

Sygn. akt: KIO 1592/15

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2015 r. przez wykonawcę „**DELTA Power**” **Sp. z o.o., ul. Krasnowolska 82R, 02-849 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Warszawski Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-838 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Inventpower Sp. z o. o., ul. Al. Komisji Edukacji Narodowej 55 lok. 93, 02-797 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę „**DELTA Power**” **Sp. z o.o., ul. Krasnowolska 82R, 02-849 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytet Warszawski Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę systemu gwarantowanego zasilania elektroenergetycznego na potrzeby Centrum Kompetencji OCEAN. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 maja 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 094-169150.

W dniu 24 lipca 2015 r. wykonawca „DELTA Power” Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. Zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Inventpower Sp. z o.o. jako oferty nieodpowiadającej wymogom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
2. Czynności oceny oferty odwołującego dokonanej w sposób wadliwy, tj. przyznania odwołującemu zero punktów w kryterium UPS dynamiczny umożliwiający pracę równoległą na wspólną szynę z zakupionymi w wyniku postępowania nr ICM-371-21/2014 jednostkami TDS-1670-MI-H2-LV-R1 produkcji Hitec Power Protection B.V. (2.3.I.I. OPZ): [max 4,5 pkt];
3. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ i przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inventpower Sp. z o.o., pomimo że oferta ta nie spełnia wymogów SIWZ, tj. w dokumentach mających określać specyfikację techniczną oferowanego urządzenia (Formularz nr 5) wskazano, iż Wszystkie dane w niniejszym dokumencie przedstawione są wyłącznie dla informacji i mogą zmieniać się bez powiadomienia, co oznacza, że dokument ten nie potwierdza, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymogom wskazanym w SIWZ,

- art. 91 ust. 1 w zw. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności oceny oferty Odwołującego w sposób wadliwy, tj. przyznanie ofercie Odwołującego zero punktów w kryterium UPS

dynamiczny umożliwiającą pracę równoległą na wspólną szynę z zakupionymi w wyniku postępowania nr ICM-371-21/2014 jednostkami TDS-1670-MI-H2-LV-R1 produkcji Hitec Power Protection B.V. (2.3.1.1. OPZ): [max 4,5 pkt], pomimo że oferowane przez odwołującego urządzenie umożliwia pracę równoległą z urządzeniami obecnie użytkowanymi przez zamawiającego,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Inventpower Sp. z o.o.), pomimo że oferta podlegać powinna odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inventpower Sp. z o.o., pomimo że oferta ta nie spełnia wymogów SIWZ, tj. w dokumentach mający określać specyfikację techniczną oferowanego urządzenia (Formularz nr 5) wskazano, iż wszystkie dane w niniejszym dokumencie przedstawione są wyłącznie dla informacji i mogą zmieniać się bez powiadomienia, co oznacza, że dokument ten nie potwierdza, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymogom wskazanym w SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia art. 4 § 2 ust. 7 pkt 7.5. oraz 7.6. SIWZ, z których odwołujący wywiódł, iż zamawiający zażądał przedstawienia Formularza nr 5 jako dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Mając na uwadze konstrukcję SIWZ, odwołujący doszedł do wniosku, że był to jedyny dokument, w oparciu o który zamawiający zweryfikuje czy oferowane przez danego oferenta urządzenie spełnia postawione w SIWZ wymogi. Oznacza to, jak zauważył odwołujący, że informacje wskazane w takim dokumencie mają po pierwsze, wskazywać, jakie rzeczywiście dane (tj. oferowane) urządzenie posiada parametry techniczne, oraz po drugie, mają one umożliwić zamawiającemu zweryfikowanie czy oferowane urządzenie spełnia postawione w SIWZ wymogi.

