

WYROK
z dnia 12 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 kwietnia 2015 r.** przez wykonawcę: **BRENNTAG Polska Sp. z o.o., ul. Bema 21, 47-224 Kędzierzyn-Koźle** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Grupową Oczyszczalnię Ścieków w Łodzi Sp. z o.o., ul. Sanitariuszek 66, 93-469 Łódź,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **BRENNTAG Polska Sp. z o.o., ul. Bema 21, 47-224 Kędzierzyn-Koźle,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **BRENNTAG Polska Sp. z o.o., ul. Bema 21, 47-224 Kędzierzyn-Koźle** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE 2014/S 243-427626 z 17.12.2014), którego przedmiotem jest "Sprzedaż i dostarczenie wodorowęglanu sodu do Instalacji Termicznego Przekształcania Osadów i Skratek zlokalizowanej w Grupowej Oczyszczalni Ścieków Łódzkiej Aglomeracji Miejskiej", w dniu 29 kwietnia 2015 r. zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę BRENNTAG Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 22 kwietnia 2015 r. o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Grupowej Oczyszczalni Ścieków w Łodzi Sp. z o.o. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” poprzez niezgodne z prawem odrzucenie złożonej oferty oraz unieważnienie przetargu, to jest naruszenie:

1. art. 89 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekomą jej niezgodność z ustawą polegającą na tym, że Specyfikacja techniczna oferowanego produktu została wydrukowana i zaktualizowana po terminie składania ofert i jako taka nie potwierdzała spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego na dzień składania ofert, podczas gdy przedstawiona Specyfikacja techniczna potwierdza cechy produktu również przed datą jej wydrukowania i aktualizacji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż oferta ta jest w całości zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), w tym również w zakresie określonym w Załączniku nr 1 - Część techniczna pkt 1 Charakterystyka środka chemicznego w części dotyczącej parametru wielkości ziaren;
3. art. 93 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, w sytuacji gdy oferta odwołującego była zgodna z treścią SIWZ, i jako taka odrzuceniu nie podlegała, względnie naruszenie;
4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, względnie art. 87 ust. 1 - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego w toku badania i oceny jego oferty do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez oferowane dostawy parametru wielkości ziaren, w sytuacji gdy jak twierdzi

zamawiający - powziął wątpliwości co do spełnienia przez zaoferowany przez odwołującego produkt parametru wielkości ziaren.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z uwagi na to, że oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, z uwagi na to, że treść tej oferty odpowiadała treści SIWZ,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
4. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, iż legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, albowiem wadliwe odrzucenie jego oferty i unieważnienie postępowania doprowadziło do zamknięcia odwołującemu drogi do uzyskania zamówienia. Odwołujący stwierdził, iż złożona oferta jest jedyną ofertą w tym przetargu, ponieważ zamawiający zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 225/15) odrzucił ofertę Veolia Water Technologies Sp. z o.o., zatem uwzględnienie odwołania doprowadzi do uzyskania zamówienia przez odwołującego.

Odwołujący podnosił i wyjaśniał, co następuje.

Na mocy wyroku KIO z dnia 26 marca 2015 r. sygn. akt: KIO 511/15 zamawiający był zobligowany do unieważnienia swojej wcześniejszej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania oraz do ponownej oceny i badania oferty odwołującego w szczególności w zakresie Załącznika nr 16 tj. Specyfikacji technicznej oferowanego produktu. Wykonując ww. wyrok zamawiający pismem z dnia 14 kwietnia 2015r. wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia Załącznika nr 16 poprzez złożenie na dokumencie podpisu zamiast widniejącej tam parafy pełnomocnika oraz poprzez usunięcie wygenerowanej automatycznie adnotacji: „Parametr „typowy” nie stanowi specyfikacji technicznej i nie może być podstawą do reklamacji, a dane zwarte w niniejszej specyfikacji wynikają z aktualnej wiedzy o produkcie i nie zastępują badań wykonywanych przez odbiorcę przy dostawie” i informacji „Jest ważny bez podpisu.”

W odpowiedzi z dnia 15 kwietnia 2015 r. na powyższe wezwanie, odwołujący złożył Załącznik nr 16 tj. Specyfikację techniczną z podpisem pełnomocnika oraz bez ww. adnotacji, co wymagało ponownego wydrukowania dokumentu z systemu z generowaną automatycznie aktualną datą.

W tych okolicznościach zamawiający na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego wskazując, iż w odpowiedzi na jego wezwanie do uzupełnienia dokumentów wymienionych w wyroku KIO z dnia 26 marca 2015 r. (sygn. KIO 511/15) potwierdzających spełnianie wymagań określonych w SIWZ przez oferowane dostawy na dzień składania ofert tj. 23 stycznia 2015 r., Wykonawca przedstawił Załącznik nr 16 do oferty tj. Specyfikację techniczną niezgodną z ustawą. W ocenie zamawiającego Specyfikacja techniczna oferowanego produktu była niezgodna z ustawą, ponieważ została wydrukowana po terminie składania ofert tj. w dniu 15 kwietnia 2015 r. oraz została zaktualizowana 6 dni po terminie składania ofert tj. 29 stycznia 2015 r. Zdaniem zamawiającego dokument ten nie potwierdzał spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ - nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, a zatem na dzień 23 stycznia 2015 r.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą argumentacją. Stwierdził, że dokumenty przedstawiane przez wykonawców w wyniku wezwania do ich uzupełnienia powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania (...) ofert. Dokumenty złożone w wyniku wezwania zamawiającego mogą więc być wystawione przez właściwy organ lub wykonawcę przed datą, w której upłynął termin składania wniosków lub ofert, lub po tej dacie (w tym również po dacie wezwania do uzupełnienia). Winny one jedynie potwierdzać spełnianie przez dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w dniu, w którym upłynął termin składania odpowiednio wniosków lub ofert. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. KIO 1460/14), w którym stwierdzono: *„Pisma składane w trybie uregulowanym art. 26 ust. 3 p.z.p. mogą nosić daty sporządzenia po upływie terminu składania ofert, jednak muszą te oświadczenia i dokumenty potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert”*, wyrok z dnia 18 listopada 2014 r. (sygn. KIO 2307/14): *„Sformułowane w art. 26 ust. 3 zdanie drugie p.z.p. wymagania odnoszą się do daty zaistnienia materialnych okoliczności, które uzupełniane dokumenty miały potwierdzać, a nie do daty wystawienia bądź sporządzenia dokumentów potwierdzających te okoliczności“* czy też wyrok z dnia 4 listopada 2014 r. (sygn. KIO 2203/14): *„Data wystawienia dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu.”*

Z przytoczonych powyżej wyroków Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący wywiódł, że data wydrukowania, sporządzenia dokumentu po terminie składania ofert jest sprawą

drugorzędną wobec treści tego dokumentu, która powinna potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego na dzień składania ofert.

Odwołujący przekonywał, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy przedłożona przez niego Specyfikacja techniczna - spełnianie przez oferowany produkt wymagań zamawiającego na dzień składania ofert niewątpliwie potwierdza. Wydrukowanie specyfikacji technicznej w dacie 15 kwietnia 2015 r. nie oznacza, że przed datą wydrukowania z systemu odwołującego oferowany produkt nie spełniał żądanych parametrów. Specyfikacja techniczna jest dokumentem określającym cechy i parametry oznaczonego w niej konkretnego produktu.

Odwołujący podkreślił, że z treści omawianej oferty w sposób jednoznaczny wynika, jaki konkretnie produkt zaoferowany został zamawiającemu w tym postępowaniu. Stosownie zaś do brzmienia załączonej do oferty Specyfikacji technicznej z dnia 19 stycznia 2015 r. oraz przesłanej w trybie uzupełnienia Specyfikacji technicznej z dnia 15 kwietnia 2015 r., oba te dokumenty dotyczą tożsamego produktu, oznaczonego tym samym kodem towaru tj. 508395, tą samą nazwą produktu (kwaśny węglan sodu tech. SIL) i posiadającego ten sam skład chemiczny. Wykonawca zaznaczał, że zmiany cech i parametrów wodorowęglanu sodu wpływające w sposób znaczący na charakterystykę towaru i możliwości jego aplikacji prowadziłyby do zmiany jego oznaczenia - kodu w systemie odwołującego, nazwy handlowej oraz składu. Okoliczność, że specyfikacja techniczna została zaktualizowana po terminie składania ofert wyznaczonego na 23 stycznia 2015 r. według odwołującego w żaden sposób nie świadczy o tym, że oferowany produkt się zmienił.

Odwołujący przyznał, że w ramach aktualizacji został zmodyfikowany jedynie sposób opisanego parametru wielkości ziarna:

- a) w Specyfikacji technicznej z dnia 19 stycznia 2015 parametr uziarnienia opisany został przez dwie wartości „wielkość ziarna $> 0,2 \text{ mm } \% \leq 25\%$ i wielkość ziarna $< 0,1 \text{ mm } \% \geq 20\%$ ”,
- b) natomiast obecnie parametr ten jest opisany jedną wartością „Granulacja D90, $\mu\text{m} \leq 500$ ”.

Odwołujący podkreślił, że zmiana sposobu metodyki badania parametru wielkości uziarnienia w żaden sposób nie wpływa na zmianę jakości oferowanego produktu, gdyby tak było to m.in. kod towaru uległby zmianie. Jednocześnie zauważył, że zamawiający mając do dyspozycji dwie specyfikacje techniczne opisujące ten sam produkt mógł z łatwością ustalić charakterystykę fizykochemiczną oferowanego mu przez odwołującego wodorowęglanu sodu.

Odwołujący zaznaczał, że oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest oświadczeniem woli w rozumieniu prawa cywilnego i do ustalenia jej treści winien mieć zastosowanie przepis art. 65 § 1 K.c. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Posługując się ww. dyrektywą wykładni stwierdził, że składając ofertę w postępowaniu zmierzał do zaoferowania zamawiającemu produktu w pełni uwzględniającego wymagania określone w SIWZ. Do swojej oferty załączył dokument (Specyfikację techniczną opatrzoną datą 14.01.2015 r.), z którego spełnienie ww. wymagań na dzień składania ofert wynikało. Wątpliwość zamawiającego dotyczyła w tym przypadku opatrzenia wspomnianego dokumentu niepełnym podpisem osoby reprezentującej odwołującego (tj. parafą). Przy czym, co podkreślił, zamawiający w żaden sposób nie dowiódł tego, aby podpis (parafa) widniejąca na tym dokumencie do osoby uprawnionej do reprezentowania odwołującego nie należała (nie zaprzeczył tożsamości osoby składającej ofertę). W sytuacji, w której odwołujący, uzupełniając ów dokument w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przedłożył zaktualizowaną jego wersję, dotyczącą tego samego produktu o tych samych cechach (różniącą się jedynie zastosowaniem innej metody badawczej dla parametru wielkości ziaren), w ocenie odwołującego - zamawiający nie powinien mieć wątpliwości, że odwołujący spełnienie wymagań SIWZ na dzień składania ofert potwierdził.

Odwołujący podnosił, że zamawiający odrzucił jego ofertę powołując się także na art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp, ponieważ jak uzasadnił w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. - odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów przedstawił nowy Załącznik nr 16 tj. Specyfikację techniczną, który informację o uziarnieniu produktu zawiera w formie podania parametru „Granulacja D90, $\mu\text{m} \leq 500$ ”, który nie zawiera ilości ziaren w poszczególnych zakresach ich wielkości wskazanych w SIWZ. Według zamawiającego w świetle powyższych okoliczności treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ i jako taka podlegała odrzuceniu. Odwołujący wyjaśniał, że zmiany w zakresie Załącznika nr 16 wprowadzone opisaną już powyżej aktualizacją z dnia 29 stycznia 2015 r. wynikały z zastąpienia jednej metody analitycznej badania wielkości ziaren inną metodą i stąd wynikła zmiana w opisie parametru wielkości ziaren. Dotychczasowy zapis „wielkość ziarna $> 0,2 \text{ mm} \% \leq 25$ i wielkość ziarna $< 0,1 \text{ mm} \% \geq 20$ ” został zastąpiony nowym opisem - „Granulacja D90, $\mu\text{m} \leq 500$ ”. Ponownie podkreślił, że powyższa zmiana w żaden sposób nie wpłynęła na zmianę jakości oferowanego produktu, a zatem treść oferty odwołującego była i pozostaje zgodna z SIWZ.

Odwołujący zwracał uwagę, że przedłożenie zaktualizowanej Specyfikacji technicznej bez parametru wielkości ziarna opisanego według metodyki wskazanej w SIWZ nie oznacza jego zdaniem, że oferowany produkt w zakresie tego parametru był niezgodny z SIWZ, co

najwyżej mogło to wywołać u zamawiającego wątpliwości czy ten produkt jest w zakresie tego parametru zgodny. Wątpliwości te mogły być szybko usunięte w drodze porównania obu specyfikacji technicznych o tych samych kodach produktu i tych samych parametrach chemicznych. Ponadto, zauważył, że zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie określił jakie dokładnie parametry mają się znaleźć w specyfikacji technicznej. W rozdziale 6 SIWZ dotyczącym wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Załącznik nr 16 został zatytułowany „Opis - specyfikacja techniczna oferowanego produktu“. A zatem w sytuacji, kiedy w uzupełnionej przez odwołującego Specyfikacji technicznej brakowało informacji o parametrze wielkości ziaren w poszczególnych zakresach ich wielkości wskazanych w SIWZ, według odwołującego - należało w pierwszej kolejności ustalić ten parametr na podstawie złożonych już przez odwołującego dokumentów lub zastosować procedurę wezwania do złożenia wyjaśnień opisaną w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował, że taka kolejność postępowania znajduje potwierdzenie w pierwszym wydanym w niniejszym postępowaniu wyroku KIO z dnia 18 lutego 2015 r., (sygn. akt 225/15). W wyroku tym KIO stwierdziła następująco: *„W odniesieniu do drugiego z parametrów, dotyczącego wilgotności na poziomie 0,25%, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że w ofercie wykonawcy Veolia niewątpliwie nie podano faktycznego parametru wilgotności dla produktu, którego dotyczy Specyfikacja techniczna. Jednocześnie Izba zauważa, że w tym przypadku, wobec wymaganych atestów producenta na etapie odbioru dostaw, Zamawiający był zobowiązany obiektywnie ustalić, czy oferowany produkt spełnia określony parametr. Jednocześnie Izba zauważa, że w tym postępowaniu nie została określona wymagana zawartość Specyfikacji technicznej, a zatem takie ustalenie mogłoby nastąpić tylko w trybie wezwania do złożenia wyjaśnień, o którym stanowi art. 26 ust. 4 ustawy PZP lub art. 87 ust. 1 tej ustawy. Wzywanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP byłoby formalnie niepoprawne, albowiem jak wyżej wskazano, w tym postępowaniu Zamawiający nie określił zawartości Specyfikacji technicznej, zakładając być może, że przykładowo jego szeroka wiedza pozwoli mu w oparciu o nazwę handlową oferowanego wodorowęglanu sodu na zweryfikowanie parametrów technicznych.“*

Odwołujący stwierdził, iż powyższa ocena prawna, wyrażona przez Izbę na gruncie niniejszego postępowania winna być dla zamawiającego wiążąca. Pewność prawa wymaga bowiem, aby w tej samej procedurze analogiczne stany faktyczne były oceniane w ten sam sposób. Odmienna interpretacja prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców (stosowania wobec nich odmiennych zasad), co na gruncie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Wobec powyższego podtrzymał, że zamawiający będąc w posiadaniu

powyższego uzasadnienia wyroku KIO powinien był wiedzieć, iż w sytuacji braku danego parametru w Specyfikacji technicznej należało obiektywnie ustalić czy oferowany przez odwołującego produkt spełnia ten parametr (np. poprzez porównanie obu specyfikacji), albo wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Biorąc pod uwagę, że przypadek braku parametru w Specyfikacji technicznej w niniejszym postępowaniu został już prawomocnie rozstrzygnięty odwołujący przyjął, że zagadnienie to nie powinno być już przedmiotem ponownej oceny, a na pewno już nie odmiennej.

W konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego jako jedynej w niniejszym postępowaniu (zamawiający wcześniej odrzucił ofertę Veolia Water Technologies Sp. z o.o.), zamawiający na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp unieważnił postępowanie. W ocenie odwołującego zamawiający naruszył treść ww. artykułu, ponieważ jak przedstawił wyżej, treść oferty odwołującego odpowiadała treści SIWZ i jako taka odrzuceniu nie podlegała.

W ocenie odwołującego zamawiający ogłaszając przetarg na „Sprzedaż i dostarczenie wodorowęglanu sodu do Instalacji Termicznego Przekształcania Osadów i Skratek zlokalizowanej w Grupowej Oczyszczalni Ścieków Łódzkiej Aglomeracji Miejskiej w Łodzi”, kierował się skrajnym formalizmem i od samego początku dążył do wyboru wykonawcy, z którym dotychczas współpracował tj. Veolia Water Technologies Sp. z o.o. W wyniku wyboru oferty Veolia Water Technologies Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, która to oferta nie odpowiadała treści SIWZ, wykonawca BRENNTAG Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2015 r. (KIO 225/15) nakazała unieważnić czynność wyboru oferty Veolia Water Technologies Sp. z o.o. oraz odrzucić ofertę tego wykonawcy. Odwołujący sugerował, że zamawiający nie chcąc wybrać jego oferty jako najkorzystniejszej, uznał ją za nie odpowiadającą treści SIWZ, powołując się na niezasadne argumenty dotyczące formalnych uchybień. Wykonawca BRENNTAG Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie od powyższej decyzji zamawiającego. KIO w wyroku z dnia 26 marca 2015 r. (sygn. KIO 511/15) w całości uwzględniła odwołanie, nakazała unieważnić czynność unieważnienia postępowania oraz czynność odrzucenia oferty oraz nakazała ponowne badanie i ocenę oferty wykonawcy BRENNTAG Polska Sp. z o.o. w zakresie Załącznika nr 16 i Załącznika nr 17 (Karta charakterystyki, na której zamiast podpisu pełnomocnika widniała jego parafa).

Wykonując ww. wyrok KIO zamawiający kierował się skrajnym formalizmem i dążył do ponownego odrzucenia oferty odwołującego, czego konsekwencją jest trzecie już w tym postępowaniu odwołanie. Przywiódło to odwołującego do wniosków, że zamawiający nie przestrzega fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący zaznaczał, że formalizm w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów należy brać pod uwagę cel ustawy (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r. sygn. akt X Ga 23/07). Jak zauważyła KIO w wyroku z dnia 20 marca 2014 (sygn. akt KIO 421/14) *„Formalizm postępowania - nie może wykraczać poza cel, któremu służy, a który sprowadza się do gwarantowania realizacji wyrażonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, i w konsekwencji zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego”*, czy też wyrok KIO z dnia 10 lutego 2012r. (sygn. 194/12) *„Formalizm stosowany przy ocenie ofert, nie może on być podstawą wyboru oferty najkorzystniejszej. Ofertą najkorzystniejszą jest ta, która przy zachowaniu reguł uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest najkorzystniejsza w sensie cenowym i w zakresie spełniania parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, opisanych w siwz, a nie ta która jest najbardziej poprawna pod względem spełnienia wymogów pisarskich.”*

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: złożonej na rozprawie i do protokołu rozprawy zajął następujące stanowisko.

Oświadczył, że nie kwestionuje i nie ma zastrzeżeń do tego, że Specyfikacja techniczna została wydrukowana z systemu 15 kwietnia 2015 r., i nie to było powodem bezpośrednim odrzucenia oferty odwołującego. Zdaniem zamawiającego uzupełniona Specyfikacja -Załącznik 16 nie określa właściwości parametrów produktu według stanu na 23 stycznia 2015 r. Co więcej, odwołujący dokonując usunięcia braków formalnych Załącznika 16 mógł zastosować tę samą metodę, którą zastosował w odniesieniu do innych uzupełnianych załączników, to jest potwierdzić za zgodność pierwotny dokument Załącznika 16 poprzez umieszczenie danych identyfikujących osobę poświadczającą. Zdaniem zamawiającego możliwe było przekreślenie adnotacji, które należało usunąć lub wydruk ponownie tego samego dokumentu bez tych adnotacji, gdyż następował on z systemu własnego odwołującego. Ponadto, zamawiający zaznaczał, że przyjąłby dowolną formę odpisu byle tylko obejmował on wyznaczone parametry i był właściwie poświadczony za zgodność z oryginałem przez uprawnioną osobę. Tymczasem, odwołujący złożył na wezwanie Specyfikację techniczną zawierającą inny parametr w odniesieniu do uziarnienia. Odwołujący powołuje się na to, że nie zmienił się skład chemiczny wyrobu i jego kod, ale zamawiający chciał mieć opisane w specyfikacji technicznej parametry dla niego istotne i nie musi znać wewnętrznej procedury sposobu oznaczania produktów, aby stwierdzić, że chodzi o ten sam produkt o tych samych właściwościach. W oparciu o uzupełnioną Specyfikację nie mógł wprost ustalić wielkości uziarnienia odpowiadającego wskazaniom SIWZ, w szczególności, co do zawartości procentowej odpowiedniej wielkości granulacji ziaren w

produkcje i w odpowiednich procentowych proporcjach. Zmiana opisu parametru wielkości ziaren na granulację być może dla odwołującego nie wpłynęła na zmianę jakości oferowanego produktu, ale zamawiającemu uniemożliwiła właściwą identyfikację produktu i ocenę czy spełnia on stawiane w SIWZ wymagania. W nowej, zaktualizowanej Specyfikacji z 29 stycznia 2015 r. wielkość ziarna została zastąpiona ogólnym parametrem granulacja D90, $\mu\text{m} \leq 500$ ($500 \mu\text{m} = 0,5\text{mm}$) co oznacza, że ziaren o wielkości $\leq 0,5\text{mm}$ jest w oferowanym produkcie 90%, ale już bez podziału na frakcje. W jaki sposób zamawiający ma zatem ustalić ile procentowo ziaren o wielkości mniejszej niż 0,2mm i wielkości większej niż 0,1mm jest zawartych w produkcie. Jest to zatem produkt o innych właściwościach, i z tego oznaczenia nie można wywieść danych o procentowej zawartości odnośnych frakcji wymienionych w SIWZ. Właściwości fizyczne produktu są inne, natomiast produkt, jego skład chemiczny i oznaczenia mogą być takie same. Zamawiający dodał, że odpowiednia granulacja do stosowania wodorowęglanu sodu w instalacji eliminacji zanieczyszczeń z gazów spalinowych wynika z warunków gwarancyjnych dostawcy instalacji i dla uzyskiwania odpowiednich efektów, które są możliwe do osiągnięcia w przypadku stosowania wodorowęglanu sodu o odpowiednich właściwościach fizykochemicznych, w tym granulacji. Zamawiający podtrzymał, że skoro poprzedni dokument został złożony bez odpowiedniego poświadczenia - to nie ma on żadnej mocy i zamawiający polegał na dokumencie uzupełnionym na wezwanie. Nawet gdyby zamawiający chciał się oprzeć na pierwotnym Załączniku 16, to biorąc pod uwagę uzupełniony Załącznik 16, dane pozostają rozbieżne i nie można w żaden sposób tego przeliczyć, aby uzyskać wymagane dane dotyczące uziarnienia. Zamawiający stwierdził, że procedura wyjaśnień może nastąpić wówczas, kiedy zachodzi pewna wątpliwość, co do treści dokumentu np. w przypadku nieścisłości, natomiast w niniejszej sprawie w Załączniku 16 - nowym, został wprowadzony inny parametr, zatem składanie wyjaśnień prowadziłoby do modyfikacji oferty. W Specyfikacji technicznej chodziło o podanie oznaczonych w SIWZ parametrów, a nie wskazanie metodologii oznaczania. Zamawiający podtrzymał, że wymagał podania ściśle oznaczonych parametrów produktu, umożliwiających mu ocenę przystosowania tego produktu do zamierzonego użytkowania. Odesłał do pełnej treści uzasadnienia powiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego z 22 kwietnia 2015 r., gdzie podał uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia i zawarł również informację o dacie wydruku z 15 kwietnia 2015 r., natomiast powodem odrzucenia oferty odwołującego było to, że specyfikacja została zaktualizowana 29 kwietnia 2015 r. i podaje inne parametry, co jest niezgodne z art. 26 ust. 3 Pzp, który mówi o tym, że dokumenty uzupełnione powinny być nie później niż na datę składania ofert. Ponadto podał, jako przyczynę odrzucenia oferty niezgodność treści oferty z SIWZ biorąc pod uwagę dokument uzupełniony.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego oraz z akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 225/15 oraz KIO 511/15 - dopuszczonych przez Izbę z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp jako dowód - wynika następujący stan faktyczny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ)

Przedmiotem zamówienia jest "Sprzedaż i dostarczenie wodorowęglanu sodu do Instalacji Termicznego Przekształcania Osadów i Skratek zlokalizowanej w Grupowej Oczyszczalni Ścieków Łódzkiej Aglomeracji Miejskiej".

Zamawiana ilość – 1800 ton wodorowęglanu sodu (NaHCO_3) do procesu oczyszczania gazów spalinowych (w szczególności do usuwania gazów kwaśnych tj. tlenków siarki, chlorowodoru, fluorowodoru) w celu zapewnienia zgodności parametrów gazów odlotowych z obowiązującymi przepisami.

Punkt 3 SIWZ. Charakterystyka środka chemicznego:

- wzór chemiczny - NaHCO_3 ,
- zawartość NaHCO_3 ->99%,
- wilgotność -<0,25%,
- wielkość ziaren:
 - >0,2mm -<=0,25%,
 - <0,1mm ->=0,20%
- ciężar nasypowy - ok. 1,0 kg/dm³.
- stan dostawy - ciało stałe krystaliczne (proszek lub drobne kryształy, bez obcych zanieczyszczeń).

W formularzu oferty według załącznika nr 2 do SIWZ zamawiający wymagał wskazania nazwy handlowej zaoferowanego wodorowęglanu sodu oraz nazwy producenta.

W punkcie 8 formularza oferty wykonawca był zobowiązany złożyć oświadczenie, że zapoznał się z treścią specyfikacji i jej załączników oraz, że przyjmuje je bez zastrzeżeń.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa Załącznik nr 1 do Specyfikacji:

1. Charakterystyka środka chemicznego:

- wzór chemiczny- NaHCO_3 ,
- zawartość NaHCO_3 - >99%,
- wilgotność - <0,25%,
- wielkość ziaren:
>0,2mm -<=0,25%,
<0,1mm ->=0,20%

- Ciężar nasypowy- ok. 1,0kg/dm³,

stan dostawy - ciało stałe krystaliczne (proszek lub drobne kryształy, bez obcych zanieczyszczeń).

Dokumenty wymagane w ofercie wykonawcy, między innymi:

Załącznik nr 16 - Opis - specyfikacja techniczna oferowanego produktu.

Załącznik nr 17 - Karta charakterystyki produktu wykonana zgodnie z obowiązującymi przepisami, tj.:

- ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach (Dz. U. z 2011 r., poz. 322 z późniejszymi zmianami),
- rozporządzeniem (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18.12.2006r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów,
- rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1272/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie klasyfikacji, oznakowania i pakowania substancji i mieszanin, zmieniające i uchylające dyrektywy 67/548/EWG i 1999 45 AVE oraz zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1907/2006.

Punkt 14 SIWZ. Kryterium podstawowe (formalne do spełnienia) warunkujące dalsze rozpatrywanie oferty - zgodność oferty z wymaganiami określonymi w specyfikacji oraz przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Ocena spełnienia warunków dokonana zostanie według formuły „spełnia - nie spełnia.” W § 1 wzoru umowy wykonawca zobowiązywał się wykonać przedmiot umowy zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Termin składania ofert - 23 stycznia 2015 r.

W formularzu oferty odwołujący zaoferował - kwaśny węgiel sodu TECH-SIL producenta Sisecam Sode Lukavac d.o.o. Prve ulica 1, 75300 Lukavac.

W dokumentach oferty odwołującego znajdują się:

- 1) Specyfikacja techniczna - kwaśny węgiel sodu TECH-SIL wystawiona przez BRENNTAG Polska Sp. o.o., która podaje:
 - a) wielkość ziaren: $>0,2\text{mm}\%$ - $\leq 0,25\%$,
 - b) wielkość ziaren: $<0,1\text{mm}\%$ - $\geq 0,20\%$,
 - c) gęstość nasypowa kg/dm^3 - typ 1,00.

W karcie charakterystyki produktu str. 43 oferty, sekcja 9 podano: gęstość nasypowa, kg/m^3 - 1000-1200.

Adnotacja parametr „typowy” nie stanowi specyfikacji technicznej i nie może być podstawą do reklamacji.

W zależności od uziarnienia i ciężaru nasypowego producenci wyróżniają sodę oczyszczoną typową (X), grubą (Y) i drobną (Z).

Parametry granulometryczne dla poszczególnych odmian sody oczyszczonej mają znaczenie dla procesu oczyszczania gazów spalinowych w instalacjach (w szczególności do usuwania gazów kwaśnych tj. tlenków siarki, chlorowodoru, fluorowodoru) w celu zapewnienia zgodności parametrów gazów odlotowych z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający w dniu 6 marca 2015 r. powiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający unieważnił postępowanie, bowiem nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący BRENNTAG Polska Sp. z o.o. wobec odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania, a także zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wniósł odwołanie i zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem oferta wykonawcy jest w całości zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również w zakresie określonym w załączniku nr 1 - Część techniczna pkt 1 - Charakterystyka środka chemicznego w części dotyczącej parametru ciężaru nasypowego;
2. art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na unieważnienie postępowania z powodu niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, w sytuacji, gdy oferta odwołującego była zgodna z treścią SIWZ i, jako taka odrzuceniu nie podlegała;
3. art. 78 § 1 kodeksu cywilnego z uwagi na przyjęcie, że przewidziane w tym przepisie wymaganie dotyczące złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli ma zastosowanie do oceny ważności specyfikacji technicznej i karty charakterystyki, podczas gdy ww. dokumenty nie stanowią oświadczenia woli w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, a zatem ich ważność w oparciu o przepis art. 78 § 1 K.c. oceniana być nie może;

4. art. 89 ust.1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego z uwagi na odrzucenie oferty odwołującego, jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, w sytuacji, gdy karta charakterystyki i Specyfikacja techniczna niebędące oświadczeniami woli odwołującego w świetle obowiązujących przepisów nie musiały być przez niego własnoręcznie podpisane.

Z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów, dotyczących podstaw odrzucenia wykonawca wskazał na naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagania dotyczącego parametru ciężaru nasypowego w oferowanym produkcie.

Wyrokiem z dnia 26 marca 2015 r. sygn. akt KIO 511/15 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnić czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz czynność odrzucenia oferty wykonawcy BRENNTAG Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 oraz pkt 8 ustawy Pzp i nakazała ponowne badanie i ocenę oferty tego wykonawcy z zastosowaniem w szczególności procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie załącznika nr 16 oraz załącznika 17 do jego oferty. Zakres uzupełnienia Izba podała w uzasadnieniu w następujący sposób.

„Przy braku zdefiniowania w specyfikacji wartości „około”, dla tej sprawy dopuszczalne jest przyjęcie argumentacji, że wielkość około oraz wielkość typowa - są analogicznymi pojęciami określającymi przybliżoną wartość parametru. Jednakże zdaniem Izby wprowadzone w specyfikacji technicznej zastrzeżenie, że parametr „typowy” nie stanowi specyfikacji technicznej i nie może być podstawą do reklamacji, mógł wywołać wątpliwości, szczególnie u nieprofesjonalnego odbiorcy [być może za takiego należałoby uznać Zamawiającego], aczkolwiek w tym zastrzeżeniu podano także, że dane zwarte w niniejszej specyfikacji wynikają z aktualnej wiedzy o produkcie i nie zastępują badań wykonywanych przez odbiorcę przy dostawie, co z kolei nawet przy założeniu znacznego odchylenia od wartości 1 nie stanowiłoby - jak podał Zamawiający - podstawy do odmowy przyjęcia dostawy wodorowęglanu. Izba w tym miejscu, podobnie jak w wyroku o sygn. akt: KIO 225/15, zwraca uwagę, że zgodnie ze specyfikacją - jej 6 punktem - oznaczonym, jako „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz inne załączniki” - Zamawiający wskazał na załącznik nr 16 - Opis specyfikacja techniczna oferowanego produktu oraz na załącznik 17 - Karty charakterystyki produktu wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami (...). W tym miejscu Izba zauważa, że załączniki te, w związku z podanymi w opisie przedmiotu zamówienia parametrami technicznymi mogły być żądane wyłącznie tylko do potwierdzenia przedmiotowych wymagań oferowanego produktu w związku z wytycznymi przepisu art. 25

ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty być składane, [rozporządzenie w sprawie dokumentów]. Zgodnie ze wskazanym art. 25 ust.1 ustawy Pzp każdy żądany dokument Zamawiający jest zobowiązany odnieść do określonego w specyfikacji wymagania, w przeciwnym wypadku naraża się na zarzut żądania dokumentów z przekroczeniem upoważnienia wyznaczonego powołanym przepisem. To oznacza, że w przypadku uzasadnionych wątpliwości mogła mieć zastosowanie procedura ich wyjaśnienia w oparciu o art. 26 ust.4 ustawy Pzp lub też żądanie specyfikacji technicznej w zakresie tego parametru, celem rozstrzygnięcia tej kwestii. Nie mogło to natomiast stanowić uzasadnienia do zastosowania, jako podstawy odrzucenia oferty art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem z treści dokumentów załączonych do oferty - wobec opisu spornego parametru w siwz - nie wynikał dla gęstości nasypowej inny parametr, aniżeli przybliżona wartość „1”. Odnośnie drugiej podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że w okolicznościach tej sprawy nie mógł stanowić podstawy odrzucenia wskazany art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający w piśmie z dnia 5 marca br wskazał na brak - pomimo wezwania z dnia 4.03.2015 r. - wymaganych punktem 6 i 10c podpisów [na oryginale lub ich kserokopii] na specyfikacji technicznej i karcie charakterystyki załączonych do oferty, co powodowało w zw. z art. 78 § 1 niezgodność ze specyfikacją i nieważność całej oferty. Izba przede wszystkim stwierdza, że wobec treści wezwania z dnia 4 marca br. oraz w związku ze wskazanym punktem 6 specyfikacji dokumenty podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Zastrzeżenie w stopce dokumentu, że jest on ważny bez podpisu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez jednoznacznego zezwolenia Zamawiającego w sytuacji braku ustawowej podstawy prawnej, nie jest skuteczne, jednakże nie może to stanowić podstawy do zastosowania z powodu braku wymaganego podpisu art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, i w konsekwencji uznania nieważności całości oferty, skutkującej jej odrzuceniem. Tak jak podnosił wykonawca specyfikacja techniczna, czy karta charakterystyki oferowanego produktu w okolicznościach tej sprawy nie stanowi oświadczenia woli podmiotu, który je wystawia, tylko oświadczenie wiedzy, które powinno korespondować w całości z treścią oferty zgodnie z wymaganiami danego postępowania. W odniesieniu do czynności potwierdzania kopii dokumentu za zgodność z oryginałem, Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w specyfikacji w punkcie 6 określił jednoznacznie wymagania w tym zakresie. Mianowicie, takie poświadczenie mogło być dokonane przez uprawnionych do składania oświadczeń woli członków władz firmy, lub pełnomocnika, łącznie z ich imiennymi pieczętkami. Wnoszący odwołanie wykonawca, nie wykazał, że umieszczona na załączniku nr 16 i nr 17 oferty parafa przy adnotacji „Za zgodność z oryginałem” pochodzi od osoby upoważnionej do podpisania oferty. W tym miejscu Izba mając na uwadze, chociażby wymagania specyfikacji, ponownie zwraca uwagę,

że aby można było mówić o poświadczeniu dokumentu za zgodność z oryginałem na tym dokumencie powinien się znaleźć, co najmniej podpis i to osoby umocowanej do działania w imieniu wykonawcy. Podobne wymaganie, co do podpisu [bez oczywiście adnotacji, że jest to oryginał] dotyczy oryginału dokumentu, jeżeli uprawnionym wystawcą jest oferent. W konkluzji Izba stwierdza, że załączniki nr 16 i nr 17 do oferty nie stanowią wymaganych w tym postępowaniu dokumentów, które to dokumenty podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.”

Wykonując ww. wyrok zamawiający pismem z dnia 14 kwietnia 2015 r. wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia Załącznika nr 16 (specyfikacja techniczna oferowanego produktu) i załącznika 17 (karty charakterystyki produktu) poprzez złożenie na dokumencie podpisu zamiast widniejącej tam parafy pełnomocnika oraz poprzez usunięcie wygenerowanej automatycznie adnotacji: „Parametr „typowy” nie stanowi specyfikacji technicznej i nie może być podstawą do reklamacji, a dane zwarte w niniejszej specyfikacji wynikają z aktualnej wiedzy o produkcie i nie zastępują badań wykonywanych przez odbiorcę przy dostawie” i informacji „Jest ważny bez podpisu.” Zamawiający zaznaczył, iż dokumenty muszą potwierdzać spełnienie ww. warunków na dzień 23.01.2015 r. tj. - składania ofert.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, odwołujący złożył w dniu 15 kwietnia 2015 r. Załącznik nr 16 tj. Specyfikację techniczną z podpisem pełnomocnika oraz bez ww. adnotacji, wydrukowaną z systemu z generowaną automatycznie aktualną datą, tj. w dniu 15 kwietnia 2015 r., w wersji zaktualizowanej na 29 stycznia 2015 r.

W ramach aktualizacji został zmodyfikowany sposób opisu parametru wielkości ziarna:

- a) w specyfikacji technicznej z dnia 19 stycznia 2015 parametr uziarnienia opisany został przez dwie wartości „wielkość ziarna $> 0,2 \text{ mm } \% \leq 25$ i wielkość ziarna $< 0,1 \text{ mm } \% \geq 20$ ”,
- b) natomiast (w specyfikacji z dnia 29 stycznia 2015 r.) parametr ten jest opisany jedną wartością „Granulacja D90, $\mu\text{m} \leq 500$ ”.

Zamawiający w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. powiadomił, że zgodnie z wyrokiem Izby sygn. akt KIO 511/15 ponownie dokonał badania i oceny oferty odwołującego z zastosowaniem procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie Załącznika nr 16 i 17 do oferty odwołującego.

W wyniku ponownej oceny, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie:

1. art. 89 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp, albowiem jest niezgodna z ustawą. Wskazał, iż w odpowiedzi na jego wezwanie do uzupełnienia dokumentów wymienionych w wyroku KIO z dnia 26 marca 2015r. (sygn. KIO 511/15) potwierdzających spełnianie wymagań określonych w SIWZ przez oferowane dostawy na dzień składania ofert tj.

23 stycznia 2015 r., wykonawca przedstawił Załącznik nr 16 do oferty tj. Specyfikację techniczną niezgodną z ustawą (art. 26 ust. 3 Pzp) oraz wezwaniem zamawiającego z 14.04.2015 r. W ocenie zamawiającego Specyfikacja techniczna oferowanego produktu była niezgodna z ustawą, ponieważ została wydrukowana po terminie składania ofert tj. w dniu 15 kwietnia 2015 r. oraz została zaktualizowana 6 dni po terminie składania ofert tj. 29 stycznia 2015 r. Zdaniem zamawiającego dokument ten nie potwierdzał spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ - nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, a zatem na dzień 23 stycznia 2015 r.

2. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego powołując się także na art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp, bowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów przedstawił nowy Załącznik nr 16 tj. Specyfikację techniczną, który nie odpowiada treści SIWZ i nie potwierdza parametrów, o których mowa w punkt 3 SIWZ i załącznika nr 1 do SIWZ, w zakresie wielkości ziaren: „wielkość ziarna $> 0,2 \text{ mm}$ $\leq 25\%$ i wielkość ziarna $< 0,1 \text{ mm}$ $\geq 20\%$ ”.

Zamawiający stwierdził brak powyższych parametrów w nowym załączniku 16 do oferty, natomiast załącznik zawiera nowy dodatkowy parametr „Granulacja D90, μm ≤ 500 ”, który nie zawiera ilości ziaren w poszczególnych zakresach ich wielkości wskazanych w SIWZ.

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - z braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, mógł zatem wykazywać, że czynności zamawiającego dotyczące oceny jego oferty - zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało zważyć, iż przez sam fakt, że w formularzu oferty według załącznika nr 2 do SIWZ zamawiający wymagał wskazania nazwy handlowej zaoferowanego wodorowęglanu sodu, i nie żądał wprost wyspecyfikowania w tym dokumencie spełnienia przez zaoferowany produkt parametrów technicznych granicznie oznaczonych w punkcie 3 SIWZ i w Załączniku nr 1 do SIWZ - nie oznacza, że z powyższej przyczyny oferta wykonawcy mogła pozostawać całkowicie niedookreślona. Jeżeli zamawiający w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - Załączniku nr 1 do

specyfikacji oraz w Charakterystyce środka chemicznego sformułował jednoznaczny wymóg, między innymi w zakresie wielkości ziaren:

>0,2mm -<=0,25%,

<0,1mm ->=0,20%

Ciężar nasypowy- ok. 1,0kg/dm³,

- spełnienie tych wymogów musiało znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach oferty.

Nie można było również pominąć, iż zgodnie z opisem zawartym w SIWZ zamawiany wodorowęglan sodu (NaHCO₃) o odpowiednich parametrach dostosowanych do użycia w instalacjach zamawiającego ma służyć do procesu oczyszczania gazów spalinowych (w szczególności do usuwania gazów kwaśnych tj. tlenków siarki, chlorowodoru, fluorowodoru) w celu zapewnienia zgodności parametrów gazów odlotowych z obowiązującymi przepisami, a więc ma być w pełni przydatny do zamierzonego celu.

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący złożył oświadczenie w formularzu oferty, że zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z wszystkimi warunkami SIWZ, poprzez stwierdzenie w punkcie 8, że zapoznał się z treścią specyfikacji i jej załączników oraz, że przyjmuje je bez zastrzeżeń.

Warunek ten został powtórzony w § 1 obowiązującego wzoru umowy. Zamawiający nie żądał potwierdzenia spełnienia wymagań minimalnych (granicznych) odrębnym oświadczeniem wykonawcy. Zapowiedział natomiast, że ocena spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań zamawiającego będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia w oparciu o załączone do oferty dokumenty, stwierdzając na stronie 18 SIWZ punkt 14, że kryterium podstawowe (...) warunkujące dalsze rozpatrywanie oferty - to zgodność oferty z wymaganiami określonymi w specyfikacji oraz przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Z kolei, SIWZ przewidywała, aby w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają stawianym wymaganiom, wykonawca przedłożył dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowany produkt wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W celu potwierdzenia spełnienia powyższych wymagań, w tym wymagań w odniesieniu do wielkości ziaren: $>0,2\text{mm}$ $\leq 0,25\%$; $<0,1\text{mm}$ $\geq 0,20\%$ do oferty należało dołączyć:

Załącznik nr 16 - Opis - specyfikację techniczną oferowanego produktu.

Załącznik nr 17 - Kartę charakterystyki produktu wykonaną zgodnie z obowiązującymi przepisami

- potwierdzające spełnienie wymagań minimalnych dla oferowanego produktu, określonych w załączniku nr 1 do SIWZ. Zamawiający dopuścił wydruk ze strony producenta/sprzedawcy wyrobu - przy czym konieczne było, aby informacje zawarte w tych dokumentach potwierdzały spełnienie wymagań parametrów wyznaczonych przez zamawiającego.

Odwołujący w sposób uogólniony zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami. Treść oferty kreuje bowiem zobowiązanie wykonawcy. Zamawiający nie poprzestał jednak na samej treści oferty (zobowiązania) wykonawcy, gdyż wymagał przedstawienia dokumentów potwierdzających, że zaoferowana dostawa odpowiada istotnej treści SIWZ.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Z kolei § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) pozwala w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, aby żądać w szczególności:

1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego;

2) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Żądanie Specyfikacji technicznej oferowanego produktu mieści się w upoważnieniu przywołanych wyżej przepisów. Dokumenty te jednak nie stanowią treści oferty, która pod rygorem nieważności zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp wymaga formy pisemnej. Dokumenty te (oprócz poświadczania za zgodność z oryginałem) nie są podpisywane przez wykonawcę jako jego oświadczenie woli stanowiące - ofertę, lecz pochodzą najczęściej od podmiotów zewnętrznych - od producentów /sprzedawców wyrobów. Z powyższych przyczyn dozwolone jest ich uzupełnianie w przeciwieństwie do samego zobowiązania ofertowego.

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji złożonej oferty oraz (...) dokonywania jakiegokolwiek zmiany jej treści. Z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp możliwe jest uzupełnianie dokumentów, w tym dokumentów przedmiotowych - potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Należy jednak zauważyć, że procedura uzupełniania dokumentów ma charakter jednorazowy i nie może być ponawiana.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (...), albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zawierające błędy (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu albo konieczne będzie unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie (...) przez oferowane dostawy (...) wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu składania (...) ofert.

Oдноśnie braków w dokumentach dotyczących wyrobu - kwaśny węglan sodu TECH-SIL producenta Sisecam Sode Lukavac d.o.o. (w tym Specyfikacji technicznej oferowanego produktu) w ofercie odwołującego wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 marca 2015 r. sygn. akt KIO 511/15, która stwierdziła, że „załączniki nr 16 i nr 17 do oferty nie stanowią wymaganych w tym postępowaniu dokumentów, które to dokumenty podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp” oraz nakazała unieważnienie czynność odrzucenia oferty wykonawcy BRENNTAG Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 oraz pkt 8 ustawy Pzp i nakazała ponowne badanie i ocenę oferty tego

wykonawcy z zastosowaniem w szczególności procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie Załącznika nr 16 oraz Załącznika 17 do jego oferty. Wykonując ww. wyrok zamawiający pismem z dnia 14 kwietnia 2015 r. wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia Załącznika nr 16 poprzez złożenie na dokumencie podpisu zamiast widniejącej tam parafy pełnomocnika oraz poprzez usunięcie wygenerowanej automatycznie adnotacji: „Parametr „typowy” nie stanowi specyfikacji technicznej i nie może być podstawą do reklamacji, a dane zwarte w niniejszej specyfikacji wynikają z aktualnej wiedzy o produkcie i nie zastępują badań wykonywanych przez odbiorcę przy dostawie” i informacji „Jest ważny bez podpisu.”

Odwołujący nie zakwestionował czynności powyższego wezwania odwołaniem, skąd należało przyjąć, iż uznał je za zgodne z wytycznymi omawianego wyroku Izby.

Niekwestionowany fakt stanowiło, że w odpowiedzi na wezwanie, odwołujący złożył Załącznik nr 16 tj. Specyfikację techniczną z podpisem pełnomocnika oraz bez ww. adnotacji, wydrukowaną z jego własnego systemu z generowaną automatycznie aktualną datą, tj. w dniu 15 kwietnia 2015 r., w wersji zaktualizowanej na 29 stycznia 2015 r., a w ramach aktualizacji Specyfikacji technicznej został zmodyfikowany sposób opisu parametru wielkości ziarna:

- a) w specyfikacji technicznej z dnia 19 stycznia 2015 parametr uziarnienia opisany został przez dwie wartości „wielkość ziarna $> 0,2 \text{ mm } \% \leq 25$ i wielkość ziarna $< 0,1 \text{ mm } \% \geq 20$ ”, tak jak wymagała SIWZ,
- b) natomiast w specyfikacji z dnia 29 stycznia 2015 r. odwołujący zupełnie wyeliminował powyższe parametry uziarnienia i oznaczył nowy parametr opisany jedną wartością „Granulacja D90, $\mu\text{m} \leq 500$ ”.

W ocenie Izby, w oparciu o wyrok Izby wydany pod sygn. akt KIO 511/15 i wezwanie zamawiającego odwołujący był jedynie uprawniony, aby złożyć tę samą Specyfikację techniczną jaką zamieścił w dokumentacji oferty, tyle tylko, że w sposób prawidłowy potwierdzoną za zgodność z oryginałem i po wyeliminowaniu zapisów: „Parametr „typowy” nie stanowi specyfikacji technicznej i nie może być podstawą do reklamacji, a dane zwarte w niniejszej specyfikacji wynikają z aktualnej wiedzy o produkcie i nie zastępują badań wykonywanych przez odbiorcę przy dostawie” i informacji „Jest ważny bez podpisu.”

W żadnym razie odwołujący nie był uprawniony, aby przedstawiać nową Specyfikację produktu - ze zmianą opisu parametru uziarnienia oferowanego wodorowęglanu sodu. Izba nie uwzględniła wyjaśnień odwołującego, że zmiana w specyfikacji z dnia 29 stycznia 2015 r., gdzie parametr ten jest opisany jedną wartością „Granulacja D90, $\mu\text{m} \leq 500$ ” dotyczyła jedynie odmiennej metody badawczej. Specyfikacja techniczna ma podawać i podaje parametry produktu, a nie metody badawcze, które to metody z reguły oznaczane są

według odnośnych norm, podawane w certyfikatach wyrobu, czy w przypisach do kart katalogowych.

W powyższych okolicznościach należało stwierdzić, iż odwołujący nie wypełnił wezwania zamawiającego, a ponadto dopuścił się niedozwolonej w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany treści oferty po upływie terminu jej złożenia - w sensie pierwotnego zobowiązania realizacji dostawy zgodnej z wymogami SIWZ. Działanie odwołującego nie mieściło się w dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, że uzupełniany dokument ma potwierdzać spełnianie wymagań - nie później niż na dzień składania ofert, który w tym przypadku wyznaczony został na 23 stycznia 2015 r.

Zamawiający nie narzucił formy Specyfikacji technicznej, iż może to być jedynie wydruk ze strony internetowej producenta lub sprzedawcy. Odwołujący przedstawiał wydruki z własnej strony internetowej. Mógł to być zatem dokument w formie dokonanego odpisu, poświadczony za zgodność z oryginałem w sposób przewidziany w SIWZ, obejmujący te same parametry techniczne, jak podane pierwotnie w dokumentacji oferty. Jeżeli wadliwy dokument zastępowany jest w drodze wezwania zamawiającego - innym dokumentem, to nie można uwzględniać dokumentu poprzedniego - jak postulował odwołujący. Należało zważyć, iż treść tych obu specyfikacji pozostaje rozbieżna w zakresie parametru wielkości ziarna i nie są możliwe żadne wyjaśnienia w tej kwestii, czy to na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ani na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż prowadziłyby to do niedozwolonych negocjacji treści oferty i do jej zmiany po upływie terminu składania ofert.

Wbrew stanowisku odwołującego, w tych okolicznościach problem nie sprowadzał się do potwierdzenia wydrukiem z bieżącą datą uzupełnianego dokumentu - tych samych cech produktu, które zostały zaoferowane w momencie złożenia oferty - ale dotyczył zmian parametrów przedmiotowo istotnych dla prawidłowej realizacji zamówienia. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że w oparciu o uzupełnioną Specyfikację nie mógł on wprost ustalić wielkości uziarnienia odpowiadającego wskazaniom SIWZ, w szczególności, co do zawartości procentowej odpowiedniej wielkości frakcji uziarnienia w produkcie, i w odpowiednich proporcjach. Dokonana zmiana opisu parametru wielkości ziaren na granulację - uniemożliwiła właściwą identyfikację produktu i ocenę czy spełnia on stawiane w SIWZ wymagania. W nowej, zaktualizowanej Specyfikacji, z 29 stycznia 2015 r. wielkość ziarna została zastąpiona ogólnym parametrem granulacja D90, $\mu\text{m} \leq 500$ ($500 \mu\text{m} = 0,5\text{mm}$) co oznacza, że ziaren o wielkości $\leq 0,5\text{mm}$ jest w oferowanym produkcie 90%, ale już bez podziału na wyznaczone frakcje. Nie możliwym było stwierdzenie - ile procentowo ziaren o wielkości mniejszej niż 0,2mm i wielkości większej niż 0,1mm jest zawartych w produkcie. Jest to zatem wyrób o innych niesprecyzowanych - wbrew wytycznym SIWZ właściwościach i z tego oznaczenia nie można wywieść danych o procentowej zawartości odnośnych

wielkości uziarnienia - wymienionych w SIWZ. Właściwości fizyczne produktu są inne, natomiast produkt, jego skład chemiczny i oznaczenia mogą pozostawać takie same. Odpowiednia granulacja (z podziałem na frakcje) do stosowania wodorowęglanu sodu w instalacji eliminacji zanieczyszczeń z gazów spalinowych wynika z warunków gwarancyjnych dostawcy instalacji i dla uzyskiwania odpowiednich efektów, które są możliwe do osiągnięcia w przypadku stosowania wodorowęglanu sodu o odpowiednich właściwościach fizycznych, w tym dotyczących wielkości uziarnienia.

Z powyższych względów Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący w uzupełnieniu dokumentów swojej oferty przedstawił nowe parametry uziarnienia węglowodoru sodu, wykraczające poza zakres otrzymanego wezwania. Bez znaczenia pozostawał ten sam skład chemiczny wyrobu, gdyż istotna była także jego postać uziarnienia, mająca znaczenie dla ciężaru nasypowego i warunków stosowania produktu w instalacjach zamawiającego. Pod tym samym kodem produktu i jego nazwą mogą występować wyroby o różnym uziarnieniu, gdyż parametr nie dotyczy składu chemicznego.

W związku z uzupełnieniem dokumentów przedmiotowych w zakresie dopuszczonym przez zamawiającego - krańcowo zachodziły podstawy do stwierdzenia, że jakkolwiek złożone ogólne zobowiązanie odwołującego w formularzu oferty wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami SIWZ nie uległo zmianie, to dokumenty, w oparciu o które treść oferty (zobowiązania) wykonawcy BRENTAG Polska Sp. z o.o. podlegała weryfikacji - postulowanej zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ - nie potwierdziły.

W sytuacji, gdy zachodzi sprzeczność zobowiązania wykonawcy oferującego oznaczony sposób realizacji zamówienia - dostawy produktu o odpowiednich właściwościach wyspecyfikowanych w SIWZ - z dokumentami składanymi na potwierdzenie realności składanych deklaracji, w oparciu o które to dokumenty - zamawiający zapowiedział w warunkach przetargu dokonanie oceny oferty - zachodzą podstawy do finalnego uznania, że istotna treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia, gdyż ustawodawca nie przewidział odrębnej podstawy dla odrzucenia oferty z tej przyczyny, iż złożone dokumenty przedmiotowe nie potwierdzają zobowiązania wykonawcy zaciągniętego w formularzu ofertowym. Zaakceptowanie oferty odwołującego prowadziłoby do sytuacji, że na etapie realizacji zamówienia, powołując się na zawartość dokumentów swojej oferty - wykonawca mógłby dostarczyć produkt niezgodny z wyznaczonymi parametrami technicznymi. W przedmiotowym postępowaniu oferent w zakresie poszczególnych parametrów, dla których postawiono ścisłe wymagania - winien przedstawić dotyczącą wyrobu Specyfikację jednoznacznie potwierdzającą ich istnienie.

Tylko taki sposób przedstawienia dokumentacji wyrobu dawał zamawiającemu możliwość zweryfikowania odpowiedniej treści oferty wykonawcy. Oferta odwołującego takich warunków nie spełnia.

Materiał dowodowy sprawy dawał podstawy do stwierdzenia, że odrzucenie oferty odwołującego z przyczyn wskazanych w powiadomieniu z dnia 22 kwietnia 2015 r. znajdowało normatywne wsparcie w przywołanym, jako podstawa tej czynności art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów przedstawił nowy Załącznik nr 16 tj. Specyfikację techniczną, który informację o uziarnieniu produktu zawiera w formie parametru „Granulacja D90, $\mu\text{m} \leq 500$ ”, i który nie zawiera ilości ziaren w poszczególnych zakresach ich wielkości wskazanych w SIWZ. Specyfikacja techniczna oferowanego produktu była niezgodna z ustawą, tj. z art. 26 ust. 3 Pzp, niezależnie od daty jej wydrukowania, ponieważ została zaktualizowana 6 dni po terminie składania ofert tj. 29 stycznia 2015 r., zatem dokument ten nie potwierdzał spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ - nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert - na dzień 23 stycznia 2015 r.

W ustalonych okolicznościach zamawiający nie miał też obowiązku wzywania odwołującego do składania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, lub w oparciu o art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż stwierdzona niezgodność miała charakter zasadniczy i nie mogła zostać usunięta w drodze wyjaśnień - prowadzących do zmiany treści oferty w zakresie odstępowania od wyznaczonego sposobu wykazania spełniania przez oferowane dostawy parametru wielkości ziaren. Tym samym, w ocenie Izby żądanie uzupełnienia dokumentu jest możliwe jedynie w odniesieniu do produktu pierwotnie zaoferowanego w ofercie - biorąc pod uwagę wyspecyfikowane jego cechy. W przeciwnym bowiem razie wykonawca miałby swobodę wymiany parametrów istotnych dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia - po upływie terminu składania ofert, co godziłoby w zasadę niezmienności oferty, a także stanowiło obejście zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. Dopuszczenie do sformułowania, bądź skonkretyzowania przez wykonawcę treści oferty po upływie terminu składania ofert byłoby ponadto sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W wyroku z dnia 7 maja 2014 r. sygn. akt KIO 796/14 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: *„w każdym przypadku uzupełniania dokumentów przedmiotowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający będzie musiał rozstrzygnąć (...) kwestię, czy dane uzupełnienie (...) jest prawidłową realizacją dyspozycji art. 26 ust. 3 P.z.p., czy też stanowi naruszenie generalnego zakazu modyfikacji treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy.”* Również w literaturze przedmiotu prezentowany jest pogląd o konieczności korelacji

między prawem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów a zakazem dokonywania przez niego zmiany treści złożonej oferty „*przepisy o dokumentach dotyczących jakości przedmiotu zamówienia - art. 25 ust. 1, procedura ich uzupełniania - art. 26 ust. 3 oraz przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów - nie mogą być rozumiane i właściwie stosowane w oderwaniu od oferty. Ich składanie i możliwość uzupełniania zostały co prawda uregulowane szczegółowo w art. 26 ust. 3, ale nie może to prowadzić do naruszenia norm odnoszących się do niezmienności zobowiązania zawartego w ofercie (...). Dokumenty te nie służą bowiem opisaniu oferowanego produktu, lecz wyłącznie potwierdzeniu cech jakościowych produktu opisanego w ofercie.*” [cyt. za Janusz Dolecki, Dokumenty wskazane przepisami art. 25 ust. 1 pkt 2, w: Zamówienia Publiczne - Doradca, Nr 9/2010 r.]

Izba nie stwierdziła, iż działania zamawiającego - jak zarzucał odwołujący, nakierowane były na wybór oferty wykonawcy Veolia Water Technologies Sp. z o.o., gdyż w trakcie pierwszej oceny ofert - zamawiający nie dopatrywał się braków w ofercie odwołującego. Zamawiający jest bowiem uprawniony, aby korygować swoje czynności w trakcie kolejnej oceny ofert, i może to czynić aż do czasu zawarcia umowy, co potwierdza treść art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp - gdyż w tych też granicach czasowych Izba jest uprawniona, aby nakazywać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego, lub jej unieważnienie.

Skoro nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu, zaistniały przesłanki ustawowe unieważnienia postępowania określone art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zarzuty odwołującego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.), to jest naruszenia:

1. art. 89 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekomą jej niezgodność z ustawą polegającą na tym, że Specyfikacja techniczna oferowanego produktu została wydrukowana i zaktualizowana po terminie składania ofert i jako taka nie potwierdzała spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego na dzień składania ofert, podczas gdy przedstawiona Specyfikacja techniczna potwierdza cechy produktu również przed datą jej wydrukowania i aktualizacji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż oferta ta jest w całości zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), w tym również w zakresie określonym w Załączniku nr 1 - Część techniczna pkt 1 Charakterystyka środka chemicznego w części dotyczącej parametru wielkości ziaren;
3. art. 93 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, w sytuacji gdy oferta odwołującego była zgodna z treścią SIWZ, i jako taka odrzuceniu nie podlegała, względnie naruszenie

4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, względnie art. 87 ust. 1 - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego w toku badania i oceny jego oferty do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez oferowane dostawy parametru wielkości ziaren, w sytuacji gdy jak twierdzi zamawiający - powziął wątpliwości co do spełnienia przez zaoferowany przez odwołującego produkt parametru wielkości ziaren

- nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....