściwą stara się on na obecnym etapie podważyć rzeczywistą treść tego dokumentu.

Jeżeli chodzi o niezasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu Borusan wyjaśnił, że powyższe okoliczności, tj. przede wszystkim brak zwrócenia się przez odwołującego do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści formularza, a co zdaniem Izby zaprezentowanym w przywołanym orzecznictwie przemawia za jednoznacznością i jasnością treści SIWZ, a także wykazany brak podstaw do przyjmowania przez odwołującego jego

wykładni opisu przedmiotu zamówienia, wskazują, iż przedmiotowe odwołanie powinno zostać oddalone jako całkowicie bezzasadne.

Ponadto Borusan wskazał, że odwołujący stara się przekonać wszystkie pozostałe strony postępowania, w tym Izbę, że:

- albo składając ofertę ograniczył się wyłącznie do zapoznania się z formularzem i wyłącznie na jego podstawie określił cenę i złożył ofertę zamawiającemu, co jest oczywiście niedopuszczalne, jako że ma on obowiązek zapoznać się z całą dokumentacją postępowania;

- albo też zapoznał się z pozostałą treścią dokumentacji postępowania, w tym częścią SIWZ wprost zatytułowaną „Opis przedmiotu zamówienia”, a także Załącznikiem Nr 1 o takiej też nazwie, gdzie w kilkunastu miejscach bezpośrednio wskazano na izolację „LPE” (odmiennie niż wyłącznie w jednym miejscu formularza „LPP”), a dodatkowo odwołano się do stosownej normy, co oznaczałoby jednak całkowite zignorowanie dostrzeżonej „rozbieżności” i spóźnione odwoływanie się na obecnym etapie postępowania od treści SIWZ;

- ewentualnie też miał pełną świadomość tej oczywistej omyłki, co sugerować może brak zwrócenia się nie tylko przez samego odwołującego, ale także innych wykonawców, do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienia w tej sprawie, a co za tym idzie złożył ofertę na rury z powłoką z LPE.

W świetle cytowanych w piśmie procesowym fragmentów dokumentacji przetargowej wykonawca Borusan stwierdził, że nie można mieć wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z pierwszym ze wskazanych rozwiązań. Za całkowicie chybione należy uznać stanowisko odwołującego jakoby to treść Formularza określała przedmiot zamówienia. Jak już wykazano, w formularzu wykonawcy mieli wskazać jedynie cenę i potwierdzić, iż oferowane przez nich świadczenie zgodne jest z treścią opisu przedmiotu zamówienia.

Następnie Borusan wskazał, iż to zamawiający najczęściej określa przedmiot zamówienia, a nie – jak chce tego odwołujący – wykonawcy składający ofertę. Owszem zdarzają się postępowania, w których to zamawiający prosi wykonawców o sprecyzowanie przedmiotu zamówienia poprzez wypełnienie stosownych części formularza oferty, ale z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Mówiąc bowiem wprost żaden z wykonawców nie wypełniał formularza w zakresie przedmiotu zamówienia (zgodnie z SIWZ i treścią samego formularza nie powinien), a jedynie w zakresie ceny. Odwołujący doskonale zdawał sobie z tego sprawę. Stara się przy tym narzucić stronom postępowania i Izbie taki oto obraz, że zamawiający we wszystkich poza jednym miejscem całej dokumentacji postępowania pomylił się, a jedynie w tym właśnie jednym miejscu (formularzu) opisał w sposób właściwy przedmiot zamówienia. Przy czym ten przedmiot zamówienia jednocześnie sprzeczny jest z normą, którą według zamawiającego dostarczone rury miały spełniać.

Odwołujący, cytując np. orzeczenia KIO, które odnoszą się do drugiej ze nakreślonych powyżej sytuacji (wykonawca precyzuje przedmiot zamówienia), zdaje się nie dostrzegać tej istotnej także dla przedmiotowej sprawy różnicy. Także wszelkie twierdzenia odwołującego, podniesione na obecnym etapie postępowania, iż „gdyby” wiedział, że chodzi o powłokę „LPE”, a nie „LPP”, to miałby tańszą ofertę, są pozbawione jakiegokolwiek sensu i znaczenia, a przede wszystkim – w świetle przytoczonych już powyżej okoliczności – jawią się jako całkowicie niewiarygodne. Uwzględniając wszystkie wskazane powyżej okoliczności, tj. fakt, iż zamawiający w sposób jednoznaczny zarówno w OPZ jak i kilkunastu innych miejscach SIWZ opisał przedmiot zamówienia, a wyłącznie w jednym miejscu formularza oferty, przeznaczonego do wskazania ceny, a nie opis oferowanego przedmiotu dostawy, omyłkowo zamienił jedną literę „E” na „P”, odwołanie – o ile Izba nie podzieli wniosku o jego odrzucenie – powinno zostać oddalone.

W zakresie braku kontaktu z nim a zamawiającym, wykonawca Borusan na wstępie w sposób kategoriyczny zaprzeczył jakoby kontaktował się z telefonicznie przed złożeniem ofert z zamawiającym. Tym bardziej nie kontaktował się w sprawie jakichkolwiek niejasności formularza. Wyjaśnił, że dla niego kwestia zamiany litery „E” na „P” w jednym miejscu w świetle treści normy od samego początku jawiła się jako oczywista omyłka. Potwierdza to sama treść zadanego zgodnie z procedurą pytania, w którym wprost prosił o potwierdzenie, że chodzi właśnie o rury z izolacją LPE a nie LPP. Co istotne, świadom spoczywających na nim obowiązków w takiej sytuacji (zadanie pytania) w ten właśnie sposób dał im wyraz. Odmienne od odwołującego, który w ocenie Borusan był w pełni świadomy tej oczywistej omyłki, a mimo tego z podniesieniem przedmiotowej kwestii postanowił czekać do ostatecznego rozstrzygnięcia przetargu (zaniechał zadania pytania).

Zdaniem Borusan w świetle powyższego oraz dowodów znajdujących się w aktach sprawy jakiegokolwiek „spekulacje” i forowanie daleko idących twierdzeń jakoby Borusan w jakiś nieformalny sposób kontaktował się z zamawiającym było pozbawione podstaw.

Co do zapytania zamawiającego skierowanego do niego w trybie art. 87 Pzp wykonawca Borusan podniósł, iż biorąc pod uwagę kwestie poruszone powyżej, także jakiegokolwiek zarzuty, iż prowadził on z zamawiającym negocjacje co do treści oferty są całkowicie chybione. Jak już wspomniano, z treści samego pytania wynika to, z całości dokumentacji. W odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego przez zamawiającego w trybie art. 87 Pzp jedynie potwierdził, iż przedmiot zamówienia nie budził jego jakiegokolwiek wątpliwości, a oferta została złożona na rury zgodnie ze specyfikacją, tj. z izolacją LPE. Trudno w takiej sytuacji mówić o jakichkolwiek negocjacjach między ww. podmiotami.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron kolejne pismo procesowe złożył odwołujący. Zgodnie z informacją zawartą w ww. piśmie odwołujący podtrzymał odwołanie w całości,

zaprezentował dodatkową argumentację na poparcie zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz zaprezentował kolejne wnioski dotyczące dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dowody załączone do pism procesowych lub przedstawionych na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone przystąpienia spełniały wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestników postępowania odwoławczego:

- wykonawcę Borusan Mannesmann Sanayi ve Ticaret A. Ş. z siedzibą w Stambule (zwanego dalej nadal: „Borusan”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego;
- wykonawcę FERRUM S.A. z siedzibą w Katowicach do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;
- wykonawcę Izostal S.A. z siedzibą w Kolonowskim do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła sformułowanych na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron: wniosku odwołującego o uznanie za bezskuteczne przystąpienia zgłoszonego przez Borusan oraz opozycji zamawiającego wobec przystąpień zgłoszonych przez FERRUM S.A. i Izostal S.A.

Odwołujący wniósł o niedopuszczenie wykonawcy Borusan do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika, wskazując, że przystąpienie zostało zgłoszone nieskutecznie. Zwrócił uwagę, że pełnomocnictwo udzielone osobie (obywatelowi Republiki Turcji), która następnie udzieliła pełnomocnictwa do zgłoszenia przystąpienia pełnomocnikowi obecnemu na posiedzeniu niejawnym (który zgłosił przystąpienie), zostało udzielone w dniu 24 lutego 2020 r. przez dwóch obywateli Republiki Turcji, wskazanych w tureckiej gazecie handlowej, natomiast turecka gazetka handlowa, z której wynika

reprezentacja dla ww. osób pochodzi z 10 maja 2019 r., czyli rok wcześniej przed udzieleniem pełnomocnictw.

Izba uznała ww. okoliczność dotyczącą prawie dziewięciomiesięcznej rozpiętości czasowej pomiędzy dokumentem, z którego wynika umocowanie (turecka gazetka handlowa), a udzielonym pełnomocnictwem za irrelevantną. Odwołujący nie udowodnił, że osoby wskazane w dokumencie rejestrowym (informacja z 10 maja 2019 r.) utraciły lub zostały pozbawione prawa udzielania pełnomocnictw, przed umocowaniem pełnomocnika do reprezentowania wykonawcy (pełnomocnictwo z 24 lutego 2020 r.). Skład orzekający przyjął wyjaśnienie pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie wykonawcy Borusan, który wskazał, że tureckie gazetki handlowe są publikowane mniej więcej, co roku, a ostatnia taka gazetka została wydana 10 maja 2019 r., zatem na moment zgłoszenia przystąpienia przedstawił ostatnią publikowaną informację. Odwołujący nie zakwestionował powyższego wyjaśnienia. Ponadto należy zwrócić uwagę, że wraz z formularzem ofertowym wykonawca Borusan złożył okólnik dotyczący podpisów nr 15 z dnia 10 maja 2019 r., który określał m. in., że wspólne podpisy dowolnych dwóch sygnatariuszy z grupy B powinny być wystarczające do wystawiania pełnomocnictw. Osoby udzielające pełnomocnictwa z 24 lutego 2020 r. w przedmiotowym okólniku zostały wymienione wśród sygnatariuszy z grupy B.

Izba oddaliła opozycję zamawiającego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców FERRUM S.A. i Izostal S.A, skupiającą się na wskazaniu, w świetle zarzutów odwołania, że wykonawcy ci nie posiadają interesu do przystąpienia po stronie odwołującego.

W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie interes określony w art. 185 ust. 2 Pzp jest interesem faktycznym lub prawnym, pozostającym w adekwatnym związku z uzyskaniem rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca chce przystąpić. Zatem jeżeli wykonawca twierdzi, że jest zainteresowany, aby wniesiony środek ochrony prawnej był rozstrzygnięty w sposób wskazany przez odwołującego, w tym przez unieważnienie postępowania, należy uznać, że posiada interes w uzyskaniu statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Przy czym należy zaznaczyć, że kluczowym dla analizy interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp, jest moment jego badania oraz cały zakres możliwych do uzyskania rozstrzygnięć, co oznacza, że interes ten należy badać mając na względzie cel strony, z perspektywy z której się go ustala. Jeden z zarzutów odwołania dotyczył możliwości unieważnienia postępowania, zatem przystępując do postępowania po stronie odwołującego ww. wykonawcy, posiadali interes w uwzględnieniu odwołania, które mogło skutkować właśnie unieważnieniem postępowania. Ponadto należy wskazać, że przyczyna odrzucenia ofert obu zgłaszających przystąpienie wykonawców była identyczna z przyczyną odrzucenia oferty odwołującego, przez co obaj byli zainteresowani w popieraniu

stanowiska odwołującego w tym zakresie. Dodatkowo w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z postępowaniem wykonawczym w ramach realizacji umowy ramowej i zgłaszający przystąpienie są stroną takiej umowy, tym samym nawet unieważnienie przedmiotowego zamówienia oraz nieogłoszenie nowego postępowania spowoduje, że środki wrócą do puli właściwej dla umowy ramowej, co jest niewątpliwie zgodne z ich interesem.

Izba dopuściła w niniejszych sprawach dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej, nadesłanej do akt sprawy w dniu 31 marca 2020 r. przez zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- pytania wykonawcy Izostal S.A. z dnia 27 stycznia 2020 r.;
- pytania wykonawcy Borusan z dnia 11 lutego 2020 r.;
- ofert wykonawców: odwołującego, Borusan, FERRUM S.A. i Izostal S.A.;
- informacji z otwarcia ofert z dnia 12 lutego 2020 r.;
- pisma wykonawcy FERRUM S.A. z dnia 17 lutego 2020 r.;
- pisma wykonawcy Izostal S.A. z dnia 18 lutego 2020 r.;
- pisma odwołującego z dnia 18 lutego 2020 r.;
- pisma z dnia 21 lutego 2020 r. stanowiącego wezwanie skierowane przez zamawiającego do wykonawcy Borusan o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
- pisma z dnia 21 lutego 2020 r. stanowiącego wezwanie skierowane przez zamawiającego do wykonawcy Salzgitter Mannesmann Stahlhandel Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
- pisma z dnia 25 lutego 2020 r. stanowiącego wyjaśnienia Borusan w odpowiedzi na ww. wezwanie;
- pisma z dnia 26 lutego 2020 r. stanowiącego wyjaśnienia Salzgitter Mannesmann Stahlhandel Sp. z o.o. w odpowiedzi na ww. wezwanie;
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 marca 2020 r.;

2) dokumentów załączonych do odwołania lub złożonych przez odwołującego wraz z pismem procesowym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron:

- dokumentów cenowych dotyczących materiałów PP i PE;
- oświadczenia odwołującego z dnia 10 marca 2020r.;
- Komunikatu Komisji – *Wytyczne dotyczące oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich*;
- opisu przedmiotu zamówienia do Umowy Ramowej z dnia 16 sierpnia 2019 roku o numerze: 1000033751;

- Załącznika nr 2 do Umowy Ramowej Rury Stalowe do rurociągów systemów transportowych – wymagania Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. – Załącznik nr 1 do Instrukcji PI-ID-103 (poprzednie oznaczenie PE-DY-126);
- Załącznika nr 9 do Umowy Ramowej – Rury stalowe – osłonowe – wymagania Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.;
- odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 32 w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej w zakresie dostaw izolowanych rur stalowych DN 700 i DN 800 dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-System S.A. znak sprawy: ZP 2010/04/0031/PR (pierwsza umowa ramowa);
- wyciągu z dokumentacji przetargowej ZP/2020/04/0076/PI (postępowanie wykonawcze nr 8
- Dostawy izolowanych rur stalowych oraz rur osłonowych dla zadania inwestycyjnego gazociąg DN 700 Polska – Litwa odcinek południowy zamówienie 3) obejmujący SIWZ (str. 1-4) i OPZ;
- 3) dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie lub złożonych przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron:
 - artykułu pn. „Ochrona gazociągów przed korozją – rosnące wymagania rynkowe”;
 - dokumentów dotyczących umocowania osoby składającej ofertę w imieniu wykonawcy Borusan;
- 4) dokumentów złożonych na posiedzeniu lub rozprawie przez Borusan:
 - odwołania wniesionego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 362/20 wraz z załącznikami;
 - pełnomocnictwa, które zostało złożone wraz z ofertą w ramach postępowania w celu podpisania umowy ramowej.

Izba formalnie nie dopuściła wniosku dowodowego z przesłuchania świadków tj. J. G. (właściciela odwołującego) i M. P. (pełnomocnika przystępującego Izostal S.A.). O dopuszczenie tego dowodu wnioskował odwołujący. Należy wskazać, że ww. osoby były obecne na posiedzeniu i rozprawie przeprowadzonych w dniu 1 czerwca 2019 r., przez co mogły wypowiedzieć się w zakresie okoliczności podniesionych przez odwołującego jak i zająć stanowisko wobec twierdzeń zamawiającego i przystępującego Borusan. Warto także dodać, że z tego uprawnienia skorzystały. W związku z tym Izba nie znalazła potrzeby jak i uzasadnienia do tego, aby wypowiedzi i stanowiska osób wnioskowanych jako świadków ubierać formalnie w dowód w postaci ich przesłuchania w charakterze świadków, a dokonywane przez nich wypowiedzi w ocenie Izby w zupełności wyszły naprzeciw uprawnieniu odwołującego do przedstawienia stanowiska jak i dążeniu Izby do rozpoznania sprawy.

Izba ustaliła co następuje

Z treści SIWZ oraz załączonego do niej opisu przedmiotu zamówienia (zwanego dalej: „OPZ”) wynikało, że przedmiotem zamówienia są objęte (m.in.) dostawy:

- 10.000 m rur o długości 16 m (+/-0,5m) DN700 Ø 711x17,5 mm L485ME PSL2 3LPE klasa B3;

- 20.000 m o długości 16 m (+/-0,5m) DN700 Ø 711x11mm L485ME PSL2 3LPE klasa B3.

Natomiast w treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ pkt 1 i 2 odnosiły się do opisu ww. przedmiotu zamówienia w następujący sposób:

- 10.000 m rur o długości 16 m (+/-0,5m) DN700 Ø 711x17,5 mm L485ME PSL2 3LPP klasa B3;

- 20.000 m o długości 16 m (+/-0,5m) DN700 Ø 711x11mm L485ME PSL2 3LPP klasa B3.

Jak wynika z powyższego pomiędzy postanowieniami określonymi w treści SIWZ i OPZ, a pomiędzy zapisami formularza ofertowego wystąpiła rozbieżność dotycząca określenia materiału izolacyjnego. W treści SIWZ i OPZ został on oznaczony jako LPE co wskazywało na polietylen, a w treści formularza ofertowego został on oznaczony jako LPP co wskazywało na polipropylen. Przedmiotowa rozbieżność utrzymała się do upływu terminu na składanie ofert.

Zgodnie z treścią SIWZ (rozdział III ust. 1), OPZ (rozdział I) jak i pozycji określonych w formularzu ofertowym, izolowane zewnętrznie i malowane wewnętrznie rury stalowe do rurociągowych systemów transportowych miały spełniać wymagania poziomu PSL2 zgodnie z normą PN-EN ISO 3183 „Przemysł naftowy i gazowniczy. Rury stalowe do rurociągowych systemów transportowych”.

Jak wynikało z argumentacji przedstawionej przez zamawiającego i wykonawcę Borusan, która znalazła swoje uzasadnienie w pismach procesowych tych podmiotów, klasa izolacji B dotyczy wyłącznie rur z izolacją polietylenową (LPE), natomiast odwołujący wskazywał, że zamawiający mógł w inny sposób określić parametry izolacji tj. jej klasę i właściwości niż jest to określone w normie. Skład orzekający stwierdził, że w dokumentacji przetargowej znajduje się pytanie zadane do treści SIWZ w dniu 27 stycznia 2020 r., w którym znajduje się następujący fragment – [...] w świetle zapisów normy PN-EN ISO 21809-1, które w punkcie 7.3 określają zasady doboru właściwej grubości do poszczególnych klas powłoki i mówią: „Stosowanie klas grubości wykraczających poza niniejsze wytyczne musi zostać zatwierdzone przez nabywcę lub użytkownika końcowego”. Znaczy to, że za zmianę grubości izolacji odpowiada Zamawiający i to on ponosi odpowiedzialność za zwiększenie grubości izolacji poza wymagania normy. Warto dodać, że w umowie ramowej zamawiający określił, iż grubość powłoki PP (polipropylenowej) mogła być określona w klasie większej niż C3 i nie większej niż 10 mm, co wynika także z odpowiedzi udzielonej na ww. pytanie w dniu

29 stycznia 2020 r. Z tabelki zawartej w odpowiedzi na odwołanie wynika, że klasa B3 jest większa (grubsza) od klasy C3, a jednocześnie nie przekracza 10 mm.

Wykonawca Borusan w dniu 11 lutego 2020 r. zwrócił się do zamawiającego z następującym pytaniem – *Plik pokazuje definicję produktu pierwszych dwóch pozycji jako 3LPP klasa B3, proszę potwierdzić, że powinna to być klasa 3LPE B3.* Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pytanie.

W dniu 12 lutego 2020 r. o godz. 11:00 zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu. W postępowaniu wpłynęło 5 ofert (Borusan, FERRUM S.A., Izostal S.A., odwołującego oraz Salzgitter Mannesmann Stahlhandel Sp. z o.o.) i wszystkie zostały złożone na formularzach ofertowych zawierających powyżej wskazaną nieścisłość wobec OPZ.

Wykonawcy FERRUM S.A., Izostal S.A. oraz odwołujący pismami z 17 i 18 lutego 2020 r. przekazali zamawiającemu informację, iż zaoferowali w pozycjach 1 i 2 formularza ofertowego rury z izolacją LPP (polipropylenową), a dodatkowo wnieśli o unieważnienie postępowania.

Zamawiający pismami z dnia 21 lutego 2020 r. zwrócił się do wykonawców Borusan i Salzgitter Mannesmann Stahlhandel Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty. Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawców z następującym pytaniem:

Czy zgodnie z ze złożonym oświadczeniem w ust. 3, ust. 4 i ust. 5 Formularza Ofertowego oraz cenami wskazanymi w sekcji pierwszej i sekcji drugiej tabeli w Formularzu Oferta z dnia 12.02.2020 roku, wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu Zamówienia dla rur o parametrach:

- 1) 10.000 m rur o długości 16 m (+/-0,5m) DN700 Ø 711x17,5 mm L485ME PSL2 3LPE klasa B3;
- 2) 20.000 m o długości 16 m (+/-0,5m) DN700 Ø 711x11mm L485ME PSL2 3LPE klasa B3;

wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z opisem Przedmiotu zamówienia określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Wykonawca Borusan w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w piśmie z dnia 25 lutego 2020 r., potwierdził m. in., iż *nasza cena we wskazanym przez Zamawiającego zakresie bazuje na przyjętym systemie powłok B3 klasy 3LPE, tj. zgodnie ze złożonym oświadczeniem w ust. 3, ust. 4 i ust. 5 Formularza Oferty oraz cenami wskazanymi w sekcji pierwszej i sekcji drugiej tabeli w Formularzu Oferta z dnia 12.02.2020 roku, Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu Zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego zgodnie z opisem Przedmiotu zamówienia określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ.*

Wykonawca Salzgitter Mannesmann Stahlhandel Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w piśmie z dnia 26 lutego 2020 r. wyjaśnił, że zaoferował rury:

1) 10.000 m rur o długości 16 m (+/-0,5m) DN700 Ø 711x17,5 mm L485ME PSL2 3LPP klasa C3;

2) 20.000 m o długości 16 m (+/-0,5m) DN700 Ø 711x11mm L485ME PSL2 3LPP klasa C3.

Informacją z dnia 5 marca 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Borusan, natomiast oferty pozostałych czterech wykonawców zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- - art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;*

- art. 14 ust. 1 Pzp – *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej;*

- art. 58 §1 i 2 k.c. – *§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.*

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.;

- 353¹ k.c. – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego;*

- art. 66 k.c. – *§ 1. Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.*

§ 2. Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia.;

- art. 535 k.c. – *Przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę.;*

- art. 605 k.c. – *Przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny.;*
 - art. 387 § 1 – *Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.;*
 - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
 - art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*
 - art. 3 ust. 1 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1649) – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.;*
 - art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą;*
 - art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*
 - art. 7 ust. 3 Pzp – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;*
 - art. 9 ust. 1 Pzp – *Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.;*
 - art. 38 ust. 2, 4 i 6 Pzp – *2. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza na tej stronie.*
4. *W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio.*
6. *Jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio.;*

- art. 87 ust. 1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;*
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;*
- art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Izba zważyła co następuje.

Skład orzekający uznał, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że nie został uwzględniony wniosek wykonawcy Borusan o odrzucenie (pozostawienie bez rozpoznania) odwołania w części, dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 1, 2, 4, 7, 8 i 9 z uwagi na to, iż odwołanie w tej części należało uznać za spóźnione, gdyż dotyczyło kwestionowania treści SIWZ.

Przesłanką zasadności środków ochrony prawnej jest dokonanie czynności przez zamawiającego niezgodnie z przepisami Pzp albo zaniechanie czynności pomimo obowiązku jej dokonania wynikającego z Pzp. W odwołaniu został wskazany katalog działań i zaniechań zamawiającego co do których je wniesiono. Odnosiły się do czynności zamawiającego jakie miały miejsce w dniu 5 marca 2020 r., kiedy to zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonał odrzucenia oferty odwołującego. Jednym z podnoszonych zaniechań był brak unieważnienia postępowania ze względu na to, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co prawda w przypadku przetargu nieograniczonego wada taka może powstać wcześniej tj. po upływie terminu składania ofert niemniej wykonawcy nie są zobowiązani do wnoszenia odwołania niezwłocznie po uznaniu, że doszło do takiej wady. W tego typu przypadkach dzień rozstrzygnięcia postępowania wyznacza granicę od którego należy liczyć termin na wniesienie odwołania, ponieważ do tego momentu wykonawcy nie wiedzą jaką decyzję podejmie zamawiający.

W okolicznościach niniejszej sprawy wniesienie środka ochrony prawnej w dniu 20 lutego 2020 r. przez odwołującego, które dotyczyło podobnego zakresu jak przedmiotowe odwołanie należy uznać za irrelewantne. Po pierwsze Izba nie była w żaden sposób związana okolicznościami tamtej sprawy, oznaczonej sygn. KIO 362/20, ponieważ tamto postępowanie odwoławcze zostało umorzone w wyniku cofnięcia odwołania (postanowienie z

dnia 3 marca 2020 r.). Po drugie odwołujący w ocenie Izby miał prawo do odłożenia w czasie decyzji o wniesieniu odwołania do momentu podjęcia ostatecznej decyzji przez zamawiającego.

Przechodząc do uzasadnienia dotyczącego sformułowanego w sentencji nakazu skład orzekający na wstępie pragnie zauważyć, że przedmiotowy wyrok nie stoi w sprzeczności z dotychczasowym orzecznictwem tak bogato prezentowanym zarówno przez zamawiającego jaki wykonawcę Borusan. Decydujące znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej sprawy nie miało jednak dotychczasowe orzecznictwo, ale okoliczności faktyczne, których splot doprowadził skład orzekający do wyrażonego w sentencji rozstrzygnięcia. Ponadto Izba ma świadomość, że unieważnienie postępowania z uwagi na niejednoznaczność SIWZ może nastąpić wyjątkowo, w przypadku kluczowych rozbieżności, których nie można usunąć przy zastosowaniu reguł interpretacyjnych pozwalających na rozstrzygnięcie wątpliwości. Niemniej w ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie doszło do powstania takiej wyjątkowej sytuacji. Kluczowe znaczenia dla rozstrzygnięcia miały w ocenie Izby cztery kwestie.

Po pierwsze skład orzekający doszedł do przekonania, że w przedmiotowej sprawie wbrew twierdzeniu zamawiającego rozbieżność w zakresie materiału izolacyjnego pomiędzy treścią opisu przedmiotu zamówienia, a formularza ofertowego nie miała charakteru oczywistej omyłki pisarskiej. Nieścisłości pomiędzy skrótami określającymi materiał izolacyjny tj. LPE i LPP w okolicznościach przedmiotowego postępowania miały swoje znaczenie. LPP oznaczało polipropylen, a LPE polietylen, zatem rozbieżności czy też błędne używanie tych skrótów w różnych częściach dokumentacji przetargowej mogło wprowadzić wykonawców w błąd co do tego jaki materiał izolacyjny został przez nich ostatecznie zaproponowany.

Po drugie jak ustalono powyżej wbrew twierdzeniom zamawiającego i wykonawcy Borusan klasa izolacji B może dotyczyć także rur z izolacją polipropylenową (LPP). Z cytowanej powyżej treści pytania do SIWZ z dnia 27 stycznia 2020 r. jaki i z odpowiedzi zamawiającego na to pytanie z dnia 29 stycznia 2020 r. wynika, że w umowie ramowej zamawiający określił, iż grubość powłoki PP (polipropylenowej) mogła być określona w klasie większej niż C3 i nie większej niż 10 mm. Z tabelki zawartej w odpowiedzi na odwołanie wynika, że klasa B3 jest większa (grubsza) od klasy C3, a jednocześnie nie przekracza 10 mm. W związku z tym także z tego powodu rozbieżne postanowienia dokumentacji przetargowej mogły spowodować powstanie błędu u wykonawców przy sporządzaniu oferty.

Po trzecie co prawda odwołujący nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie rozbieżności związanych z rodzajem materiału izolacyjnego, niemniej inny wykonawca tj. Borusan na dzień przed upływem terminu składania ofert wskazywał na powstałą rozbieżność (treść wiadomości Borusan została zacytowana powyżej). Niezależnie

od tego jak traktować działanie Borusan czy jako zadanie pytania czy jako ustalenie treści formularza ofertowego to nie zmienia to faktu, że stanowiło ono wyraz pewnej wątpliwości jaka musiała się pojawić u tego wykonawcy przy sporządzaniu oferty, co także wskazuje, że przedmiotowe rozbieżności miały mylący charakter, nawet u wykonawcy, którego oferta została ostatecznie wybrana jako najkorzystniejsza. Należy przy tym przypomnieć, że zamawiający nie udzielił odpowiedzi na ww. pytanie.

Po czwarte i decydujące, powyżej wskazane rozbieżności spowodowały w ocenie składu orzekającego wątpliwości także u zamawiającego. Wynika to z okoliczności, które miały miejsce po otwarciu ofert w postępowaniu. Polegały one na tym, że zamawiający ostatecznie dowiedział się o tym jaki rodzaj materiału izolacyjnego został zaproponowany, dopiero w wyniku pisemnych stanowisk przekazanych mu przez wszystkich wykonawców. Odwołujący i wykonawcy FERRUM S.A. i Izostal S.A. samodzielnie, bez wezwania oświadczyli, że zaproponowali materiał izolacyjny LPP w klasie B3. Wykonawca Borusan w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień, wskazał, że zaoferował izolację LPE o klasie B3. Natomiast wykonawca Salzgitter Mannesmann Stahlhandel Sp. z o.o. także w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień poinformował, że zaoferował izolację LPP o klasie C3. Jak wynika z powyższego pięciu wykonawców zaoferowało izolację o trzech różnych parametrach. Warto wskazać, iż fakt wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień mających jednoznacznie potwierdzić parametry zaoferowanego materiału izolacyjnego, wykonawcy Borusan, który wydawał się (patrząc z perspektywy zamawiającego) jedynym wykonawcą, który prawidłowo odczytał intencję zamawiającego, należy interpretować w ten sposób, że w wyniku zaistniałej sytuacji także zamawiający miał wątpliwości co do izolacji jaką zaproponował ten wykonawca, ponieważ musiał się co do tego upewnić. Ponadto treść wezwania skierowanego do wykonawcy Borusan została tak skonstruowana, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, wykonawcy pozostało właściwie tylko przytaknąć. W związku z tym o ile przed upływem terminu składania ofert Izba nie dopatrzyła się żadnych niedopuszczalnych kontaktów pomiędzy zamawiającym w wykonawcą Borusan, co próbował insynuować odwołujący, to późniejsze działania zamawiającego Izba potraktowała jako zbyt daleko idącą ingerencję w treść ofert wykonawców, co było spowodowane rozbieżnością w dokumentacji przetargowej.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie miała zastosowania zasada jaka wykryształizowała się z orzecznictwa Izby, polegająca w skrócie na stwierdzeniu, że wszelkie nieścisłości lub rozbieżności w treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców. Przyjęcie tej zasady w przedmiotowej sprawie musiałyby skutkować unieważnieniem odrzucenia wszystkich ofert w postępowaniu, ponieważ oferty te zostały odrzucone w związku ze stwierdzoną powyżej rozbieżnością. W warunkach przedmiotowego

postępowania doprowadziłoby to do uznania jako niepodlegających odrzuceniu ofert, które złożone zostały na różny przedmiot zamówienia, co skutkowałoby niemożnością porównania, a tym samym przeprowadzenia rzetelnego i obiektywnego badania i oceny ofert. Powyższe oznacza, że w wyniku rozbieżności w dokumentacji powstała wada, które miała wpływ na wynik postępowania i na obecnym etapie postępowania nie da się jej usunąć.

Nie było przy tym potrzeby dokonywania hierarchii postanowień SIWZ, w których pojawiły się rozbieżności tj. zastanawiania się czy pierwszeństwo mają postanowienia formularza ofertowego czy też jednak decydująca jest treść SIWZ odnosząca się do opisu przedmiotu zamówienia. W przypadku uznania, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego takie ustalenie nie ma znaczenia, gdyż zamawiający po zaistnieniu przesłanek do unieważnienia postępowania, powinien postępowanie unieważnić.

Rozbieżność pomiędzy postanowieniami dokumentacji przetargowej doprowadziła do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu co z kolei skutkowało przyjęciem przez Izbę, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co stanowiło wypełnienie się przesłanki do unieważnienia postępowania zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W związku z uwzględnieniem przez Izbę zarzutu najdalej idącego, dotyczącego unieważnienia postępowania, nie było potrzeby orzekania co do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty odwołującego czy też zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Borusan, których przyczyną sformułowania była stwierdzona powyżej rozbieżność. Skoro Izba przyjęła, że doszło do powstania wady, która spowodowała nieporównywalność ofert to ocenę czynności zamawiającego podjętych wobec tych ofert w związku ze stwierdzoną rozbieżnością, należy uznać za bezcelową i niemającą żadnego sensu.

Jedynym zarzutem odwołania, który nie odnosił się do stwierdzonej powyżej rozbieżności było postawione na marginesie wskazanie, że oferta Borusan nie spełnia także wymogów formalnych w zakresie wykazania umocowania osób podpisanych pod tą ofertą, do reprezentacji powyższego wykonawcy i także z tego powodu podlega odrzuceniu.

W ocenie Izby przedmiotowy zarzut nie potwierdził się. W pierwszej kolejności należy wskazać, że odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu jaki na nim spoczywa w związku z dochodzeniem postawionego zarzutu. Argumentacja odwołującego była zupełnie gołosłowna i nie została poparta żadnymi dowodami. Natomiast zamawiający i wykonawca Borusan złożyli na posiedzeniu i rozprawie dowody, które potwierdziły prawidłowość działania zamawiającego w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji. .

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b oraz § 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. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę, na podstawie spisu kosztów przez odwołującego na posiedzeniu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....