Jak wskazał odwołujący, Inventpower Sp. z o.o. przedłożyła Formularz nr 5 (strona nr 44 oferty) jak i Kartę produktu DRUPS firmy Hitec (TDS-1670-MI-H2-R1). Odwołujący stwierdził, że wobec faktu, że Formularz nr 5 załączony do oferty Inventpower Sp. z o.o. wprost wskazuje, że szczegółowa specyfikacja techniczna proponowanego urządzenia została przedstawiona w załączeniu, Kartę produktu DRUPS firmy Hitec (TDS-1670-MI-H2-R1) należy traktować jako element Formularza nr 5. W innym przypadku należałoby, zdaniem odwołującego, dojść do wniosku, że Inventpower Sp. z o.o. nie wskazała w Formularzu nr 5 wymaganych przez zamawiającego wartości. Oznacza to,

że informacje wskazane w Karcie produktu DRUPS firmy Hitec (TDS-1670-MI-H2-R1), mają charakter wiążący, gdyż (jak wskazano powyżej), wskazują one jakie rzeczywiście dane (tj. oferowane) urządzenie posiada parametry techniczne, oraz umożliwiają mają zamawiającemu zweryfikowanie, czy oferowane urządzenie spełnia postawione w SIWZ wymogi.

Odwołujący zauważył, że w Karcie produktu DRUPS firmy Hitec (TDS-1670-MI-H2-R1) (na stronie nr 45 oferty Inventpower Sp. z o.o.), zawarto następującą klauzulę - Wszystkie dane w niniejszym dokumencie przedstawione są wyłącznie dla informacji i mogą zmieniać się bez powiadomienia. W ocenie odwołującego, takie sformułowanie (zakładające odstępstwa od wskazanych parametrów i to w dodatku bez konieczności powiadomienia o tym odbiorcy produktu) świadczy o tym, że Inventpower Sp. z o.o. nie wskazała w sposób jednoznaczny i bezdyskusyjny, jakie parametry posiada oferowane urządzenie.

W opinii odwołującego, bezdyskusyjnym jest, że zamawiający oczekiwał precyzyjnego wskazania parametrów, jakie posiada oferowane urządzenie. Wynika to z faktu, że na podstawie tychże parametrów zamawiający ocenił zarówno spełnienie wymogów SIWZ, jak i ocenił ofertę w oparciu o ustalone w SIWZ kryteria oceny ofert. Innymi słowy, zamawiający potraktował wskazane w Karcie produktu DRUPS firmy Hitec (TDS-1670-MI-H2-R1) parametry jako informacje precyzyjne i niezmiennie, bowiem wedle wymagań SIWZ, miały określać konkretne (oferowane) urządzenie. Tymczasem, jak wskazał odwołujący, z oferty Inventpower Sp. z o.o. wynika, że parametry mogą ulec zmianie i mają jedynie charakter informacyjny.

Zdaniem odwołującego, nawet gdyby zamawiający uznał przedstawioną Kartę produktu DRUPS firmy Hitec (TDS-1670-MI-H2-R1) jako dokument spełniający wymogi SIWZ, to z uwagi na wyżej omówioną klauzulę w nim zawartą, złożoną ofertę należałoby uznać za zakładającą możliwość realizacji zamówienia poprzez dostawę urządzenia o innych niż wskazane parametrach. Kwalifikuje się to jako złożenie oferty wariantowej, gdyż zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, mówiąc o ofercie wariantowej należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Wymogi techniczne dotyczące oferowanego urządzenia zostały określone wprost, zatem jakiegokolwiek od nich odstępstwo stanowi o odmiennym sposobie realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił jednocześnie, że zgodnie z art. 3 § 1 ust. 7 SIWZ, zamawiający wykluczył możliwość składania ofert wariantowych w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że w zaistniałej sytuacji zamawiający powinien odrzucić ofertę Inventpower Sp. z o.o. z uwagi na to, że nie załączono do niej dokumentów potwierdzających parametry oferowanego urządzenia, pomimo wyraźnego wymogu SIWZ w tym zakresie, tj. jako ofertę niespełniającą wymogów SIWZ. Odwołujący wskazał na naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż oferta jest niezgodna z SIWZ dlatego, że Inventpower Sp. z o.o. nie wskazała kategorycznie, jakie parametry ma sprzęt, który zamierza oferować, a co za tym idzie, nie wiadomo, czy spełnia on wymogi SIWZ,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 83 ust. 1 i art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż złożenie oferty w takim kształcie stanowi złożenie oferty wariantowej, czego zamawiający nie dopuścił, oraz

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria wskazane w SIWZ, co w niniejszym przypadku nie było możliwe, ze względu na brak jednoznacznej deklaracji wykonawcy co do tego, jakie parametry osiąga oferowany sprzęt.

2. Zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności oceny oferty odwołującego w sposób wadliwy, tj. przyznanie ofercie odwołującego zero punktów w kryterium UPS dynamiczny umożliwiający pracę równoległą na wspólną szynę z zakupionymi w wyniku postępowania nr ICM-371-21/2014 jednostkami TDS-1670-MI-H2-LV-R1 produkcji Hitec Power Protection B.V (2.3.1.1. OPZ): [max 4,5 pkt], pomimo, że oferowane przez odwołującego urządzenie umożliwia pracę równoległą z urządzeniami obecnie użytkowanymi przez zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z jednym z kryteriów oceny ofert (art. 9 pkt 2 SIWZ) oferta odwołującego mogła uzyskać dodatkowe 4,5 punktu, jeżeli jej przedmiotem był UPS dynamiczny umożliwiający pracę równoległą na wspólną szynę z zakupionymi w wyniku postępowania nr ICM-371-21/2014 jednostkami TDS-1670-MI-H2-LV-R1 produkcji Hitec Power Protection B.V. Urządzenia oferowane przez wykonawców oceniane były w ramach tego kryterium wyłącznie w kategorii spełnia - nie spełnia, odwołujący mógł zatem otrzymać 0 pkt lub 4,5 pkt, bez żadnych możliwości pośrednich.

Odwołujący wskazał na następujące zdarzenia mające miejsce w toku badania i oceny ofert:

Pismem z 1 lipca 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia opisu pracy równoległej jednostek oferowanych przez odwołującego z urządzeniami zakupionymi uprzednio przez zamawiającego.

Zamawiający poprosił również o przedstawienie stosownego zapewnienia od producenta urządzeń. W odpowiedzi odwołujący potwierdził, że oferowane przez niego urządzenia mogą pracować równolegle na wspólnej szynie z jednostkami TDS-1670- MI-H2-LV-R1 produkcji Hitec Power Protection B.V. Na poparcie powyższego twierdzenia wykonawca przedstawił oświadczenie producenta. Niemniej pismem z 10 lipca 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia między innymi czy:

1. Realizacja pracy równoległej na wspólną szynę nie powoduje ingerencji w posiadane przez zamawiającego urządzenia produkcji Hitec Power Protection B.V. w sposób mogący prowadzić do utraty lub naruszenia gwarancji producenta;
2. Odwołujący potwierdza dostępność nie wykorzystanych styków bezpotencjałowych niezbędnych do zrealizowania pracy równoległej w urządzeniach produkcji Hitec Power Protection B.V, zakupionych uprzednio przez zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący stwierdził, że: „Realizacja pracy równoległej na wspólną szynę nie powoduje ingerencji w urządzenia firmy Hitec. Niezbędna jest jednak współpraca logiczna urządzeń Hitzinger z panelami sterowania urządzeń Hitec umożliwiająca wzajemną wymianę informacji i właściwą ich reakcję.” Odwołujący zwrócił również uwagę, że nie ma wpływu na decyzje firmy Hitec, dotyczące warunków gwarancji. W tym samym piśmie odwołujący potwierdził, że nie posiada wiedzy co do urządzeń zakupionych przez zamawiającego w innym postępowaniu i nie może się wiążąco wypowiedzieć, czy posiadają one wystarczającą ilość styków bezpotencjałowych do pracy na wspólnej szynie. Pomimo powyższych wyjaśnień, zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2015 r., ponownie wezwał odwołującego do wyjaśnienia, czy odwołujący w swojej ofercie zaoferował urządzenia posiadające możliwość pracy równoległej na wspólną szynę z zakupionymi przez zamawiającego urządzeniami określonymi w OPZ (...). W odpowiedzi na to wezwanie, odwołujący pismem z dnia 15 lipca 2015 r. ponownie potwierdził powyższe, jak i przytoczył wskazywaną wcześniej argumentację.

W ocenie odwołującego, przyznanie odwołującemu zero punktów w omawianym kryterium świadczy to o oczywiście wadliwej ocenie oferty odwołującego. Odwołujący podkreślił, iż dwukrotnie potwierdzał, że oferowane przez niego urządzenie zapewnia możliwość pracy równoległej na wspólną szynę. Pomimo powyższego, zamawiający (z niewiadomych odwołującemu przyczyn), w kryterium oceny ofert odpowiadającemu temu parametrowi, przyznał odwołującemu zero punktów. Świadczy to o tym, że zamawiający uznał, iż urządzenie oferowane przez odwołującego nie zapewnia w żaden sposób pracy równoległej na wspólną szynę z zakupionymi w wyniku postępowania nr ICM-371-21/2014 jednostkami TDS-1670-MI-H2-LV-R1 produkcji Hitec Power Protection B.V. (2.3.1.1. OPZ). Odwołujący wskazał, że niejednokrotnie podkreślał, że praca równoległa urządzeń

oferowanych z urządzeniami, którymi dysponuje zamawiający z technicznego punktu widzenia jest w pełni możliwa. Jednocześnie odwołujący w składanych wyjaśnieniach podkreślał, że zapewnienie pracy równoległej wymaga niezbędnej współpracy z producentem urządzeń aktualnie wykorzystywanych przez zamawiającego. Innymi słowy, praca równoległa tych urządzeń jest jak najbardziej możliwa, przy czym wymaga znajomości zarówno warunków gwarancji urządzeń, którymi obecnie dysponuje zamawiający, jak i niezbędnej współpracy technicznej.

Odwołujący podniósł również, że zgodnie z postanowieniem pkt 2.3.1.1. OPZ, dodatkowo punktowanym przez zamawiającego miało być urządzenie umożliwiające pracę równoległą na wspólną szynę z zakupionymi w wyniku postępowania nr ICM-371-21/2014 jednostkami TDS-1670-MI-H2-LV-R1 produkcji Hitec Power Protection B.V. Dopiero na etapie badania i oceny ofert zamawiający wskazał, jakoby odwołujący miał zapewnić pracę równoległą w sposób nie powodujący (w żadnym wypadku) naruszenia warunków gwarancji udzielonej przez dotychczasowego dostawcę urządzeń. Świadczy to o rozszerzeniu postawionego wymogu w późniejszym etapie postępowania, co na gruncie przepisów ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Jak wskazał odwołujący, nie jest możliwym jednoznaczne zapewnienie o tym zamawiającego bez znajomości warunków gwarancji udzielonej przez dotychczasowego dostawcę. Odwołujący podkreślił przy tym, że zaoferował urządzenie, które zapewnia (zgodnie z wymogiem pkt 2.3.1.1. OPZ) pracę równoległą na wspólną szynę z zakupionymi w wyniku postępowania nr ICM-371-21/2014 jednostkami TDS-1670-MI-H2-LV-R1 produkcji Hitec Power Protection B.V. Oznacza to, że odwołujący w oparciu o postanowienia art. 9 SIWZ powinien otrzymać 4,5 punktu w ramach omawianego kryterium.

Znamiennym jest, zdaniem odwołującego, że zamawiający przyznał Inventpower Sp. z o.o. w omawianym kryterium 4,5 punktu (maksymalną ilość), a wykonawca ten oferuje urządzenia tego samego producenta, co producent urządzeń, z którymi należało zapewnić pracę równoległą, jak i był dostawcą urządzeń, co do których należy zapewnić pracę równoległą. Odwołujący wywiódł z powyższego, że zamawiający uznał, iż oferowane przez Inventpower Sp. z o.o. urządzenie zapewni pracę równoległą w sposób nie budzący zastrzeżeń zamawiającego. Jest to oczywiste, bowiem w tym przypadku mamy do czynienia z tym samym producentem. Taki sposób oceny spełnienia omawianego wymogu świadczy, w ocenie odwołującego, o tym, że tylko wykonawca oferujący urządzenie producenta Hitec Power Protection B.V. mógł uzyskać punkty w tym kryterium. Oznacza to, że zamawiający poprzez rozszerzenie na etapie badania i oceny ofert zakresu tego wymogu, jak i sposobu przyznawania punktów w tym kryterium, naruszył podstawową zasadę ustawy Pzp, tj. wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców. Wynika to z faktu, że tylko produkty jednego producenta mogły spełnić omawiane kryterium. Powyższe nie wynika jednak z literalnego brzmienia postanowienia pkt 2.3.1.1. OPZ, lecz ze sposobu dokonania oceny przez zamawiającego, bowiem wymóg wskazany w OPZ spełnia m. in. urządzenie oferowane przez odwołującego.

3. Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Inventpower Sp. z o.o.), pomimo że oferta podlegać powinna odrzuceniu.

Zarzut ten, jak stwierdził odwołujący, jest naturalną konsekwencją wcześniejszych zarzutów odwołania. Oczywistym jest, zdaniem odwołującego, że w przypadku prawidłowego działania zamawiającego czynność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej ukształtowałyby się zupełnie inaczej. Wynika to z faktu, że gdyby zamawiający w wyniku ww. naruszeń ustawy Pzp dokonał odrzucenia oferty Inventpower Sp. z o.o., jak i właściwie ocenił ofertę odwołującego, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Dokonanie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu, jak i z jednoczesnym oczywistym wadliwym zastosowaniem przyjętych kryteriów oceny ofert, stanowi oczywiste naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie;
- unieważnienie czynności zamawiającego – wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienie czynności zamawiającego - oceny i badania ofert;
- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności - odrzucenia oferty Inventpower Sp. z o.o. jako oferty niezgodnej z wymogami SIWZ (tj. oferującej urządzenie niespełniające wymogów SIWZ);
- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności - oceny i badania ofert, i przyznanie ofercie odwołującego 4,5 punktu w kryterium UPS dynamiczny umożliwiający pracę równoległą na wspólną szynę z zakupionymi w wyniku postępowania nr ICM-371-21/2014 jednostkami TDS-1670-MI-H2-LV-R1 produkcji Hitec Power Protection B.V. (2.3.1.1. OPZ): [max 4,5 pkt];
- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności - ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu, dokumenty wymienione w treści uzasadnienia, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Inventpower Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ. Izba stwierdziła, iż Inventpower Sp. z o.o. wypełniła wymóg podania poszczególnych informacji umożliwiających identyfikację oferowanego Systemu. Wykonawca dołączył do oferty Formularz nr 5 o treści zgodnej ze wzorem opracowanym przez zamawiającego. Jednocześnie, wypełniając wymóg podania informacji umożliwiających identyfikację oferowanego Systemu, Inventpower Sp. z o.o. dołączyła do oferty kartę katalogową zawierającą wymagane dane. Dodatkowo, zasadnicze informacje wymagane przez zamawiającego zostały podane w pkt 1.1. Formularza oferty.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż karta produktu nie jest przygotowywana dla jednego konkretnego zamówienia, wydawana jest przez producenta, który poprzez zakwestionowany przez odwołującego zapis wskazuje na możliwość dokonywania w czasie zmian we własnej ofercie, czego potwierdzeniem jest

pismo Hitec Power Protection bv z dnia 3 sierpnia 2015 r. Zamieszczanie na kartach produktu analogicznych postanowień jest powszechną praktyką, co znajduje potwierdzenie m.in. na kartach produktu przedstawionych na rozprawie przez Inventpower Sp. z o.o. Tego typu ogólne zastrzeżenie, nie wskazujące na zakres ani na moment zmian, nie przeczy deklaracjom wykonawcy co do oferowanego produktu, w żaden sposób nie modyfikuje oferty, nie tworzy również oferty wariantowej. To wykonawca zobowiązał się do dostarczenia produktu o określonych parametrach i to on odpowiada za właściwą realizację umowy. Co za tym idzie, Izba uznała, że dołączona do oferty Inventpower Sp. z o.o. karta produktu wypełnia cel, w jakim została złożona, tj. zawiera dane pozwalające na potwierdzenie konkretnych parametrów. Stwierdzenie niezgodności oferty Inventpower Sp. z o.o. z treścią SIWZ z uwagi na zakwestionowany przez odwołującego zapis na przedmiotowej karcie produktu stanowiłoby, w ocenie Izby, nadmierny formalizm, który nie może stać się nadrzędną zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego oceny oferty odwołującego w kryterium „UPS dynamiczny umożliwiający pracę równoległą na wspólną szynę z zakupionymi w wyniku postępowania nr ICM-371 -21/2014 jednostkami TDS-1670-MI-H2-LV-R1 produkcji Hitec Power Protection B.V (2.3.1.1. OPZ)”, za spełnienie którego wykonawca mógł otrzymać 4,5 pkt. Izba uznała uprawnienie zamawiającego do badania oferty, a co za tym idzie, uprawnienie do weryfikacji treści złożonych oświadczeń. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż odwołujący w składanych wyjaśnieniach nie potwierdził jednoznacznie, iż dany parametr będzie możliwy do osiągnięcia. Wątpliwości w tym zakresie budzi w szczególności złożone przez odwołującego wraz z pismem z dnia 6 lipca 2015 r. oświadczenie producenta Hitzinger GmbH. Rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę złożone przez zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie oraz przez Inventpower Sp. z o.o. na rozprawie dokonane przez tłumaczy przysięgłych tłumaczenia oświadczenia producenta Hitzinger GmbH, z których pomimo pewnych różnic w tłumaczeniu wynika, iż równoległa praca oferowanego urządzenia Hitzinger z urządzeniem TDS-1670-MI-H2-LV-R1 jest możliwa, ale przy spełnieniu wskazanych w oświadczeniu warunków. Takie „warunkowe” zapewnienie pracy równoległej nie stanowi jednoznacznego potwierdzenia zapewnienia przedmiotowej funkcjonalności, zatem nie może stanowić podstawy do przyznania ofercie odwołującego punktów w przedmiotowym kryterium. O braku rzetelności złożonego w przedmiotowym zakresie przez odwołującego oświadczenia świadczy również treść pisma odwołującego z dnia 13 lipca 2015 r. skierowanego do zamawiającego, w którym odwołujący stwierdza, iż dokonał pewnych założeń. Założenia te nie znajdują jednak oparcia w rzeczywistości i wynikają z braku wiedzy o zakupionych przez zamawiającego urządzeniach. Brak

możliwości pracy równoległej na wspólną szynę z zakupionymi przez zamawiającego wcześniej urządzeniami potwierdziła Hitec Power Protection bv w złożonych przez Inventpower Sp. z o.o. na rozprawie pismach z dnia 14 lipca 2015 r., 31 lipca 2015 r. oraz z dnia 3 sierpnia 2015 r. Izba nie wzięła pod uwagę złożonych przez Inventpower Sp. z o.o. opinii wydanych przez mgr inż. M. Z. z dnia 31 lipca 2015 r. oraz przez mgr inż. Z. B. z dnia 2 sierpnia 2015 r. uznając je za opinię prywatną uczestnika postępowania.

Izba uznała również, iż sporne kryterium w żaden sposób nie naruszało zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sporny parametr, jako jedno z kryteriów oceny ofert, nie warunkował możliwości ubiegania się przez odwołującego o przedmiotowe zamówienie. Izba nie stwierdziła ponadto, aby na etapie oceny ofert zamawiający dokonał jego modyfikacji. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż sporne kryterium można interpretować tylko jako deklarację możliwości pracy równoległej z uwzględnieniem celu, w jakim dokonano uprzedniego zakupu oraz w jakim prowadzone jest przedmiotowe postępowanie.

Tym samym, Izba nie stwierdziła podstaw do unieważnienia dokonanych przez zamawiającego czynności i nakazywania ich powtórzenia.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: