

Sygn. akt: KIO 1978/14

**WYROK**  
z dnia 9 października 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:            Emil Kawa**  
**Protokolant:                Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 października 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2014 r. przez wykonawcę **Pimco Sp. z o.o., 02 – 815 Warszawa, ul. Żołąty 63** w postępowaniu prowadzonym przez **Karpacki Ośrodek Wsparcia Straży Granicznej w Nowym Sączu, 33 – 306 Nowy Sącz, ul. 1-go Pułku Strzelców Podhalańskich 5** orzeka:

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Pimco Sp. z o.o., 02 – 815 Warszawa, ul. Żołąty 63 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Pimco Sp. z o.o., 02 – 815 Warszawa, ul. Żołąty 63, 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 2013r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący: .....

**UZASADNIENIE**

Karpacki Ośrodek Wsparcia Straży Granicznej w Nowym Sączu ul. I Pułku Strzelców Podhalańskich 5 33-306 Nowy Sącz, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę *6 szt. kompletów kombinezonów pirotechnicznych dla lotniczych przejść granicznych.*

Informacja o ogłoszeniu postępowania została ogłoszona w w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.07.2014 r. pod numerem 2014/S 141-252614.

W dniu 17 września zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez Astra Concept Sp. z o.o. Od takiej czynności zamawiającego wykonawca PIMCO" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Żoły 63, 02-815 Warszawa, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 26 września 2014 roku, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu dokonania:

1. wyboru oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o.;

Podnosząc powyższe wskazał, że zamawiający dokonał naruszenia

1. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieuzasadnione dopuszczenie zmian w treści oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. po upływie terminu składania ofert, oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo, że jego pierwotna oferta nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz dokonał on istotnych zmian w treści swojej oferty po upływie terminu składania ofert, co w konsekwencji naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ oraz załącznika nr 6 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia ("SPOZ"), gdyż fabrycznie produkowany kombinezon pirotechniczny model SPS 10a posiada ochronę krocza, chroniącą tętnice pachwinowe, zakładaną pod spodnie (wewnętrzna), a nie jak wymaga tego SIWZ oraz SPOZ zakładaną na spodnie (zewnątrzną).

Jednocześnie wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o. o.;

3. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Równocześnie wniósł o przeprowadzenie przez Izbę szeregu dowodów z innych prowadzonych już postępowań o udzielenie zamówień publicznych, mających wykazać, że oferowany w tych postępowaniach kombinezon SPS 10a charakteryzował się tym, że posiadał sposób zakładania osłony – ochrony krocza pod spodnie, a nie jak tego wymaga zamawiający SIWZ w tym postępowaniu - na zewnątrz spodni.

Uzasadniając podniesione w odwołaniu zarzuty odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy (Astra Concept Sp. z o.o.), którego to oferta powinna zostać odrzucona. W konsekwencji oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, co w sposób oczywisty miało wpływ na wynik postępowania, gdyż przy prawidłowym zastosowaniu przepisów Pzp oferta odwołującego, a nie Astra Concept Sp. z o.o., zostałyby wybrana jako najkorzystniejsza.

Wskazał, że w SIWZ w pkt 2.3. lit. f SPOZ określono, że oferowany kombinezon pirotechniczny w swoim ukompletowaniu powinien posiadać ochronę krocza chroniącą tętnice pachwinowe zakładaną na spodnie. Wybrany wykonawca w pytaniu do zamawiającego sugerował, że w kombinezonie, który zamierzamy zaoferować, „ochrona krocza chroniąca tętnice pachwinowe jest zakładana pod spodnie...”. Jednakże zamawiający nie wyraził zgody na zmianę wymagań w tym zakresie.

