

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 sierpnia 2014 roku** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2014 roku przez **Odwołującego - MAHA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Politechnikę Lubelską w Lublinie**

przy udziale **Wykonawcy** – M..... M..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą BBG Alternatywne Systemy Paliwowe M..... M..... z siedzibą w Wielowsi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - MAHA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - MAHA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

28 lipca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 2 pkt 4, art. 180 ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca MAHA Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę fabrycznie nowej hamowni podwoziowej dwuosiovej na potrzeby CLW PL” prowadzi Zamawiający - Politechnika Lubelska w Lublinie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 189672 - 2014., data zamieszczenia: 05.06.2014 r.; zmienione następnie ogłoszeniem nr 207680 - 2014., data zamieszczenia: 20.06.2014 r.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego się, podjętej w postępowaniu. Zamawiającemu zarzucono:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego się pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”),
- 2) naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego się wyłącznie na podstawie pism i oświadczeń innego wykonawcy (drugiego względem Odwołującego się pod kątem najkorzystniejszej ceny) i wezwanie Odwołującego się do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, bez precyzyjnego wskazania zakresu swoich wątpliwości oraz jednocześnie poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego się do dalszych wyjaśnień, w sytuacji gdy Zamawiający nadal posiadał wątpliwość co do zgodności zaoferowanego przez Odwołującego się produktu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wnoszono o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego się;
- 2) dokonania ponownej oceny złożonych ofert;
- 3) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i wybrania oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto wnoszono:

- 1) o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu:

- a) z całej dokumentacji postępowania w sprawie będącej w posiadaniu Zamawiającego, oraz
 - b) z dodatkowych dokumentów załączonych przez Odwołującego się do odwołania.
- 2) o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Pana Ł..... N....., Product Manager - pracownika Odwołującego, wezwanie na adres Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w dniu 24 lipca 2014 r. został poinformowany drogą elektroniczną, o wynikach oceny i badania ofert dokonanej przez Zamawiającego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący się posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego się zostałaaby uznana za najkorzystniejszą.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego się pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w dniu 25 czerwca 2014 r. dokonał zmiany zapisów SIWZ w ten sposób, iż zmienił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W ramach zmienionego opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał aby przedmiot zamówienia był wyposażony w „System elektrycznego dopędzania niebadanej osi dla samochodów z napędem na obie osie”.

Odwołujący w swojej ofercie - załącznik „Szczegółowy opis tematu zamówienia” w pozycji „System elektrycznego dopędzania niebadanej osi dla samochodów z napędem na obie osie” wskazał TAK - tj. złożył oświadczenie, iż oferowany przez niego produkt jest wyposażony w wymagany przez Zamawiającego system.

Zamawiający opierając się wyłącznie na nieoficjalnej i niepopartej żadnymi dowodami, informacji jednego z wykonawców (BBG Alternatywne Systemy Paliwowe M..... M....., która to oferta była druga pod względem ceny) wezwał Odwołującego się do złożenia wyjaśnień treści oferty poprzez podanie jedynie modelu oferowanego przez Odwołującego się urządzenia.

Odwołujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, gdzie wskazał, że oferowany przez niego model hamowni podwoziowej to hamownia typu LPS 3000 4x4 produkcji MAHA Maschinenbau Haldenwang GmbH & Co. KG Hoyen 20, Haldenwang Niemcy i zgodnie z SIWZ niniejszego przetargu wyposażona w dwa zestawy rolek dwubębnowych na każdą oś pojazdu wraz z hamulcami elektrowirowymi. Ponadto Odwołujący wyjaśnił, iż określenie w SIWZ jednoznacznie konieczności posiadania przez hamownię „systemu dopędzania niebadanej osi dla samochodów osobowych z napędem na obie osie” ma na celu zniwelowanie pojawiających się różnic prędkości w trakcie badania pojazdu z napędem na cztery koła pomiędzy osiami. W LPS 3000 w trakcie badania pojazdu z napędem na cztery koła prędkość obu badanych osi pojazdu jest precyzyjnie synchronizowana w czasie rzeczywistym (bez opóźnień). Głównym zadaniem synchronizacji/dopędzania jest

wyrównywanie prędkości kół poszczególnych osi przy badaniu pojazdów z napędem na dwie osie. Z powyższego jasno wynika, iż system synchronizacji to w istocie system dopędzania. Jednakowoż Zamawiający nie podejmując już żadnych innych czynności wyjaśniających postanowił o odrzuceniu oferty Odwołującego, podając uzasadnienie: „Zamawiający wymagał aby hamownia była wyposażona w system dopędzania niebadanej osi dla samochodów z napędem na obie osie, oferta f- my MAHA oferuje system synchronizacji zamiast dopędzania osi niebadanej”.

Dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego się jest jednak nieprawidłowa. Przede wszystkim Odwołujący zauważył, że oferowany system synchronizacji/dopędzania w pojazdach z napędem 4x4 bazuje na możliwości synchronizacji osi badanego pojazdu poprzez ich odpowiednie przyhamowywanie lub umożliwianie im swobodnego dopędzenia się do prędkości osi drugiej. Na co odpowiednio reaguje system elektronicznego sterowania hamulców elektrowirowych poprzez zwiększenie lub zmniejszenie obciążenia wywoływanego nimi. Na dowód czego wnosił o przesłuchanie świadka Ł..... N..... na okoliczność, iż system synchronizacji niebadanej osi jest tożsamy z systemem dopędzania niebadanej osi dla samochodów z napędem na obie osie i tym samym na okoliczność, iż zaoferowane przez Odwołującego się urządzenie jest zgodne z zapisami SIWZ i oczekiwaniami Zamawiającego.

Wobec powyższego nie znajduje, zdaniem Odwołującego, żadnego uzasadnienia decyzja Zamawiającego, który odrzucił ofertę błędnie twierdząc, że system synchronizacji niebadanej osi nie odpowiada systemowi dopędzania niebadanej osi dla samochodów z napędem na obie osie.

Potwierdzeniem powyższego jest okoliczność, iż oferowana przez firmę BBG Alternatywne Systemy Paliwowe M..... M..... hamownia DF4FS HLS dysponuje również systemem synchronizacji (na co jednoznacznie wskazuje folder urządzenia) a nie systemem dopędzania, którą to ofertę Zamawiający uznał za odpowiadającą SIWZ i wybrał jako najkorzystniejszą. Synchronizacja w tym przypadku przebiega poprzez układ hydrauliczny, który jedynie wyrównuje (synchronizuje) siły i prędkości przekazywane przez napędzane osie pojazdu 4x4. W obu systemach nie ma doprowadzenia zewnętrznej siły, która by dodatkowo rozpędzała (dostarczała dodatkowej energii z zewnątrz) do kół pojazdu, w obu przypadkach mówimy o wykorzystaniu sił wytworzonych przez badany pojazd. Tym samym oba systemy dopędzania/synchronizacji kół w hamowni LPS 3000 MAHA jak i w hamowni DF4FS HLS są funkcjonalnie tożsame. Na dowód czego złożył folder hamowni podwoziowej dwuosiowej typu DF4FS-HLS (z którego wynika, iż HLS to hydrauliczny system synchronizacji prędkości).

Reasumując Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę, a zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest uzasadniony.

W przypadku zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego wyłącznie na podstawie pism i oświadczeń innego wykonawcy (drugiego względem Odwołującego się pod kątem najkorzystniejszej ceny) i wezwanie Odwołującego się do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, bez precyzyjnego wskazania zakresu swoich wątpliwości oraz jednocześnie poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego się do dalszych wyjaśnień, w sytuacji gdy Zamawiający nadal posiadał wątpliwość co do zgodności zaoferowanego przez Odwołującego produktu w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazano, że Zamawiający opierając się wyłącznie na nieoficjalnej i niepopartej żadnymi dowodami, informacji jednego z wykonawców (BBG Alternatywne Systemy Paliwowe M..... M....., która to oferta była druga pod względem ceny), że urządzenie oferowane przez Odwołującego nie posiada systemu dopędzania osi niebadanej, wezwał Odwołującego się do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty poprzez podanie modelu oferowanego przez Odwołującego się urządzenia.

Zamawiający nie mając żadnych dowodów na poparcie informacji otrzymanej od konkurencyjnego wykonawcy względem Odwołującego, bez żadnego badania ich prawdziwości przyjął te informacje za pewne i prawdziwe. Świadczy o tym niezbiecie fakt, iż Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie tylko i wyłącznie jakiego modelu jest oferowane przez niego urządzenie! Natomiast w ogóle nie zapytał o system dopędzania niebadanej osi, na którego to brak powołał się uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego się. Następnie zaś nie zważając na treść udzielonych przez Odwołującego się wyjaśnień, bazując jedynie na informacji konkurencyjnego wykonawcy względem Odwołującego, bezrefleksyjnie przyjął, iż skoro oferowane przez Odwołującego się urządzenie to model, o którym była mowa w mailu wykonawcy BBG Alternatywne Systemy Paliwowe M..... M....., to urządzenie nie posiada systemu dopędzania osi niebadanej.

Takie postępowanie Zamawiającego nie może być akceptowane. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższe zachowanie Zamawiającego z całą pewnością narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego - który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza realizacji jakiego świadczenia

oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego - oraz wykonawcy - który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesadza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna (tak też Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2013-06-10. KIO 1266/13).

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy z oferty Odwołującego nie wynikała żadna niezgodność z SIWZ, a w szczególności w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego się.

Niezależnie od powyższego zamawiający w przypadku wątpliwości, co do informacji zamieszczonych w ofercie, np. wykazu potwierdzającego wymagane cechy urządzenia - w pierwszej kolejności powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia, a w przypadku dalszych wątpliwości - np. co do prawdziwości już uzyskanych informacji od wykonawcy - może zwrócić się bezpośrednio do producenta precyzując jednoznacznie zapytanie w przedmiocie cech urządzenia, co do których nie dał wiary składającemu oświadczenie wykonawcy (tak też Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2013- 06-05, KIO 1208/13). W tym przypadku jednak Zamawiający swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego się podjął jedynie na niezwyfikowanych informacjach przekazanych mu przez wykonawcę BBG Alternatywne Systemy Paliwowe M..... M....., który w sposób oczywisty zmierzał do wyeliminowania oferty Odwołującego się.

Zasada równego traktowania wykonawców polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Sytuacja, w której Zamawiający wyjaśnia treść oferty jednego wykonawcy, nie korzystając z przedmiotowego uprawnienia w przypadku innego wykonawcy, budzi wątpliwości na tle zasady równego traktowania oferentów. Taka zaś sytuacja miał miejsce w postępowaniu, gdzie Zamawiający wyłącznie po nieoficjalnej i niepopartej żadnymi dowodami informacji jednego z wykonawców wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty poprzez podanie modelu oferowanego urządzenia, a następnie bez względu na treść udzielonych wyjaśnień Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Natomiast po oficjalnej informacji Odwołującego na temat zauważonych niezgodności oferty BBG Alternatywne Systemy Paliwowe M..... M..... z treścią SIWZ, Zamawiający nie wezwał tego Wykonawcy do jakichkolwiek wyjaśnień.

Powyższe niewątpliwie potwierdza naruszenie zasady uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego, a zarzut naruszenia przez Zamawiającego 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest zatem zdaniem Odwołującego uzasadniony.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów ustawy, wniesienie odwołanie uznano za uzasadnione.

Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych, a kopia odwołania została przesłana do Zamawiającego. Termin na wniesienie środka ochrony prawnej został zachowany.

W dniu 1 sierpnia 2014 roku, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M..... M..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BBG Alternatywne Systemy Paliwowe M..... M..... z siedzibą w Wielowsi. Wykonawca przedstawił obszerną argumentację prawną, w ramach której wnioskował o oddalenie odwołania w całości. Do zgłoszenia załączono również opinię sporządzoną przez dr inż. J..... F..... na temat typów hamowni podwoziowych do badania nowoczesnych układów z napędem typu AWD (4x4), wnioskując o przeprowadzenie dowodu z powyższej opinii.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której po przedstawieniu swojej argumentacji wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wnosił również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów prywatnych będących w jego posiadaniu, tj. opinii sporządzonej przez dr inż. J..... F..... na temat typów hamowni podwoziowych do badania nowoczesnych układów z napędem typu AWD (4x4); opinii sporządzonej przez dr inż. R..... S..... – pracownika Politechniki Lubelskiej, dotyczącej odwołania złożonego w postępowaniu oraz opinii rzeczoznawcy PZM S.A. w Lublinie – dr inż. J..... S..... na temat czy oferta Odwołującego jest zgodna z wymaganiami wskazanymi w SIWZ, a także o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka P..... K..... – pracownika naukowego Instytutu Transportu, Silników Spalinowych i Ekologii Politechniki Lubelskiej na okoliczność na czym polega różnica między systemem dopędzania a synchronizacji osi nienapędzanej w hamowniach podwoziowych dwuosiowych i czy hamownia typu LPS 3000 posiada system dopędzania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, przesłuchania świadków, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, która była najkorzystniejsza cenowo, a dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, co oznaczać może potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie uznała je w całości za niezasadne.

Odnosząc się do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał wymaganie aby hamownia podwoziowa dwuosiowa posiadała system elektrycznego dopędzania osi niebadanej dla samochodów osobowych z napędem na obie osie. W trakcie procedury przetargowej Zamawiający zmodyfikował zapisy SIWZ w ten sposób, iż dopuścił możliwość zaoferowania systemu dopędzania innego niż elektryczny.

Zamawiający w terminie składania ofert otrzymał dwie oferty, od Odwołującego i Przystępującego. W trakcie badania tych ofert Zamawiający zwracał się do obu wykonawców o udzielenie wyjaśnień odnośnie treści oferty.

W dniu 14 lipca 2014 roku Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, wskazując, że w związku z pismem jednego z wykonawców zarzucającym niezgodność oferty z przedmiotem zamówienia, w celu weryfikacji parametrów technicznych prosi o podanie modelu oferowanego przez Odwołującego urządzenia.

14 lipca 2014 roku Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia, podając, że ofertuje model hamowni o symbolu LPS 3000 4x4 produkcji MAHA Maschinenbau Haldenwang GmbH &Co. KG Hoyen 20 w Niemczech, która wyposażona jest w dwa zestawy rolek dwubębnowych na każdą oś pojazdu wraz z hamulcami elektrowirowymi. Jednocześnie wykonawca wskazał, że w zaoferowanej hamowni prędkość obu badanych osi pojazdu jest precyzyjnie synchronizowana w czasie rzeczywistym. Zaznaczył, że w SIWZ nie ma w ogóle zapisów o dopędzaniu nienapędzanych osi, co utwierdza go w przekonaniu, że intencją

Zamawiającego było wyrównywanie prędkości badanych osi tylko w przypadku pojazdów z napędem na cztery koła, co wykonawca zaproponował.

Oferta Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp została przez Zamawiającego odrzucona, ponieważ uznano, że wykonawca zaproponował system oparty na synchronizacji prędkości osi badanej a nie dopędzaniu niebadanej osi.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Oceniając ustalony w postępowaniu stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż zapisy SIWZ obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednoznacznie zdaniem składu orzekającego Izby potwierdzają, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca zaproponował hamownię podwoziową dwuosiową posiadającą system dopędzania osi niebadanej dla samochodów osobowych z napędem na obie osie. Przy czym wyrażenie „z napędem na obie osie” odnosić należy, zdaniem Izby, do wymagań odnośnie systemu dopędzania, a nie całej hamowni, na co słusznie zwracał uwagę Zamawiający i na czym zdaje się opierał się spór między Stronami postępowania odwoławczego.

Ze złożonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień wynika jednoznacznie, że urządzenie, które wymieniono w ofercie nie posiada systemu dopędzania osi niebadanej dla samochodów z napędem na obie osie. Urządzenie to oparte jest o system synchronizacji, gdzie prędkość obu badanych osi pojazdu jest precyzyjnie synchronizowana w czasie rzeczywistym.

Zgodzić należy się z twierdzeniami Zamawiającego i Przystępującego, że pojęć synchronizacja i dopędzanie nie można uznać za pojęcia równoważne. Powyższe potwierdzają również stanowiska wyrażone w opiniach zaliczonych w poczet materiału dowodowego. Choć Izba wskazuje, że złożone opinie uznać należy za opinie prywatne stanowiące stanowisko Strony, będące jedynie dowodem tego, że osoba, która je podpisała wyraziła zawarty w nich pogląd, to niewątpliwie opinie te mają niebagatelne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu w niniejszej sprawie. Sporządzone są one przez osoby posiadające wiedzę specjalistyczną, której poziom lub zakres nie został zakwestionowany przez żadną ze Stron postępowania odwoławczego. Dostrzeżenia wymaga również, że żadna ze Stron nie wniosowała o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, uznać zatem można, że Strony co do zasady nie przeczyły tezie o znajomości przedmiotu sporu przez osoby sporządzające wskazane opinie i nie zachodziła potrzeba korzystania z innego źródła dowodowego w postaci opinii specjalisty z określonej dziedziny.

W opinii dr inż. R..... S..... w sposób klarowny wyjaśniono różnicę między systemem synchronizacji a systemem dopędzania. Stanowisko powyższe Izba przyjęła jako własne w zakresie badania zgodności treści oferty Odwoływającego z treścią SIWZ. W dokumencie wyjaśniono, że system dopędzania polega na wprawieniu w ruch kół osi niebadanej zarówno w pojeździe z napędem na jedną jak i na dwie osie. W przypadku układu synchronizującego regulacja mocy między przednią a tylną osią następuje przez odpowiednie sterowanie i obciążenie poszczególnych osi pojazdu. Zatem dopędzanie wymaga dodatkowego układu umożliwiającego wprawienie w ruch niebadanej osi pojazdu, natomiast synchronizacja realizowana jest przez odpowiednie sterowanie hamulcami poszczególnych osi pojazdu, co oznacza, że system ten może być zastosowany tylko w przypadku pojazdów z napędem na dwie osie. To zaś jest niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Jak już bowiem zauważono wcześniej, zdaniem składu orzekającego, hamownia miała umożliwiać badanie pojazdów wyposażonych w napęd na jedną lub dwie osie, natomiast system dopędzania miał być przeznaczony dla pojazdów z napędem na dwie osie. Jak wynika tymczasem z opinii i stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego, Odwołujący zaoferował hamownię tylko dla pojazdów z napędem na dwie osie, dodatkowo z systemem synchronizacji a nie dopędzania.

Tożsame stanowisko wyrażają pozostałe opinie włączone w poczet materiału dowodowego. Nieuprawnione są więc twierdzenia, że funkcjonalnie zaoferowane rozwiązanie odpowiada rozwiązaniu wynikającemu z oferty Przystępującego. Ponadto całe dywagacje czynione przez Odwoływającego na temat równoważności zaoferowanych rozwiązań należy uznać za błędne i nie służące do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, bowiem to nie treść oferty Przystępującego była kwestionowana. Odwołujący natomiast

w żaden sposób nie wykazał, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty była nieprawidłowa. Tej tezy nie potwierdziły również zeznania świadka, pana K..... M..... Na pytanie Odwołujący, czy wykonawca uważał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, świadek odpowiedział twierdząco, podkreślając jednakże, że w tym miejscu, w którym mowa jest o badaniu pojazdów z napędem na dwie osie. Na pytanie, czy zdaniem świadka specyfikacja jednoznacznie określała, że hamownia przeznaczona ma być do pojazdów z napędem na jedną oś, czy na dwie osie. Świadek odpowiedział, iż w zakresie warunków specyfikacji system dopędzania miał być dla samochodów z napędem na dwie osie. Oznacza to w takim razie, że prawidłowe są wnioski Zamawiającego i Przystępującego, o tym, że hamownia miała umożliwiać przeprowadzenie badań dla pojazdów z napędem na jedną lub dwie osie, a tylko system dopędzania służyć miał badaniu pojazdów z napędem na dwie osie. Rozwiązanie z oferty Odwołującego dotyczy tymczasem systemu działającego tylko w przypadku pojazdów z napędem na dwie osie, czemu Odwołujący w żaden sposób nie zaprzeczył.

Z tych powodów uznano, że decyzja Zamawiającego o zastosowaniu w stosunku do oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była prawidłowa.

W przypadku zarzutów ukierunkowanych na naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dostrzeżenia wymaga, że zastosowanie art. 87 ust.1 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do rzeczywistej treści oferty, zaś rezultat ma wyjaśniać, a nie zmienić treść oferty. Zastosowanie tego przepisu nie może także prowadzić do negocjacji treści oferty. Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z 25.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1474/14: *„Przepis art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może bowiem stanowić zmiany oferty, winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też w wyniku uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nastąpi zmiana treści oferty.”*

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż Zamawiający skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i zastosował w stosunku do Odwołującego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, ponad wszelką wątpliwość, należy stwierdzić, że Odwołujący udzielając odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego wykroczył poza zakres zapytania o model proponowanej hamowni. Tym samym, w ocenie Izby, nie zachodził po stronie

Zamawiającego obowiązek ponownego korzystania z trybu wyjaśnień. Udzielona przez Odwołującego odpowiedź nie pozostawiała dalszych wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Nieuprawnione są również twierdzenia, że Zamawiający przy ocenie oferty Odwołującego kierował się wyłącznie informacją przekazaną przez innego uczestnika postępowania. Zauważyć należy, iż Zamawiający jest uczelnią wyższą, specjalistyczną o profilu technicznym. Z pewnością zatem dla pracowników Zamawiającego nie było problemem uzyskanie informacji o modelu hamowni, co pozwoliło na dalszą merytoryczną ocenę zawartości oferty Odwołującego, bez uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od niego samego. Zdaniem składu orzekającego, Zamawiający jest profesjonalistą, posiadającym wystarczającą wiedzę merytoryczną do dokonania oceny ofert w postępowaniu.

W postępowaniu nie dopatrzone się również naruszenia art. 7 ustawy Pzp, czyli nierównego traktowania wykonawców, czy też naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący na powyższe nie przedstawił jakichkolwiek dowodów.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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: