

WYROK
z dnia 16 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Ewa Kisiel
Daniel Konicz
Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2016 r. przez wykonawcę R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ALLGAST” R. J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO, ul. Gdańska 145, 85-022 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jednostka Wojskowa 4340, 15 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY, ul. Narutowicza 10 A, 70-231 Szczecin

przy udziale wykonawcy J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Gastro-T. J. T., ul. Przybyszewskiego 2/1, 71-277 Szczecin zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ALLGAST” R. J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO, ul. Gdańska 145, 85-022 Bydgoszcz

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ALLGAST” R. J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO, ul. Gdańska 145, 85-022 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ALLGAST” R. J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO, ul. Gdańska 145, 85-022 Bydgoszcz na rzecz zamawiającego Jednostka Wojskowa 4340, 15 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY, ul. Narutowicza 10 A, 70-231 Szczecin kwotę 3 298 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (3 000,00 zł) oraz kosztów noclegu w hotelu (298,00 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, poz. 996 i poz. 1020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający 15 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY, ul. Narutowicza 10 A, 70-231 Szczecin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »zakup i dostawę wraz z montażem sprzętu gastronomicznego myjącego dla służby żywnościowej«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 17.10.2016 r. pod numerem 324586.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, poz. 996 i poz. 1020) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 23.11.2016 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Gastro T. J. T., ul. Przybyszewskiego 2/1, 71-277 Szczecin;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy R. J., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALLGAST R. J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO, ul. Gdańska 145, 85-022 Bydgoszcz, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; model zaoferowanej zmywarki tunelowej STR-130 nie spełnia warunków zał. numer 2 do SIWZ – brak odzysku ciepła ani komory suszenia.

Wykonawca R. J., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „ALLGAST” R. J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO, ul. Gdańska 145, 85-022 Bydgoszcz (dalej wykonawca ALLGAST lub odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wnioś 28.11.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GASTRO T., J. T. ul. Przybyszewskiego 2/1, 71-277 Szczecin (oferta numer 418) dalej wykonawca .

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niewłaściwą ocenę oferty odwołującego i jej odrzucenie z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) podczas gdy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ;

- 2) art. 26 ust. 3 Pzp przez brak wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów (katalogów), w sytuacji gdy z treści tych dokumentów wyraźnie wynika, że oferowana w formularzu cenowym w pozycji 1 zmywarka tunelowa producenta Winterhalter STR-130 spełnia warunki SIWZ opisane w załączniku numer 2 do SIWZ w zakresie wymagań konstrukcyjnych pozostałych wszystkich wymagań;
- 3) art. 7 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez brak wezwania do wyjaśnienia treści oferty, w sytuacji gdy z treści oferty odwołującego i załączonych do niej dokumentów (katalogów) wyraźnie widać, że oferowana w formularzu cenowym w pozycji 1 zmywarka tunelowa producenta Winterhalter STR-130 spełnia warunki opisane w załączniku numer 2 do SIWZ w zakresie wymagań konstrukcyjnych, a tym samym zamawiający mechanicznie i bezrefleksyjnie odrzucił prawidłową i odpowiadającą treści SIWZ ofertę odwołującego;
- 4) art. 24 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GASTRO T., J. T. ul. Przybyszewskiego 2/1, 71-277 Szczecin (oferta numer 418) (dalej wykonawca GASTRO Tarniowy), który pismem z 27.10.2016 r. przedstawił informację, wprowadzając zamawiającego w błąd, mające istotny wpływ na decyzję zamawiającego w postępowaniu;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieodrzuconie oferty wykonawcy GASTRO T. pomimo faktu, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ ponieważ dla pozycji 5 „Szorowarka do mycia – kompaktowy automat szorująco-zbierający z zasilaniem bateryjnym” wykonawca GASTRO T. nie zaoferował 2 padów do czyszczenia płytek antypoślizgowych oraz 2 padów do czyszczenia posadzki żywicznej wymaganych w części „Wyposażenie standardowe” części 5 Załącznika numer 2 do SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania z uwagi, że ww. naruszenia ustawy miały wpływ na wynik postępowania (zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp);
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazanie zamawiającemu powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem odrzuconej oferty odwołującego oraz z wykluczeniem wykonawcy (uznaniem oferty za odrzuconą) GASTRO T.;
- 3) obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Argumentacja odwołującego

Dot. zarzutów 1-3

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z następujących powodów:

»Wykonawca w ofercie w formularzu cenowym poz. 1 zaoferował zmywarkę tunelową model STR-130 producenta Winterhalter, który to model nie spełnia warunków SIWZ opisanych w załączniku numer 2 do SIWZ w zakresie wymagań konstrukcyjnych. Odpowiednio w zakresie wymogu przewidzianego w pkt 8 – zamawiane urządzenie powinno być wyposażone w odzysk ciepła z powietrza wylotowego oraz w myśl pkt 11 przedmiotowych kryteriów, komora suszenia umytych naczyń zamawianego urządzenia powinna być o długości maksymalnej 750 mm. Zaoferowany przez firmę model zmywarki nie posiada ani odzysku ciepła ani komory suszenia. (Zgodnie z danymi technicznymi zawartymi w katalogu producenta Winterhalter). [...] raz wyprodukowany model zmywarki nie może zostać w późniejszym czasie przekonfigurowany na inny lub doposażony w dodatkowe strefy, moduły i funkcje.

Powyższa niezgodność powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, skutkiem czego zamawiający odrzuca ofertę«.

Wobec tak sformułowanych podstaw odrzucenia oferty odwołującego – odwołujący wskazał na dwie niezgodności (zdaniem zamawiającego), które miała ta oferta:

- 1) brak odzysku ciepła z powietrza wylotowego;
- 2) brak komory suszenia.

Z załączonych do ofert kart katalogowych bezspornie wynika, że zaoferowana zmywarka tunelowa model STR-130 producenta Winterhalter spełnia wymagania stawiane w SIWZ, gdyż posiada zarówno funkcje odzysku ciepła z powietrza wylotowego jak i komorę suszenia. Przedstawione karty katalogowe są oryginalną dokumentacją producenta zmywarki (co wynika z wyraźnego wymogu zawartego w pkt 7.5 lit. a SIWZ o treści: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wykonawca na wezwanie zamawiającego przedstawi oryginalny katalog z oferowanym modelem urządzenia oraz kartą DTR zawierającą informacje o wszystkich wymaganych przez zamawiającego parametrach technicznych i wymaganiach co do montażu) bez modyfikacji odwołującego stąd ich interpretacja i ocena wymaga uwagi i specjalistycznej wiedzy, której zamawiający nie wykazał.

Odwołujący do postępowania wraz z ofertą złożył katalog tunelowych zmywarek do naczyń z transportem koszowym producenta Winterhalter, wraz z instrukcją użytkowania i montażu oraz kartę techniczną (załącznik numer 4) dotyczącą dwóch (jedynych produkowanych zmywarek koszowych) modeli STR-110 i STR-130. Taki sam katalog i karty techniczne samej zmywarki tunelowej STR-130 (wykonawca GASTRO T. nie złożył katalogów na potwierdzenie spełnienia wszystkich wymagań zawartych w SIWZ w zakresie choćby stołów do zmywarki, koszy do mycia w zmywarce), jako potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego załączył wykonawca GASTRO T., który uzyskał w punktacji 2 miejsce. Katalog pobrany został z polskiej ogólnodostępnej i publicznej strony internetowej:

www.winterhalter.com.pl z zakładki jednozbiornikowe zmywarki z transportem koszowym – materiały do pobrania w formie pdf. Na stronie 11 ww. katalogu producent określa parametry techniczne i wymiary obu zmywarek, w tym STR-130 i informuje, że każdy z modeli posiada opcjonalne wyposażenie w postaci m.in. odzysku ciepła z powietrza wylotowego z systemem Energy, strefy suszenia (długość [ok.] 700 mm) i wielu innych opcji dostępnych, istotnych dopiero podczas składania zamówienia w fabryce w Niemczech. Chcąc uniknąć powzięcia wątpliwości przez zamawiającego, odwołujący 08.11.2016 r, faksem, a następnie listem poleconym za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, bez wezwania do wyjaśnienia oferty, przesłał informację uzupełniającą do oferty (załącznik numer 5), że oferowane przez odwołującego w postępowaniu zmywarki tunelowe STR-130 z opcją ENERGY „posiadają system i są wyposażone w odzysk ciepła z powietrza wylotowego”. Informacja ta została dołączona przez zamawiającego do całości oferty złożonej w postępowaniu, zamawiający nie uwzględnił jej podczas oceny ofert.

Odwołujący oprócz katalogu wraz z ofertą złożył także kartę techniczną wraz z parametrami technicznymi oferowanej zmywarki tunelowej STR-130 Energy oraz instrukcję montażu, instrukcję użytkowania, (Załącznik numer 6), z której w oczywisty sposób wynika, że oferowaną zmywarką jest właśnie model STR-130 Energy spełniający wszystkie wymagania zamawiającego z SIWZ.

Dowody:

- karty katalogowe zaoferowanej zmywarki (z zaznaczeniem istotnych fragmentów);
- informacja uzupełniająca do oferty odwołującego z 8.11.2016 r.;
- potwierdzenie odbioru przez zamawiającego informacji uzupełniającej do oferty;
- karty techniczne jako załącznik do oferty (z zaznaczeniem istotnych fragmentów);
- instrukcja użytkowania STR;
- instrukcja montażu STR.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niewłaściwą ocenę oferty odwołującego i odrzucenie tej oferty z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ, a jak wyżej wykazano zaoferowana zmywarka spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ.

Zamawiający także naruszył art. 26 ust. 3 Pzp przez brak wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści dokumentów (katalogów) oraz naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez brak wezwania do wyjaśnienia treści oferty. Oba ww. mechanizmy służą pozyskaniu przez zamawiającego informacji niezbędnych do prawidłowej oceny oferty, przez wyjaśnienie tak treści dokumentów załączonych do oferty jak i wyjaśnienie samej oferty.

Odrzucenie oferty, jako środek eliminujący ofertę z walki konkurencyjnej, powinno być stosowane z największą ostrożnością i w sytuacji braku wątpliwości do zastosowania takiego

środka, czemu właśnie służą mechanizmy związane z wyjaśnianiem treści dokumentów załączonych do oferty i wyjaśnianiem samej oferty. W orzecznictwie sformułowano wyraźne i dobrze ugruntowane reguły dot. ww. mechanizmów i tak:

Zamawiający był zobowiązany do zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienie treści kart katalogowych zanim dokonał odrzucenia oferty. Oczywiście czynność taka nie może prowadzić do zmiany treści oferty.

Zamawiający uzyskałby niezbędne informacje jak czytać przedstawione karty katalogowe, jak odnaleźć w nich szczegółowe funkcje zaoferowanej zmywarki tunelowej, a tym samym nie odrzuciłby oferty odwołującego. Uzyskanie takich wyjaśnień było obowiązkiem zamawiającego, który oparł się jedynie na informacji uzyskanej od jednego z konkurencyjnych wykonawców tj. wykonawcy GASTRO T. zawartej w piśmie z 27.10.2016 r. oraz załączonej do niego informacji pochodzącej od Regionalnego Dyrektora ds. Sprzedaży Winterhalter E. J. . Dysponując ww. pismem zamawiający miał tym bardziej obowiązek dochować szczególnej staranności i zachować zasady uczciwej konkurencji przez zwrócenie się o wyjaśnienie do odwołującego.

Wg odwołującego celowo zaniechano wyjaśnień, aby wybrana została jako najkorzystniejsza, chociaż droższa o 10.600 PLN od oferty odwołującego, właśnie oferta wykonawcy GASTRO T., także ze Szczecina. Pomimo faktu, że każdy z wykonawców zaoferował tę samą zmywarkę tunelową producenta Winterhalter model STR-130 (gdyż specyfikacja została skonstruowana tak, aby tylko ta zmywarka została zaoferowana, bez możliwości zaoferowania urządzenia równoważnego) tylko wykonawca GASTRO T. (który w rubryce producent wpisał Winterhalter Gastronom Polska, podczas gdy podmiot ten jest jedynie przedstawicielem handlowym na polski rynek, a nie producentem) i wykonawca ZUBER nie został odrzucony. W pozostałych przypadkach, bez jakichkolwiek wyjaśnień ze strony odwołującego i innych wykonawców, ich oferty zostały odrzucone.

A przecież sam producent na swojej stronie i we wszystkich materiałach oferuje dwa rodzaje zmywarek tunelowych z transportem koszowym STR-110 i STR-130 różniące się między sobą wydajnością, chociaż obie w różnych opcjach (tych samych dla każdej z nich) możliwych do rozbudowania. I gdyby przyjąć rozumowanie zamawiającego, to przy nazwie każdego modelu zmywarki należałoby także dopisywać oprócz Energy z odzyskiem energii, + moduł suszący, także + dozowniki płynu myjącego i płuczącego, + kosze do mycia naczyń, + wyłącznik awaryjny itd., czyli wszystkie możliwe żądane przez zamawiającego niewystępujące w seryjnych maszynach opcje. Skoro w katalogu producenta widnieją opcje wykonania każdej maszyny, to oczywistym jest, że oferowana maszyna może w nie być wyposażona. Bo, o ile jest prawdą twierdzenie zamawiającego, że „raz wyprodukowany model zmywarki nie może zostać w późniejszym czasie przekonfigurowany na inny lub doposażony w dodatkowe strefy, moduły i funkcje”, to przecież każdy wykonawca, którego

oferta wybrana zostaje jako najkorzystniejsza, tak samo i odwołujący w tym wypadku podczas zamawiania urządzenia u producenta na tym już etapie składa zamówienie z niezbędnymi funkcjami, modułami i rozwiązaniami, które wyczerpują wymagania zamawiającego i czynią zadość wymaganiom i oczekiwaniom zamawiającego, a nie jak twierdzi zamawiający domówienie opcji po wyprodukowaniu urządzenia.

A więc dla zamawiającego nie jest istotne na jakim etapie zamawiania u producenta wykonawca zamówi wraz z maszyną bazową wymagane opcje, gdyż ten musi ostatecznie dostarczyć i zamontować, a następnie przekazać protokołem odbiorczym ze stwierdzeniem i potwierdzeniem dostawy właściwej maszyny.

Pomimo wybranych opcji właściwym modelem zmywarki tunelowej jest nadal model STR-110 bądź STR-130 (model STR-130 prawidłowo został wpisany przez odwołującego w formularzu ofertowym) a nie model „STR-130 ENERGY + inne opcje” gdyż takiego modelu nie ma w katalogu producenta, ani na jego oficjalnej stronie internetowej www. Sposób rozumowania zamawiającego jest pozbawiony logiki i konsekwencji – dopuszcza wpisanie nieistniejącego modelu jedynie z częściowym wskazaniem opcji (bo w najkorzystniejszej ofercie nie wyszczególniono wszystkich opcji dodatkowych, a nie dopuszcza posłużenia się oficjalnym modelem producenta i oficjalnym ogólnodostępnym katalogiem.

Odnosząc się do naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez brak wezwania do wyjaśnienia treści oferty to zarzut ten jest logiczną kontynuacją ww. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający poza obowiązkiem wynikającym z art. 26 ust. 3 Pzp miał też możliwość skorzystania z mechanizmu wyjaśnienia treści oferty uregulowanego w art. 87 ust. 1 Pzp.

Przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający, który na każdym etapie „bada ofertę” powinien uzyskać wyjaśnienie treści oferty, co w nawiązaniu do ww. argumentów i informacji zawartych w piśmie wykonawcy GASTRO T., prowadzić powinno do wyjaśnienia dlaczego w treści oferty odwołujący posłużył się modelem STR-130 i dołączył katalog, oraz karty techniczne i cennik modelu STR-130 Energy producenta Winterhalter (bez jakichkolwiek dopisków czy modyfikacji).

Ze względu na wycofanie zarzutów o numerach 2, 4 i 5 Izba pominęła wydzieloną argumentację zamawiającego w zakresie uzasadnień dotyczących zarzutów 4 i 5.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 28.11.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 29.11.2016 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

30.11.2016 r. wykonawca J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Gastro T. J. T., ul. Przybyszewskiego 2/1, 71-277 Szczecin złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego (30.11.2016 r.) i (3) odwołującego (05.12.2016 r.), pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Izba wzięła również pod uwagę pisma stron i uczestnika postępowania złożone przed otwarciem posiedzenia.

Izba wzięła pod uwagę dowód numer 1 złożony przez odwołującego, »Oświadczenie UE o zgodności Stosownie do wytycznych UE dotyczących konstrukcji maszyn oraz Wytycznych EMV« na wykazanie, że producent Winterhalter oferuje tylko 2 typy podstawowe urządzenia: STR-110 i STR-130 oraz wydruk A złożony przez zamawiającego przed otwarciem rozprawy. Są tam wykazane 3 typy urządzenia STR-110, -130 i -Energy. Pod każdą z tych maszyn pokazuje się taki sam katalog w Internecie, który też dołączono do oferty i każda z tych maszyn może być podobnie skonfigurowana, ale to skonfigurowanie obciążające wykonawcę, skonfigurowanie musi być dokonane wraz z zamówieniem do producenta, bo później nie może być przekonfigurowane, co jest bezsporne.

Na wstępie odwołujący wycofał zarzuty o numerach 2, 4 i 5 oraz podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 1 i 3.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy, oznaczony w odwołaniu numerem 1, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez niewłaściwą ocenę oferty odwołującego i jej odrzucenie z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), podczas gdy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący złożył we właściwym terminie ofertę, w której zaoferował dostarczenie urządzenia myjącego STR-130 producenta Winterhalter. Następnie odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 31.10.2016 r. potwierdził zaoferowanie tego urządzenia. Wreszcie odwołujący 9.11.2016 r. dostarczył do zamawiającego oświadczenie z 19.10.2016 r. o zaoferowaniu urządzenia STR-130 Energy producenta Winterhalter. Tym samym odwołujący wskazał na inny przedmiot zamówienia i gdyby zamawiający przyjął to oświadczenie wpłynęłoby to na zmianę oferty odwołującego, co zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp (*a contrario*) jest niedopuszczalne. Art. 84 ust. 1 Pzp brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«. Ponadto sam zamawiający nie może dokonać takiej zmiany w ofercie, gdyż nie dozwala tego art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp. Przepis ten brzmi »Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«. Izba wskazuje, że przepis art. 87 ust. 1a Pzp dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego, a więc innego trybu udzielenia zamówienia niż zastosowany w rozpoznawanym postępowaniu. Natomiast art. 87 ust. 2 Pzp dotyczy również innej sytuacji – możliwości dokonania poprawy oczywistych omyłek pisarskich (art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp), oczywistych omyłek rachunkowych (art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp) i innych omyłek, ale niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Zdaniem Izby rozszerzenie nazwy przedmiotu oferty, czyli w rozpoznawanym przypadku zmiana przedmiotu oferty nie może być potraktowane jako oczywista omyłka pisarska ani inna omyłka, gdyż zmiana powodowałaby istotną zmianę w treści oferty. Również nie można byłoby zakwalifikować rozszerzenia nazwy przedmiotu oferty jako poprawienia omyłki rachunkowej.

Ponadto odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że odwołujący zamierzał pierwotnie zaoferować właśnie zmywarkę STR-130 Energy, a dopiero wprowadził nową nazwę do oświadczenia złożonego zamawiającemu 9.11.2016 r. Dokument ten należałoby uwzględnić, gdyby został wniesiony zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert w formie przewidzianej w art. 84 ust. 1 Pzp, ale w rozpoznawanym przypadku oświadczenie zostało

złożone daleko po upływie terminu składania ofert. Dlatego deklaracja taka nie może być wzięta pod uwagę przez zamawiającego jako zmiana oferty, rozszerzenie nazwy przedmiotu oferty aby oferta mogła spełniać wymagania zamawiającego i aby treść oferty mogła odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Także odwołujący nie wykazał, że zaoferowanie urządzenia SRT-130, które odwołujący zaproponował w ofercie, można uznać jako zaoferowanie urządzenia STR-130 Energy, które jest wyposażone w system odzyskiwania ciepła i komorę suszenia, wymagane w specyfikacji. Urządzenie bez rozszerzenia nazwy o składnik Energy nie spełnia wymogów SIWZ, co także wynika z dowodu nr 1 złożonego przez odwołującego oraz z wydruku A złożonego przed rozprawą przez zamawiającego, gdzie są wskazane 3 typy urządzenia STR-110, -130 i -Energy.

W związku z tym Izba stwierdza, że zamawiający musiał po badaniu oferty odwołującego uznać, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucić tę ofertę. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

W ocenie Izby, zarzut drugi, oznaczony w odwołaniu numerem 3, naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp – przez brak wezwania do wyjaśnienia treści oferty, w sytuacji gdy z treści oferty odwołującego i załączonych do niej dokumentów (katalogów) wyraźnie widać, że oferowana w formularzu cenowym w pozycji 1 zmywarka tunelowa producenta Winterhalter STR-130 spełnia warunki opisane w załączniku numer 2 do SIWZ w zakresie wymagań konstrukcyjnych, a tym samym zamawiający mechanicznie i bezrefleksyjnie odrzucił prawidłową i odpowiadającą treści SIWZ ofertę odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z opisem stanu faktycznego przedstawionym w uzasadnieniu oddalenia zarzutu pierwszego, Izba stwierdza, że zamawiający nie ma obowiązku stosować w każdym przypadku art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis ten brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«. Zgodnie z regułą należytej staranności zamawiający powinien żądać od wykonawców wyjaśnień, ale w sytuacji, gdy zrodzą się u zamawiającego wątpliwości do treści oferty i jednocześnie, gdy zamawiający stwierdzi, że wyjaśnienia te nie będą prowadzić do negocjacji z wykonawcą ani dokonania jakiegokolwiek zmiany treści oferty, niezgodnej z art. 87 ust. 1 Pzp. W tym przypadku, zdaniem Izby, zamawiający zasadnie nie podjął czynności wyjaśniających, zostało to także opisane wyżej.

W związku z tym zarzut drugi, oznaczony przez odwołującego numerem 3, naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp – nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

Ze względu na to, że odwołujący wycofał zarzuty o numerach 2, 4 i 5 zarzuty te nie zostały rozpoznane przez Izbę.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z przytoczonych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 298,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....