

Sygn. akt: KIO 1915/17

WYROK
z dnia 28 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2017 r. przez wykonawcę Transactor Security Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 257A, 04- 667 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Centralny Zarząd Służby Więziennej, 02- 521 Warszawa, ul. Rakowiecka 37 A

przy udziale wykonawcy: Alfa System sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1915/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Transactor Security Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 257A, 04- 667 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Transactor Security Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 257A, 04- 667 Warszawa 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 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Centralny Zarząd Służby Więziennej, 02- 521 Warszawa, ul. Rakowiecka 37 A wszczął w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa 20 urządzeń rentgenowskich do prześwietlania paczek i bagaży (część I) oraz dostawa 20 wielostrefowych bramowych wykrywaczy metali (część II), znak sprawy 12/17/TK.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 czerwca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S 120-242266.

W dniu 8 września 2017r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i w tym samym dniu poinformował o tym Odwołującego: Transactor Security Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 257A, 04- 667 Warszawa.

W zakresie części I zamówienia wybrano ofertę wykonawcy Alfa- System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Oferta złożona przez Odwołującego nie podlegała ocenie, gdyż Zamawiający na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp, odrzucił jego ofertę.

Zamawiający wskazał, że treść oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ:

1. „Tabliczka znamionowa udostępnionego do testów urządzenia nie wskazuje na 2017 rok produkcji, co m.in. wymagał zamawiający.”,

2. „Zaoferowane urządzenie jest przystosowane do pracy pod napięciem sieciowym 220V, co jest niezgodne z obowiązującymi w tym zakresie normami oraz wymaganiami zamawiającego. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, urządzenie powinno być przystosowane do pracy pod napięciem sieciowym 230V.”.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 13 września 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez Zamawiającego oraz zaniechania czynności przez Zamawiającego, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części I.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp poprzez podjęcie oraz zaniechania następujących czynności w postępowaniu w zakresie dotyczącym części I:

1. odrzucenie oferty Wykonawcy w dniu 8 września 2017r.,
2. wyboru oferty Alfa- System Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
3. zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości w zakresie roku produkcji oferowanego urządzenia typu AUTOCLEAR 5333, 160 kV rok produkcji 2017 (dalej „urządzenie”) przez Odwołującego,
4. zaniechania wyjaśnienia wątpliwości: czy oferowane przez Odwołującego urządzenie jest przystosowane do pracy pod napięciem 230V,
5. zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia oferty lub złożenia wyjaśnień w przedmiocie braku na tablicy znamionowej wskazania roku produkcji.

Według Odwołującego powyższe czynności i zaniechania stanowią naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania, a w szczególności dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz niezgodnie z zasadami przejrzystości poprzez:

1) posługiwanie się zapisami SIWZ z sposób wybiórczy i niezgodny z zasadami udzielania zamówień publicznych:

- celem testowania urządzenia miała być „ocena jego przydatności przez Zamawiającego”- str.8 SIWZ, a z czynności oceny urządzenia Zamawiający wywiódł zupełnie inne konsekwencje w stosunku do Wykonawcy.

- wywiedzenie z informacji wskazanej na str.8 SIWZ w brzmieniu „Urządzenie przedstawione do testowania musi być identyczne z urządzeniem będącym przedmiotem późniejszej dostawy - nie spełnienie tego wymogu spowoduje odrzucenie oferty str.8 SIWZ, wniosku, że brak daty na tablicy znamionowej urządzenia przedstawionego do testowania jest w efekcie podstawą do odrzucenia oferty, mimo, iż z żadnego zapisu SIWZ taki rygor nie wynika, a na pewno nie został wyartykułowany w SIWZ.

2) zaniechania wyjaśnienia wątpliwości wskazanych w pkt 3. związanych z ofertą Wykonawcy, wybór oferty Alfa- System Sp. z o.o., mimo, iż w rzeczywistości przymiot najkorzystniejszej oferty spełniałby Odwołujący, gdyby Zamawiający dokonał oceny jego oferty.

2. art. 26 ust.3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do

złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie roku produkcji urządzenia będącego przedmiotem testu i braku wskazania na tablicy znamionowej roku produkcji urządzenia, przy przyjęciu, że urządzenie do testowania było dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 i 2 ustawy.

3. art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie zażądania od Wykonawcy wyjaśnień w zakresie:

1) czy oferowane przez Wykonawcę urządzenie jest przystosowane do pracy pod napięciem 230V;

2) czy oferowane przez Odwołującego urządzenie jest wyprodukowane w 2017r.;

3) czy oferowane przez Odwołującego urządzenie, które miało być przedmiotem dostawy będzie posiadało tabliczkę znamionową informującą o roku produkcji 2017;

4. art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy mimo, iż treść oferty odpowiadała treści SIWZ.

5. art. 89 ust.4 i 5 ustawy Pzp poprzez nie uwzględnienie faktu, iż Wykonawca legitymuje się certyfikatami i innymi dokumentami potwierdzającymi spełnianie norm europejskich, w tym w zakresie przystosowania urządzenia do zasilania 230V (specyfikacja techniczna wraz z elektrycznym schematem zasilania urządzenia, declaration of conformity z tłumaczeniem, oświadczenie producenta potwierdzające datę produkcji i in.)

6. art. 91 ust.1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty spółki Alfa- System Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mimo, iż gdyby Zamawiający nie naruszył powyżej wskazanych przepisów ustawy i dokonałby oceny oferty Odwołującego, to wówczas winien był wybrać ofertę Wykonawcy, jako ofertę najkorzystniejszą.

oraz

7. art. 30 a ust. 4 ustawy w związku z art. 2 ust.1 pkt 23) dyrektywy unijnej 2014/24/UE z dnia 26 czerwca 2014r., która nie została implementowana przez Rzeczpospolitą Polską w zakresie definicji „etykiety”, poprzez zaniechanie uprzedniego zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienia w przedmiocie roku produkcji urządzenia, a w efekcie brak możliwości zastosowania normy określonej ww. przepisem.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosil o:

1. nakazanie Zamawiającemu Centralnemu Zarządowi Służby Więziennej unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,

3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

4. dopuszczenie dowodu z zeznań świadka:

- C. G. i K. G. (wezwanie na adres Odwołującego) na okoliczność przebiegu procesu testowania urządzenia w dniu 11 sierpnia 2017r. sprawnego działania urządzenia, w tym braku problemów z zasilaniem podczas testów oraz tego, iż przedmiotem opinii- ekspertyzy sporządzonej przez Stowarzyszenie Elektryków Polskich Oddział Warszawski im. Kazimierza Szpotańskiego Ośrodka Rzeczoznawstwa i Usług Technicznych, było to samo urządzenie, które było przedmiotem testu w dniu 11 sierpnia 2017r.

5. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu elektryki, jeśli Zamawiający nie przyzna okoliczności wskazanych w ekspertyzie dołączonej do niniejszego odwołania, na okoliczność, że urządzenie Autoclear 5333 160 kV: 16-12-12- L391 jest przystosowane do pracy pod napięciem sieciowym 230V.

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w SIWZ wskazał, iż będzie testował oferowane urządzenia: „Wykonawcy udostępnią jedno oferowane urządzenie wraz z instrukcją obsługi w języku polskim, w celu oceny jego przydatności przez Zamawiającego, w terminie nie późniejszym niż 4 dni robocze od otwarcia ofert. Urządzenie przedstawione do testowania musi być identyczne z urządzeniem będącym przedmiotem późniejszej dostawy - nie spełnienie tego wymogu spowoduje odrzucenie oferty” (str. 8 SIWZ) - podkreślenia autora odwołania. Zamawiający wymagał także, że „Przedmiot zamówienia winien być fabrycznie nowy, kompletny od wad konstrukcyjnych, materiałowych, wykonawczych i prawnych, wyprodukowany w 2017r., posiadać trwale naniesione oznaczenie nazwy, modelu, producenta i roku produkcji” (str. 15 SIWZ).

Zauważył, że Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Odwołujący złożył oferty na obie części zamówienia.

Z uwagi na fakt, iż przedmiotem niniejszego odwołania są czynności Zamawiającego w zakresie części I - Odwołujący wskazał, iż poniżej opisane okoliczności należy łączyć z zakresem części I postępowania.

Dalej, Odwołujący zaznaczył, że w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał parametry techniczne i wymagania, które oferowany sprzęt winien spełniać. Jednym z parametrów było zasilanie: 230V, 50- 60 Hz.

Powołał się również na następujące okoliczności:

1) W dniu 10 sierpnia 2017r. Wykonawca złożył ofertę, w której zaoferował dostawę Zamawiającemu urządzenia typu AUTOCLEAR 5333, 160 kV rok produkcji 2017, zwanego dalej urządzeniem,

2) W dniu 10 sierpnia 2017r. nastąpiło otwarcie ofert, o czym Zamawiający poinformował wykonawców. Z przedmiotowego protokołu wynikało, że oferta złożona przez Wykonawcę gwarantuje Zamawiającemu najkorzystniejsze warunki,

3) W dniu 11 sierpnia 2017r. w siedzibie Zamawiającego miało miejsce testowanie urządzenia. Z czynności sporządzono protokół,

4) Przedmiotem testu było urządzenie rentgenowskie do prześwietlania paczek i bagaży typu AUTO CLEAR nr 16-12-012-391, rok produkcji 2017r.

W ww. czynnościach testowania udział wzięli:

- ze strony Zamawiającego: por. D. S. i mł. chor. W. D.
- ze strony Wykonawcy: p. M. A., p. K. G., p. C. G.
- ze strony ALFA- SYSTEM- p. J. R.
- ze strony SAE- p. P. M.,

5) Z czynności został spisany protokół.

W protokole dotyczącym ww. urządzenia wskazano następujące informacje:

- rok produkcji: 2017,
- pod poz. 10 zasilanie 230V, 50- 60 Hz: „220V 50Hz” i adnotację „nie spełnia”.

6) Podczas testowania, urządzenie działało bez zarzutu.

7) Przedstawiciele Zamawiającego nie wnosili żadnych uwag do pracy urządzenia. Zamawiający nie kwestionował roku produkcji urządzenia, co zostało ujęte w oświadczeniu złożonym w ww. protokole: „rok produkcji 2017”.

8) Podczas testowania nie było żadnych problemów z zasilaniem urządzenia,

9) W dniu 8 września 2017r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i w tym samym dniu poinformował o tym Wykonawcę. W zakresie części I zamówienia - wybrano ofertę wykonawcy Alfa- System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Oferta złożona przez Wykonawcę nie podlegała ocenie, gdyż Zamawiający na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy odrzucił ofertę Wykonawcy. Zamawiający wskazał, że treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ:

1. „Tabliczka znamionowa udostępnionego do testów urządzenia nie wskazuje na 2017 rok produkcji, co m.in. wymagał zamawiający.”,

2. „Zaoferowane urządzenie jest przystosowane do pracy pod napięciem sieciowym 220V, co jest niezgodne z obowiązującymi w tym zakresie normami oraz wymaganiami zamawiającego. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, urządzenie powinno być przystosowane do pracy pod napięciem sieciowym 230V. ”.

W ocenie Odwołującego, czynność dokonana przez Zamawiającego jest sprzeczna z przepisami ustawy Pzp.

Według Odwołującego, fakt, iż tabliczka znamionowa nie wskazywała na 2017, jako rok produkcji nie jest podstawą do odrzucenia oferty, z przyczyn poniższych.

W związku z tym wskazał, iż Zamawiający nie wymagał w SIWZ, iż „tabliczka znamionowa ma wskazywać” rok produkcji 2017, a takie twierdzenia podniósł w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Podkreślił, że Zamawiający wskazał w SIWZ, że „przedmiot zamówienia winien (...) posiadać trwałe oznaczenie (...) roku produkcji”, co nie jest równoznaczne, że to tabliczka znamionowa ma wskazywać rok produkcji 2017r.

Wykonawca podniósł, że urządzenie oferowane przez Wykonawcę ma „zakodowane” oznaczenie roku produkcji i nosi przymiot „trwałego oznaczenia”, przy czym Zamawiający nie zażądał od Wykonawcy jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego - w pierwszej kolejności należałoby ustalić jaki charakter miały próbki (w opisanym stanie faktycznym- urządzenia rtg) wymagane przez Zamawiającego w SIWZ, a dostarczane przez wykonawców w czasie i miejscu wskazanym przez Zamawiającego.

W opinii Odwołującego pomocnym w tym zakresie jest oświadczenie Zamawiającego wskazane na str.8 SIWZ, iż „Wykonawcy udostępnią jedno oferowane urządzenie wraz z instrukcją obsługi w języku polskim, w celu oceny jego przydatności przez Zamawiającego(...)”.

Powołał się przy tym na przepis §13 ust.1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016r. poz. 1126) zgodnie z

którym, w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek.

Jednak pomimo tak jednoznacznego uregulowania w kontekście kwalifikacji próbki wciąż budzi ona poważne wątpliwości.

Wywodził, że w zależności zatem od przyjętego stanowiska wobec kwalifikacji próbki - jako części oferty czy dokumentu przedmiotowego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podejmowane będą kolejno czynności związane z oceną próbki w trakcie badania i oceny ofert oraz ustalenie praw i obowiązków zarówno wykonawcy, jak i zamawiającego.

W kontekście wskazanych rozbieżności w kwalifikacji próbka będzie zatem – w przekonaniu Odwołującego - stanowiła część oferty, gdy określa ona przedmiot zobowiązania wykonawcy i podlega badaniu w ramach kryterium oceny oferty, np. w kryterium jakości bądź funkcjonalności. Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegółowujące jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia.

Natomiast w przypadku przyjęcia odmiennej klasyfikacji urzędnika, uznając urządzenie jako próbkę i za mieszczącą się wśród wymagań dotyczących dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wymóg żądania próbki będzie miał – według Odwołującego - na celu potwierdzenie spełnienia warunków postawionych w SIWZ, a co za tym idzie - przybierze inny kształt odnośnie do procedury wyjaśnienia i uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ustawy. Ponieważ jednak brak jednoznacznych przesłanek rozróżniających wymagania dotyczące złożenia próbki, należy każdorazowo badać cel, w jakim żądana jest próbka, odnosząc się przy tym do konkretnego stanu faktycznego.

Podkreślił przy tym, iż konsekwencją sklasyfikowania próbki jako części oferty lub uznania za dokument przedmiotowy będą odmienne uregulowania w zakresie badania i oceny ofert. W przypadku uznania próbki za dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający, stwierdzając brak próbki lub jej niezgodność z wymogami postanowionymi w SIWZ, zobligowany jest do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w celu wezwania wykonawcy do uzupełnienia próbki lub na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do

złożenia wyjaśnień w przypadku wystąpienia pewnych rozbieżności między ofertą a próbką.

Zarzucił, że Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty nie wskazał w rzeczywistości merytorycznej argumentacji, a zatem pojawia się pytanie, dlaczego Zamawiający nie ustalał, czy np. rok produkcji może być umieszczony w innym miejscu urządzenia niż tablica znamionowa?

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający nie zwrócił się w tym przedmiocie do Wykonawcy o wyjaśnienia, a podjął decyzję o odrzuceniu oferty, mimo, iż zaistniały przesłanki określone przepisem art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Natomiast w sytuacji, gdy próbka stanowi element treści oferty, uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne, gdyż byłoby de facto uzupełnieniem oferty niekompletnej o brakujący jej element.

Odwołujący stwierdził, że w tym przypadku również odpowiednią podstawą prawną wezwania do wyjaśnień w zakresie próbki stanowiącej część oferty będzie art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe oraz fakt nieprecyzyjnego sformułowania SIWZ przez Zamawiającego w zakresie „Urządzenie przedstawione do testowania musi być identyczne z urządzeniem będącym przedmiotem późniejszej dostawy - nie spełnienie tego wymogu spowoduje odrzucenie oferty” str.8 SIWZ i wywiedzenie z tego zapisu wniosku, iż urządzenie zaoferowane przez Wykonawcę nie jest zgodne z SIWZ wydaje się być – w ocenie Odwołującego - sprzeczne zasadami prawa zamówień publicznych i obowiązkiem równego traktowania wykonawców, jak również zasadami współżycia społecznego.

Argumentował, że zapis wskazany przez Zamawiającego jest nielogiczny i błędny pod względem stylistyki, a urządzenie oferowane przez Wykonawcę spełniało wszelkie kryteria i wymogi określone przez Zamawiającego, a jedynie Zamawiający uchybił swoim obowiązkom określonym przepisami ustawy Pzp.

Wskazał, że Zamawiający wymagał od wykonawców dostarczenia do testowania „identycznego sprzętu”, aczkolwiek jak wskazano powyżej - zapis sformułowany w tym zakresie przez Zamawiającego w SIWZ jest interpretowany przez Zamawiającego, co najmniej w sposób sprzeczny z zasadami logiki.

W ocenie Odwołującego „identyczny sprzęt”, to nie jest sprzęt, który ma identyczną

tabliczkę znamionową. Wiadomym jest, że jeśli przedmiotem dostawy jest 20 urządzeń, to nie zawsze jest tak, że będą miały np. ten sam numer serii, a tym samym będą od siebie różniły się treścią tabliczek, mimo, że to będzie nadal taki sam sprzęt, o takich samych parametrach i będzie spełniał wszelkie wymogi wskazane przez Zamawiającego.

W związku z tym przyjęcie na etapie testowania, że dostarczony sprzęt nie spełnia wymogów Zamawiającego, gdyż na tabliczce znamionowej nie ma roku produkcji, bez próby ustalenia okoliczności, jest czynnością sprzeczną z przepisami ustawy.

Co więcej, zwrócił uwagę, że sam Zamawiający doprecyzował w SIWZ, iż urządzenie jest przedkładane do testowania „w celu potwierdzenia przydatności <urządzenia> przez Zamawiającego”. Informacje znajdujące się na tablicach znamionowych nie były przedmiotem oceny na zasadzie „spełnia - nie spełnia” wymogów wskazanych przez Wykonawcę w ofercie w kontekście żądań Zamawiającego (vide: protokół z dnia 11 sierpnia 2017r.).

Podkreślił, że celem przeprowadzenia testu było „ocena przydatności urządzenia” przez Zamawiającego, jak wskazał sam Zamawiający na str. 8 SIWZ, a nie sprawdzanie „identyczności urządzenia”.

Zarzucił, że uzasadnienie Zamawiającego w ww. zakresie jest hasłowe i mało precyzyjne, z uwagi na użycie zwrotu „m.in.”.

Zauważył przy tym, że z powyższego zwrotu wynika, że Zamawiający również z innych powodów podjął decyzję o odrzuceniu oferty w tym zakresie, przy czym nie wskazał ich Wykonawcy. W związku z tym, brak jest podstaw do ewentualnego rozszerzania argumentacji przez Zamawiającego przed Krajową Izbą Odwoławczą, o dodatkowe nie wyartykułowane do tej pory argumenty.

W kolejnym zarzucie podniósł, że stwierdzenie Zamawiającego, że zaoferowane przez Wykonawcę urządzenie nie jest dostosowane do pracy pod napięciem sieciowym 230V, jest stwierdzeniem nieprawdziwym.

Wskazał, że w dokumentach zgromadzonych w ramach ww. postępowania z udziałem Wykonawcy, informacja o tym, iż urządzenie charakteryzuje się parametrem 220V znajduje się tylko w jednym miejscu, tj. w protokole z testowania urządzenia.

Przyznał, że taka informacja została ujęta w protokole z tego względu, iż na

urządzeniu widnieje tabliczka znamionowa, na którym wskazano parametr 220V.

Zwrócił uwagę, że w czasie testowania, tj. podłączenia do zasilania, urządzenie działało nienaganne. Nie było żadnych ujemnych skutków w czasie pracy urządzenia.

Podniósł, że w dniu 14 sierpnia 2017r. Wykonawca wysłał do Zamawiającego drogą elektroniczną maila, w którym jeszcze raz zapewnił Zamawiającego, że oferowany sprzęt spełnia wymogi określone specyfikacją w zakresie zasilania 230V. Do maila dołączone zostało oświadczenie producenta wraz z tłumaczeniem na język polski, którego treść potwierdziły twierdzenia Wykonawcy.

Wskazał, że w dniu 1 września 2017r. Wykonawca wysłał do Zamawiającego pismo, w którym podtrzymał stanowisko w sprawie, powołał się i dołączył oświadczenie producenta i zaznaczył, iż dodatkowo posiada opinię - ekspertyzę w przedmiocie parametrów zasilania urządzenia.

W świetle powyższego, Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający widząc, w czasie testowania, informację umieszczoną na urządzeniu – 220V, posiadając zapewnienia Wykonawcy, że urządzenie spełnia parametr 230V oraz dysponując oświadczeniem Producenta potwierdzającym twierdzenia Odwołującego oraz wiedząc, że istnieje ekspertyza winien zwrócić się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień, czego jednak nie uczynił, lecz od razu odrzucił ofertę.

Powołał się na przepis art. 87 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający na podstawie ww. przepisu może żądać wyjaśnień dotyczących np. oferowanego przedmiotu zamówienia, warunków i terminu wykonania umowy.

Sytuacja, w której zamawiający wyjaśnia treść oferty jednego wykonawcy, nie korzystając z przedmiotowego uprawnienia w przypadku innego wykonawcy, budzi – zdaniem Odwołującego - wątpliwości na tle zasady równego traktowania oferentów.

Wykonawca wskazał przy tym, że w sierpniu 2017r. zwrócił się do Stowarzyszenia Elektryków Polskich Oddział Warszawski im. Kazimierza Szpotańskiego Ośrodka Rzecznawstwa i Usług Technicznych z wnioskiem o sporządzenie opinii w przedmiocie urządzenia AutoClear 5333 160kV, gdzie przedmiotem ekspertyzy był dokładnie ten sam sprzęt, który był testowany przez Zamawiającego.

W opinii - ekspertyza Nr 160/08/ORiUT/2017 z dnia 31 sierpnia 2017r.wskazano: „Zgodnie z przeprowadzoną analizą otrzymanych dokumentów i oględzinami urządzenia Autoclear 5333 160kV:J6-12-12-L391 wraz ze zintegrowaną z urządzeniem jednostką zasilającą EG-A VR-0801, urządzenie może pracować jako zasilane z sieci 230/400V przy jej parametrach znamionowych dla częstotliwości 50Hz i odchyleniach napięcia $U_{n+/-} \sim 10\%$, tj. przy napięciu sieciowym 230V które są parametrami w sieci zgodnych z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego.”.

Zdaniem Odwołującego parametry urządzenia zostały potwierdzone także w innych dokumentach:

- specyfikacji technicznej wraz z elektrycznym schematem zasilenia urządzenia,
- declaration od confirmity wraz z tłumaczeniem na język polski,
- oświadczenie producenta potwierdzające datę produkcji urządzenia w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski.

W świetle powyższego stwierdził, iż urządzenie oferowane Zamawiającemu spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ, a oferta złożona przez Wykonawcę winna zostać poddana ocenie i uznana za najkorzystniejszą.

Dodatkowo, wskazał, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 4 i 5 ustawy Pzp w przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że roboty budowlane, dostawy lub usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne z normami, europejskimi ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których się ona odnosi, jeżeli wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą środków, o których mowa w art. 30b ust. 1, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 1, zamawiający nie może odrzucić oferty zgodnej z Polską Normą przenoszącą normę europejską, normami innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącymi normy europejskie, z europejską aprobatą techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową lub z systemem referencji technicznych ustanowionym przez europejski organ normalizacyjny, jeżeli te normy, aprobaty, specyfikacje i systemy referencji technicznych dotyczą wymagań dotyczących wydajności lub

funkcjonalności określonych przez zamawiającego. W takim przypadku, wykonawca w ofercie musi udowodnić, w szczególności za pomocą środków, o których mowa w art. 30 b ust. 1, że obiekt budowlany, dostawa lub usługa, spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego przepisu art. 30 a ust. 4 ustawy wskazał, że oznakowanie to zaświadczenie, poświadczenie lub każdy inny dokument, potwierdzający, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi (art. 2 pkt 16 ustawy).

W ocenie Odwołującego, definicja wprowadzona przez polskiego ustawodawcę do ustawy nie odzwierciedla w pełni definicji „etykiety” wskazanej w art. 2 ust.1 pkt 23 dyrektywy unijnej 2014/24/ UE z dnia 26 czerwca 2014r., która tym samym nie została w pełni implementowana przez ustawodawcę polskiego, a tym samym może być źródłem prawa i być bezpośrednio stosowana.

W myśl ww. artykułu „etykieta” oznacza dowolny dokument, zaświadczenie lub poświadczenie potwierdzające, że dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi”.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 30a ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający mógł określić w opisie przedmiotu zamówienia w kryteriach oceny ofert lub w warunkach realizacji zamówienia określone oznakowanie, w przypadku zamówień o szczególnych cechach, jeżeli spełnione będą łącznie następujące warunki:

- wymagania dotyczące oznakowania dotyczą wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego zamówienia;
- wymagania dotyczące oznakowania są oparte na obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminujących kryteriach;
- warunki przyznawania oznakowania są przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie zainteresowane podmioty, w tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;
- oznakowania są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron;
- wymagania dotyczące oznakowania są określane przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o oznakowanie nie może wywierać decydującego wpływu.

Zauważył, że w przypadku gdy zamawiający nie wymaga, aby roboty budowlane,

dostawy lub usługi spełniały wszystkie wymagania dotyczące oznakowania, zobowiązany jest wskazać poszczególne wymagania dotyczące oznakowania.

Jeżeli wymagane będzie przedstawienie określonego oznakowania, zamawiający obowiązany jest akceptować wszystkie oznakowania potwierdzające, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania. Zgodnie z przepisem art. 30 ust.4 ustawy Pzp w przypadku gdy wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie będzie mógł uzyskać określonego przez zamawiającego oznakowania lub oznakowania potwierdzającego, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania, zamawiający w terminie przez siebie wyznaczonym będzie obowiązany akceptować inne odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca udowodni, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonego oznakowania lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest akceptować również certyfikaty wydane przez inne niż certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność, sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę oraz certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do tego certyfikatu, sprawozdania lub certyfikatu wydanego przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający jeśli nie uznałby, że są podstawy do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia oferty winien był zastosować procedurę wskazaną w przepisie art. 30a ust.4 ustawy, czego jednak nie uczynił.

Wskazał, że sankcja odrzucenia oferty stanowi najdalej idącą dolegliwość w stosunku do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, dlatego też Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, powinien usunąć wszelkie wątpliwości związanego z ewentualną jej wadliwością.

Pismem z dnia 18 września 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Alfa System sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 8 września 2017r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 26 września 2017r. wraz z załącznikami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art.26 ust.3, art.30a ust.4, art.87 ust.1, art. 89 ust.1 pkt.2, ust.4 i 5 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba doszła do przekonania, że Zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na równych zasadach, w transparentnych warunkach o czym świadczy udział wszystkich zainteresowanych uczestników w czynności testowania zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Wobec czego zarzut naruszenia art.7 ust.1 i 3 ustawy Pzp należało uznać za bezpodstawny.

Przechodząc do dalszego rozpoznania zarzutów odwołania Izba stanęła na stanowisku, że testowane urządzenie stanowiło treść oferty nie podlegającą uzupełnieniu.

O powyższym – zdaniem Izby – przesądza okoliczność braku opisanego w SIWZ możliwości uzupełnienia urządzenia w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że stosownie do art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji

dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wymaga również zauważenia, że wynik czynności testowania urządzenia z dnia 11 sierpnia 2017r. nie został przez Odwołującego zaskarżony odwołaniem, a wobec tego w tym zakresie należało uznać je za spóźnione.

W myśl przepisu art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W rozpoznawanej sprawie wiadomość o okoliczności nie spełniania przez Odwołującego wymogu parametru zasilania, 230V, 50-60 Hz powziął on w dniu 11 sierpnia 2017r., podczas gdy odwołanie w tej sprawie zostało wniesione w dniu 13 września 2017r.

Z tych względów wnioski o przeprowadzenie dowodu z ekspertyzy i opinii biegłego z zakresu elektryki, a także ze specyfikacji technicznej wraz z elektrycznym schematem urządzenia należało uznać za bezprzedmiotowe.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że protokół z testowania zawierający rubrykę uwagi z tej czynności został podpisany przez Odwołującego bez jakichkolwiek zastrzeżeń, co według Izby ma to znaczenie prawne, że dokonane w nim badanie i ocena urządzenia są wiążące dla uczestników testu w zakresie parametru zasilania.

W związku z powyższym nie ma znaczenia czy urządzenie działało w trakcie testowania, co jest okolicznością bezsporną, niewymagającą dowodzenia, lecz istotne jest, że Odwołujący uczestnicząc w tej czynności zaakceptował negatywną ocenę urządzenia dokonaną przez Zamawiającego.

Mając na uwadze, że okoliczność wskazująca na działanie urządzenia w trakcie testowania była bezsporna należało uznać, że dowód z zeznań świadków również nie znajduje uzasadnienia.

Według zapatrywania Izby nie potwierdził się także zarzut zaofierowania urządzenia zgodnie z SIWZ z powodu braku posiadania trwale naniesionego oznaczenia roku produkcji.

Izba uznała, że umieszczenie roku produkcji powinno być dokonane w sposób umożliwiający odczyt tej daty przez Zamawiającego bez żadnych dodatkowych zabiegów technicznych, a umieszczenie daty zaszyfrowanej w ciągu znaku, możliwej do ewentualnego odczytu jedynie przez producenta urządzenia nie spełnia takiego wymogu.

W ocenie Izby zatem powoływanie się przez Odwołującego na oświadczenie producenta, nie ma żadnego znaczenia, odnośnie daty produkcji, skoro nie jest ona uwidocznioma na urządzeniu.

Izba również zwróciła uwagę, że Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował wymagania ust.2 pkt 1 SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający wymagał, żeby przedmiot zamówienia był fabrycznie nowy, kompletny, wolny od wad konstrukcyjnych, materiałowych, wykonawczych i prawnych, wyprodukowany w 2017r., i winien on posiadać trwałe oznaczenie nazwy, modelu, producenta i roku produkcji, a zatem zarzut naruszenia art.30a ust.1 ustawy Pzp nie jest trafny.

Zgodnie z brzmieniem powyższego przepisu w przypadku zamówień o szczególnych cechach, zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia w kryteriach oceny ofert lub w warunkach realizacji zamówienia określone oznakowanie, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- 1) wymagania dotyczące oznakowania dotyczą wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego zamówienia;
- 2) wymagania dotyczące oznakowania są oparte na obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminujących kryteriach;
- 3) warunki przyznawania oznakowania są przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie zainteresowane podmioty, w tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;
- 4) oznakowania są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron;
- 5) wymagania dotyczące oznakowania są określane przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o oznakowanie nie może wywierać decydującego wpływu.

Odwołujący w żaden sposób, przed złożeniem oferty, nie sygnalizował Zamawiającemu problemu z oznaczeniem produktu przez producenta.

Nadto - według zapatrywania - Izby istota sporu nie sprowadzała się do kwestii związanych z oznakowaniem produktu w rozumieniu definicji, o której mowa w art.2 pkt.16 ustawy Pzp, gdzie pod tym pojęciem - należy rozumieć zaświadczenie, poświadczenie lub każdy inny dokument, potwierdzający, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi, a w znaczeniu art.2 ust.1 pkt 23 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych etykieta oznacza dowolny dokument, zaświadczenie lub poświadczenie potwierdzające, że dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi, lecz sprowadzała się do zagadnienia poprawności i zgodności z SIWZ trwałego oznaczenia roku produkcji.

Ostatecznie, Izba wzięła również pod uwagę, że podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego stanowiła sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie braku trwałego oznaczenia roku produkcji, a nie w odniesieniu do nie spełniania przez produkt norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art.89 ust.4 i 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę, powyższe argumenty prawne, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo skorzystał z przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i mógł odrzucić ofertę Odwołującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....