Wykonawca Astra Concept Sp. z o.o. w swoim piśmie z dnia 05.09.2014 r., wskazał, że przedmiotem oferty jest kombinezon pirotechniczny model SPS-10a, którego producentem jest firma GARANT GmbH. W wyjaśnieniach (lub w ofercie) Astra Concept Sp. z o.o. brak jest oświadczenia (dookreślenia), że oferowany kombinezon będzie specjalnie modyfikowany na potrzeby przedmiotowego zamówienia, a więc należało przyjąć, że Astra Concept Sp. z o.o. w swojej ofercie zaoferowała standardowy fabryczny kombinezon SPS - 10a, który posiada ochronę krocza chroniącą tętnice pachwinowe zakładaną pod spodnie. Wraz z tym pismem został załączony załącznik nr 1 - oświadczenie producenta potwierdzające spełnienie wymagań wynikających z SIWZ, wraz z informacją producenta kombinezonu pirotechnicznego SPS 10a dotyczącą poszczególnych elementów składowych tego kombinezonu. Z ww. oświadczenia producenta (firmy Garant GmbH) wynika, że część ukompletowania wskazania w SPOZ nie znajduje się w standardowej ofercie fabrycznie produkowanego kombinezonu SPS 10a. Ponadto producent wskazał, że dostarczone spodnie będą wyposażone w zewnętrzną ochronę krocza (jak jest wymagane przez Zamawiającego), która może być również umieszczana wewnątrz spodni. Wskazuje to jednoznacznie, że przedmiotowa zewnętrzna ochrona krocza nie stanowi standardowego wyposażenia kombinezonu SPS 10a, a zostanie specjalnie przygotowana na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Gdyby było inaczej Astra Concept lub producent kombinezonu

SPS 10a przedłożyliby w ramach wyjaśnień jedynie dokumentację techniczną kombinezonu lub inny analogiczny dokument.

Odwołujący uważa, że treścią ww. pisma wykonawcy Astra, złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust.1 ust. Pzp dokonano negocjacji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, a w ich wyniku dokonana została zmiana w treści oferty. Zmiana taka zdaniem odwołującego jest niedopuszczalna. Ponadto zmiana oferty Astra Concept Sp. z o.o. ma charakter istotny i nie mieści się w zakresie dopuszczalnych zmian określonych w art. 87 ust. 1a i 2 Pzp. Zmiana treści oferty po jej złożeniu stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Ponadto należy również wskazać, że dopuszczenie do zmiany oferty jednego z wykonawców narusza jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Tym samym zdaniem odwołującego oferta wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona, gdyż fabryczny model kombinezonu SPS 10a nie odpowiadał treści SIWZ oraz doszło do jej niedopuszczalnej zmiany oferty po upływie terminu do składania ofert, jednak Zamawiający bezzasadnie dokonał zaniechania tej czynności w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne.

W zakresie kolejnego zarzutu odwołujący stwierdził, że do dnia złożenia niniejszego odwołania kombinezon SPS 10a (produkcja Garant GmbH), posiadający fabryczną ochronę krocza zakładaną na spodnie, nie był nigdy oferowany lub publicznie prezentowany (np. na targach). W obrocie oferowany był dotychczas wyłącznie kombinezon SPS 10a, posiadający wewnętrzną zintegrowaną ochronę krocza, tj. zakładaną pod spodnie.

Tym samym oświadczenie producenta kombinezonu SPS 10a (załącznik nr 1 do wyjaśnień.) nie jest wiarygodne i już z samej jego treści wynika, że w przypadku tego kombinezonu w rzeczywistości nie doszło do zmiany systemu ochrony krocza. W oświadczeniu producenta wskazano, że dostarczone spodnie będą wyposażone w zewnętrzną ochronę krocza (jak jest wymagane przez Zamawiającego), która może być również umieszczana wewnątrz spodni.

Stwierdził, że zmiana konfiguracji kombinezonu pirotechnicznego, taka jak zmiana systemu ochrony krocza, nie pozostaje bez wpływu na parametry kombinezonu m. in. Odłamkoodporność, czy ochronę przed zewnętrzną falą ciśnienia. Kombinezony pirotechniczne są zaprojektowane do ochrony przed skutkami wybuchów bomb czy ładunków wybuchowych. Nie jest więc możliwe dokonywanie dowolnych zmian w jego elementach składowych. Przy zmianie jakiegokolwiek elementu w konfiguracji całego kombinezonu należy przeprowadzić wszystkie niezbędne badania, w tym w szczególności na odłamkoodporność czy ochronę przed zewnętrzną falą nadciśnienia. Przy czym przeprowadzenie stosownych testów, badań zajmuje co najmniej 6 miesięcy. Dotychczas

kombinezon SPS 10a nie był oferowany z zewnętrzną ochroną krocza, a tym bardziej w wersji umożliwiającej taką elastyczność. W innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych w 2014 r. na dostawę kombinezonów pirotechnicznych, wykonawca Astra Concept Sp. z o.o. również oferował kombinezon SPS 10a, ale tam była tylko wymagana ochrona krocza bez wskazania umiejscowienia zakładania tej ochrony.

Ponadto wykonawca ten w w różnych postępowaniach o zamówienie publiczne oferuje ten sam kombinezon SPS 10a raz jako posiadający wewnętrzny system ochrony krocza, a inny razem - jak w przedmiotowym postępowaniu - jako posiadający zewnętrzny system ochrony krocza.

**Zamawiający** w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie w całości złożonego w dniu 26.09.2014 r. przez Pimco Spółki z o.o. odwołania, z uwagi na brak podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających zarzuty i żądania odwołującego.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp podał, że zdaniem zamawiającego treść udzielonej odpowiedzi na pytanie w trybie art. 38 ustawy Pzp zadane przez wykonawcę Astra miała wpływ na podjęcie przez wykonawcę decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu oraz na zawartość oferty.

W złożonej w dniu 29.08.2014 r. ofercie, poprzez oświadczenie o pełnej zgodności oferowanego kombinezonu z wymogami określonymi w SIWZ, Astra Concept Sp z o.o. (zwany dalej Wykonawcą") zaoferował dostarczenie, w terminie obowiązywania umowy, przedmiotu zamówienia o minimalnych parametrach żądanych przez zamawiającego. Zdaniem zamawiającego wykonawca nie dopuścił się zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Podał, że zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty i przed podjęciem ewentualnej decyzji co do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust, 1 pkt. 2 PZP powinien zamawiający najpierw zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art.87 ust.1 Pzp. Korzystając z ww. uprawnień zamawiający zażądał od wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty (nie tylko od spółki Astra Concept), wyjaśnień ich treści w formie potwierdzenia odpowiednimi dokumentami złożonych w ofertach oświadczeń dotyczących spełnienia wymogów SWIZ w zakresie przedmiotu zamówienia. W piśmie z dnia 05.09.2014 r. wykonawca wskazał, iż przedmiotem oferty jest kombinezon pirotechniczny model SPS-IOa (którego producentem jest firma GARANT GmbH). Załącznik nr 1 stanowiący integralną część ww. pisma stanowi zaś oświadczenie producenta, z którego wynika, że spodnie będą wyposażone w zewnętrzną ochronę krocza, która może być również umieszczona wewnątrz spodni. Wykonawca w wyjaśnieniach dookreślił, że przedmiotem zamówienia będzie kombinezon pirotechniczny model SPS-10a, którego spodnie będą wyposażone w zewnętrzną ochronę krocza.

Stwierdził, że brak również podstaw do przyznania racji odwołującemu który twierdzi, że kombinezon nie spełnia wymagań zamawiającego chociaż oferuje większą funkcjonalność (dwa sposoby zakładania osłony krocza a nie jeden - tylko na zewnątrz) niż wymagano to w SIWZ. Powyższy stan rzeczy może świadczyć o błędnym zrozumieniu przez odwołującego pojęć określających szczegółowy opis przedmiotu zamówienia takich jak: „*minimalne wymagania*” lub „*o parametrach nie gorszych niż w SOPZ*”.

Nadto podał, że stanowisko odwołującego jest niezasadne również dlatego, że wykonawca oświadczając w ofercie spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego deklaruje także świadomość, że warunkiem odbioru przedmiotu umowy przez zamawiającego jest dostarczenie przez niego deklaracji zgodności w zakresie bezpieczeństwa i obronności, potwierdzonej przez organ upoważniony i musi w tym celu podjąć określone działania w trakcie realizacji zamówienia (por, § 4 projektu umowy stanowiący integralną część SIWZ).

Zamawiający odnosząc się do żądania przeprowadzenia wnioskowanych w odwołaniu dowodów stwierdził, że odwołujący koncentruje się na próbach udowodnienia że w innych, wcześniejszych postępowaniach wykonawca Astra oferował kombinezon, który nie spełnia wymagań SIWZ w postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania. Nie ma również, zdaniem zamawiającego znaczenia podkreślenie w odwołaniu, że kombinezony te oferowano w innych jednostkach organizacyjnych MSW. Warunki postępowania, w tym wymagania wobec przedmiotu zamówienia, w sprawie 3/ZP/14/WZL/SZT, zostały jednoznacznie określone w SIWZ i załącznikach do SIWZ w tej sprawie, Pod kątem ich spełnienia zamawiający żądał wyjaśnień w trybie art.87 ust. 1 Pzp. Dlatego też zamawiający wniósł o nieuwzględnienie wniosków o przeprowadzenie dowodów z dokumentów innych, niż dotyczących przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne. Inne wnioskowane dowody nie mają, zdaniem zamawiającego również żadnego znaczenia w przedmiotowym postępowaniu, a jedynie wpłynęłyby na przewlekłość postępowania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, treści odwołania, złożoną ofertę, jak również biorąc pod uwagę treść odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowisk stron złożonych podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:**

**odwołanie nie może zostać uwzględnione**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp,. Stwierdziła również, że wypełnione zostały przesłanki istnienia interesu odwołującego o których mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp., gdyż uwzględnienie odwołania dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba uznaje za zasadne podanie przed omówieniem powodów takiego rozstrzygnięcia odwołania, stanowiska Izby co do powodów nieuwzględnienia wniosków dowodowych wskazanych w odwołaniu. Zauważenia wymaga, że odwołujący żadnego bezpośredniego dowodu wskazującego na niewątpliwą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie przedstawił, na rozprawie żadnego dokumentu w tym zakresie nie złożył. W odwołaniu składał wnioski dowodowe mające potwierdzić zasadność zarzutów odwołania, które oparte były na jednej tezie, że skoro dotychczas wykonawca Astra w innych postępowaniach oferował kombinezon SPS 10a w wersji z ochroną tętnic pachwinowych, zakładaną pod kombinezon, to i tym razem także może zaoferować tylko taki sam kombinezon. Izba oddaliła wnioski dowodowe mające potwierdzać to stanowisko, gdyż po pierwsze taki dowód nie może przesądzać faktu, że w tym postępowaniu wykonawca nie zaoferuje innej wersji kombinezonu, a ponadto zamawiający też które miałyby zostać wykazane w oparciu o te dowody nie kwestionował.

Ponadto, zdaniem Izby prowadzenie wniosków dowodowych wskazanych w odwołaniu, byłoby dowodzeniem ponad wymaganie zamawiającego wskazane w SIWZ, a takowe należy uznać za niedopuszczalne. Izba uznała również za niecelowe powoływanie biegłego, gdyż odwołujący miał możliwość wykazania wnioskowanej niezgodności za pomocą innych dowodów / np. opinii, kart katalogowych, pism kierowanych do jego producenta, itp., czego nie uczynił. Za wyrokiem SO w Gliwicach z 24.09.2012 Sygn. akt X Ga 128/12 stwierdzić należy, że *ocena celowości zgłoszonych wniosków dowodowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna być dokonywana ze szczególną starannością z uwzględnieniem specyfiki postępowań o udzielenie zamówienia. Zgłaszane dowody nie powinny zmierzać do przedłużania postępowań ponad niezbędny czas. Dotyczy to zwłaszcza takich okoliczności, które mogłyby być wykazywane za pomocą innych, mniej czasochłonnych i wpływających na czas trwania procedur odwoławczych, dowodów.*

Ponadto zauważenia wymaga, że odwołujący wielokrotnie podkreślał, że zawarte w dokumentach czy oświadczeniu złożonym przez wykonawcę Astra informacje nie polegają na prawdzie, jednakże w odwołaniu nie postawił zamawiającemu zarzutu, podania w treści oferty nieprawdziwych informacji. Dlatego też wnioskowanie przeprowadzenia części z wnioskowanych dowodów było oderwane od zakresu podniesionych zarzutów.

Jednakże należy stwierdzić, że po części nie można odmówić racji odwołującemu co do występujących wątpliwości czy oferowane kombinezony są tymi które w ramach tego postępowania chciał zakupić zamawiający. Otóż zamawiający stawiał wymóg aby ochrona krocza była zakładana na spodnie (kombinezon), a nie pod spodnie. W trakcie rozprawy ustalono, co również w odpowiedzi na odwołanie stwierdził zamawiający, że zaoferowane kombinezony posiadają ochronę krocza, która może być zakładana zarówno pod jak i na spodnie kombinezonu i tym samym, jego zdaniem zostały spełnione minimalne wymagania

zamawiającego. Stwierdzić należy, za odwołującym, oceniając przedstawioną w załączniku nr 2 do pisma wykonawcy Astra z dnia 12 września 2014 roku zdjęcie kombinezonu z założoną zewnętrzną ochroną krocza, że tak założona ochrona prawdopodobnie nie chroni całej okolicy bioder, gdyż jest ona węższa od powierzchni spodni kombinezonu.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 stwierdzić należy, że niewątpliwym w sprawie jest fakt iż zamawiający w SIWZ stwierdził, że podstawą oceny zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ będzie tylko oświadczenie wykonawcy w tym zakresie, składane w ofercie. Jednakże zamawiający nie wskazał w jaki sposób będzie następowała ocena zgodności treści SIWZ z treścią oferty, jak również nie wymagał składania na potwierdzenie tej zgodności jakichkolwiek dokumentów czy dodatkowych- poza ww. oświadczeń. Wobec takiej sytuacji zamawiający chcąc pozyskać od wykonawców dodatkowe informacje w tym zakresie, wystąpił do nich z (identycznym) wezwaniem w trybie art. 87 ust.1 Pzp. W sytuacji kiedy zamawiający na potwierdzenie zgodności treści oferty z SIWZ wymagał tylko oświadczenia wykonawcy, to wykonawcy nie byli zobowiązani do ich składania, jednakże takie oświadczenia złożyli, a złożone wyjaśnienia potwierdziły, że złożone oświadczenie nie zostaje zmienione. Tym samym nie można mówić o zmianie treści oferty. Zdaniem Izby informacje jakie żądał zamawiający winny były znaleźć się w wymaganiach SIWZ i winny były zostać złożone wraz z ofertą, a nie dopiero w odpowiedzi na powyższe wezwanie.

Jednakże w orzecznictwie KIO jednoznacznie przyjmuje się, że zamawiający ma prawo do żądania wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wszelkich wątpliwości dotyczących treści oferty, a w szczególności wątpliwości dotyczących przedmiotu świadczenia. Zdaniem Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Astra nie stanowią modyfikacji oświadczenia jego woli, gdyż w dalszym ciągu oferował on wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze złożonym w treści oferty, oświadczeniem woli. Dopiero, gdyby tenże wykonawca w wyniku wyjaśnień zmienił swoje oświadczenie woli zawarte w ofercie, można byłoby mówić o naruszeniu art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. Ważnym elementem dokonanej oceny złożonej oferty było ustalenie, czy z jej treści i złożonych oświadczeń wynikał zamiar złożenia jej przez wykonawcę, jako zgodnej z wymogami specyfikacji.

Zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony przez Izbę, gdyż odwołujący nie wykazał wprost, na czym miała polegać zarzucana zmiana treści oferty wykonawcy Astra, dokonana wyjaśnieniami udzielonymi zamawiającemu w pismach z 5 i 12 września 2014 roku, a tylko taka sytuacja mogła stanowić naruszenie tego przepisu.

Natomiast odwołujący rzekomą zmianę treści oferty w oparciu o złożone wyjaśnienia łączył z faktem, że wykonawca Astra w pytaniu zadany zamawiającemu do SIWZ pytał o możliwość zaferowania kombinezonu z ochroną krocza zakładana do wewnątrz spodni



kombinezonu, a następnie w wyjaśnieniach przesłał oświadczenie producenta kombinezonu, że spodnie będą wyposażone w zewnętrzną ochronę krocza, która może być również umieszczona wewnątrz spodni i stanowić ochronę zakładana od wewnątrz kombinezonu. . Niezasadne jest bezpośrednie łączenie pytania wykonawcy Astra zadane zamawiającemu, ze zmianą treści oferty w wyniku złożonych wyjaśnień, gdyż w pytaniu nie wskazano wprost, jaki kombinezon ma być przez tegoż wykonawcę oferowany.

Zdaniem Izby przedłożone wyjaśnienia nie zmieniają treści złożonej przez Astrę oferty, lecz wykonawca w nich wprost potwierdza, że wykona przedmiot zamówienia tak jak to zadeklarował w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp podać należy na wstępie, że uzasadnienie tego zarzutu zostało już po części wskazane w uzasadnieniu rozstrzygnięcia powyższego zarzutu, w szczególności w zakresie, że podstawą oceny przez zamawiającego zgodności treści oferty z SIWZ było tylko samo oświadczenie wykonawcy. Zamawiający w ofercie oświadczył, że cyt. *„zdobyłem wszelkie informacje, które były potrzebne do przygotowania oferty oraz wyceniłem wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania umowy, oraz akceptuję warunki określone w postępowaniu; oferowana cena uwzględnia wszystkie uwarunkowania oraz czynniki związane z realizacją zamówienia z którymi się zapoznałem i obejmuje cały zakres rzeczowy zamówienia”*. Wobec powyższego brak było podstaw do prowadzenia postępowania dowodowego ponad treść SIWZ. Za wyrokiem SO w Warszawie z dnia 03.06.2013 sygn. akt V Ca 533/13 stwierdzić należy, że decyzja co do sposobu ustalania sposobu oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ pozostawiona jest zamawiającemu, który przy ocenie powinien stosować się do podanych w SIWZ zasad. Tutaj zamawiający wymagał tylko oświadczenia wykonawcy.

Izba stwierdza, że dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające- jak to uczynił odwołujący, zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ.

Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą jego istotnych elementów /por. wyrok KIO 1105/08/. O sprzeczności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia można mówić w takim wypadku, gdy wykonawca w złożonej ofercie wprost wyrazi zamiar odstąpienia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych SIWZ / por. wyrok KIO 354/13/.

W zakresie ocenia stanu zgodności treści oferty z SIWZ zauważenia wymaga, że oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia – tutaj dostawy. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie stanowi o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia /podobnie wyrok KIO o sygn. 1365/14/.

Ocenianie złożonej przez wykonawcę oferty wraz z ww. oświadczeniem, oraz wykazanych w dokumentach parametrach (załączniki do wyjaśnień), poprzez pryzmat stanowiska odwołującego, że dotychczas ten kombinezon był oferowany tylko w wersji z ochroną tętnic pachwinowych zakładanych pod spodnie kombinezonu, w istocie sprowadza się po pierwsze, do odgadywania intencji wykonawcy zaoferowania przedmiotu niezgodnego z SIWZ, a po drugie, że kombinezon oferowany jako fabrycznie nowy, nie może zostać zmodyfikowany dla potrzeb tego zamówienia. Sam odwołujący nie jest pewien niezgodności oferowanego kombinezonu z treścią SIWZ, gdyż w odwołaniu stwierdza, iż niezgodność ma wynikać z *braku oświadczenia (dookreślenia), że oferowany kombinezon będzie specjalnie modyfikowany na potrzeby przedmiotowego zamówienia*, a więc fakt ewentualnej niezgodności wywodzi z braku dokumentu nie wymaganego w SIWZ przez zamawiającego. Ponadto w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 87 ust.1 podaje, że *fabryczny model kombinezonu SPS 10a nie odpowiada treści SIWZ*, co zdaje się potwierdzać stanowisko iż odwołujący po ocenie złożonych przez Astrę dodatkowych wyjaśnień, takiej niezgodności nie jest co najmniej pewien.

Zdaniem Izby, złożone przez wykonawcę oświadczenie o zamiarze wykonania zamówienia zgodnie z wymogiem SIWZ, należy oceniać przez pryzmat treści tego oświadczenia. Uznanie, wbrew temu oświadczeniu, że przedmiot nie spełnia wymagań stawianych treścią SIWZ, wymaga uzyskania co do **tego całkowitej pewności i** nie może opierać się na dedukcji czy domysłach. Stąd, przykładowo rozważania, jaki przedmiot był oferowany przez tego samego wykonawcę w innym postępowaniu, według innych wymagań SIWZ, prowadzonym wobec innego zamawiającego nie są wystarczające dla definitywnego stwierdzenia, co do cech i funkcjonalności oferowanego kombinezonu w tym postępowaniu, a tym samym stwierdzenia, że oferta wykonawcy Astra jest niezgodna z SIWZ.

Po raz kolejny powtórzyć należy, że tym postępowaniu zamawiający dla stwierdzenia zgodności oferty z SIWZ wymagał tylko oświadczenia wykonawcy, tym samym, oferta Astra Concept Sp. z o.o. rozumiana jako zobowiązanie się przez wykonawcę do dostarczenia przedmiotu zgodnego z wymaganiami zamawiającego w pełni odpowiada treści SIWZ. Ponadto stwierdzić należy, że odwołujący pomimo istnienia szeregu możliwości w złożeniu dowodów, które mogłyby uzasadniać podniesione zarzuty, takich dowodów nie złożył, a oczekiwał, że to Izba przejmie na siebie obowiązek pozyskiwania wnioskowanych dowodów. Odwołujący mógł niewątpliwie w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (tj. Dz.U. 2014 poz. 782) pozyskać szereg wnioskowanych

dowodów, ale jak stwierdził pełnomocnik odwołującego na rozprawie, takich czynności zmierzających do uzyskania dowodów, odwołujący nie podjął.

Izba rozstrzygając przedmiotowe odwołanie wzięła pod uwagę również fakt, że na gruncie analizowanego postępowania, wobec kształtu postępowania, jaki nadał mu zamawiający, nawet ewentualne uwzględnienie odwołania i nakazanie ponownego badania i oceny ofert, nie pozwoliłoby na wymaganie od wykonawcy, by przedstawił oferowany przedmiot albo jakiegokolwiek dokumenty go dotyczące, skoro zamawiający w SIWZ nie postawił wymagań złożenia takich dokumentów, czy prezentacji przedmiotowego kombinezonu. Konsekwentnie, zamawiający musi więc polegać na oświadczeniu wykonawcy i nie mógłby skutecznie w żaden sposób egzekwować od wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. czegokolwiek, poza złożonym już w ofercie oświadczeniem.

Zauważenia wymaga, że dodatkowe zabezpieczenie zamawiającego przed ewentualnym niewłaściwym wykonaniem zamówienia stanowi tzw. klauzula bezpieczeństwa zawarta w § 4 projektu umowy, statuująca iż warunkiem odbioru przedmiotu umowy przez zamawiającego jest dostarczenie mu przez wykonawcę umowy, deklaracji zgodności w zakresie bezpieczeństwa i obronności, potwierdzonej przez upoważniony organ.

Wobec powyższych ustaleń przedmiotowy zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Wskazać należy również, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Nie jest rzeczą postępowania odwoławczego analiza dostępnych na rynku produktów, ich cech, właściwości oraz walorów oferowanego przedmiotu lub jego części składowych, lecz ocena czy zamawiający prawidłowo, na podstawie przyjętych w tym postępowaniu kryteriów i zasad dokonywania oceny ofert, dokonał oceny poszczególnych ofert w zakresie ich zgodności z SIWZ.

Izba poza rozstrzygnięciem zarzutów odwołania, wskazuje zamawiającemu, że dopóki zamawiający nie zawrze z wykonawcą umowy, może zawsze jeśli uzna za niezbędne dla prawidłowej oceny ofert, unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonać dalszych ustaleń w sprawie, które mogą mieć wpływ na ostateczne jego stanowisko w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Izba nie stwierdziła również naruszenia innych przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący .....