

WYROK

z dnia 17 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2017 r. **w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2017 r. **przez odwołującego:** M. E. Spółka Akcyjna, S. ul. (...) w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** J. S. W. S.A. Zakład Wsparcia Produkcji , J. ul. (...)

przy udziale wykonawcy: „D. S. C.” Sp. z o.o., M. ul. (...)

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego.**

orzeka

1. uwzględni odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowną ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej po uprzednim wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów zawierających błędy a wskazanych w Specyfikacji Technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ
2. kosztami postępowania obciąża J. S. W. S.A. Zakład Wsparcia Produkcji J. ul. (...)

i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez M. E. Spółka Akcyjna S. ul. (...) tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od J. S. W. S.A. Zakład Wsparcia Produkcji J. ul. (...) kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz M. E. Spółka Akcyjna S. ul. (...) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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 Gliwicach

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie wniesiono pismem z dnia 2 października 2017 roku przez odwołującego, którym jest M. E. Spółka Akcyjna z siedzibą S., S., ul. (...), zwany dalej „odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi J. S. W. S.A. z siedzibą w Jastrzębiu- Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji, ul. (...), J. zwany dalej „zamawiającym”.

Zamówienie obejmuje „Dostawy dla kopalń J. SA. pian izolacyjnych mocznikowo-formaldehydowych, pian do wypełniania pustek w górotworze oraz uszczelniania wykładki w wyrobiskach korytarzowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy”

Odwołanie dotyczy części 3, części 4, części 5 oraz części 6 to jest zadań gdzie oferta odwołującego została oceniona jako najkorzystniejsza.

Postępowaniu nadano numer referencyjny: 70/P/DZZ/17.

Numer ogłoszenia i data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE to jest 2017/S 148-307261 w dniu 04/08/2017 roku.

Data zawiadomienia o czynnościach będących podstawą do wniesienia odwołania: to 22.09.2017 roku.

Działając w imieniu odwołującego, w oparciu o udzielone pełnomocnictwo, którego odpis załączono, na podstawie art. 180 ust 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej „pzp” oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 z późn.zm), wniesiono odwołanie od czynności oraz zaniechań Zamawiającego:

- 1) odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, oferty odwołującego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania,
- 2) zaniechania wezwania odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 pzp lub na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania (tj. dokumentację

przedmiotu zamówienia, zawierającą Instrukcję bezpiecznego stosowania oraz parametry techniczne określone przez zamawiającego w szczegółowych warunkach techniczno - użytkowych przedmiotu zamówienia, będącą podstawą wydania certyfikatu - wymienioną w pkt 9.18. SIWZ-strona 5/15, w zw. z pkt 8.1. załącznika nr 1 do SIWZ - strona 5/7);

3) z ostrożności procesowej - zaniechanie wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania (tj. dokumentację przedmiotu zamówienia, zawierającą instrukcję bezpiecznego stosowania oraz parametry techniczne określone przez Zamawiającego w szczegółowych warunkach techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia, będącą podstawą wydania certyfikatu - wymienioną w pkt 9.18. SIWZ - strona 5/15, w zw. z pkt 8.1. załącznika nr 1 do SIWZ - strona 5/7);

Wskazanym wyżej czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzuca naruszenie;

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, mimo że treść oferty odwołującego dla części nr 3, 4, 5 i 6 postępowania jest zgodna z SIWZ, a ponadto przed wystosowaniem wezwania do wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania (tj. dokumentację przedmiotu zamówienia, zawierającą instrukcją bezpiecznego stosowania oraz parametry techniczne określone przez zamawiającego w szczegółowych warunkach techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia, będącą podstawą wydania certyfikatu - wymienioną w pkt 9.18. SIWZ - strona 5/15, w zw. z pkt 8.1. załącznika nr 1 do SIWZ - strona 5/7), na podstawie art 26 ust. 4 pzp lub art. 87 pzp ewentualnie przed wezwaniem odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, do uzupełnienia w/w dokumentów przez odwołującego, mimo że oferta odwołującego była zgodna z SIWZ, a potencjalne wątpliwości oraz rzekome nieprawidłowości można było usunąć w drodze instytucji wyjaśnień lub uzupełnień;

2) art.7 ust. 1 pzp w związku z art. 26 ust. 4 pzp oraz art. 87 ust. 1 pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadą uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców, przejawiające się w zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania (tj. dokumentację przedmiotu zamówienia, zawierającą instrukcję bezpiecznego stosowania oraz parametry techniczne określone przez zamawiającego w szczegółowych warunkach techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia, będącą podstawą wydania certyfikatu - wymienioną w pkt 9.18. SIWZ - strona 5/15, w zw. 2 pkt 8.1.

załącznika nr 1 do SIWZ - strona 5/7), mimo że zastosowanie instytucji z art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 pzp jest obligatoryjne, w szczególności, gdy - jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu - mogą istnieć wątpliwości co do elementów oferty odwołującego;

3) z ostrożności procesowej - art. 7 ust. 1 pzp w związku z art. 26 ust. 3 pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, przejawiające się w zaniechaniu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania (tj. dokumentację przedmiotu zamówienia, zawierającą instrukcję bezpiecznego stosowania oraz parametry techniczne określone przez zamawiającego w szczegółowych warunkach techniczno- użytkowych przedmiotu zamówienia, będąca podstawą wydania certyfikatu - wymienioną w pkt 9.18. SIWZ - strona 5/15, w zw. z pkt 8.1. załącznika nr 1 do SIWZ - strona 5/7), mimo że zastosowanie instytucji z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest obligatoryjne, także po uprzednim wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na względzie opisane wcześniej zarzuty, Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie odwołania

I. Warunki formalne odwołania

Stan faktyczny w niniejszej sprawie kształtuje się następująco. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą; „Dostawy dla kopalń J. S.A. pian izolacyjnych mocznikowo-formaldehadowych, pian do wypełniania pustek w górotworze oraz uszczelniania wykładki w wyrobiskach korytarzowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot ustalonych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem (...).

O naruszeniu przepisów przez Zamawiającego, Odwołujący dowiedział się w momencie przesłania drogą faksową informacji o odrzuceniu jego oferty, co miało miejsce w dniu 22 września 2017 roku.

Dowód: uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego przesłane faksem w dniu 22 września 2017 roku

Mając na względzie treść art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdzić należy, że termin do wniesienia niniejszego odwołania został zachowany, ze względu na to, że Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 2 października 2017 roku.

Odwołujący spełnia przesłanki materialnoprawne z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, istnieje nie tylko możliwość, ale wręcz całkowita pewność uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (podobną wykładnię interesu przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lipca 2010 r., sygn. akt; K10/UZP 1338/10; a także w wyroku z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2933/12, zgodnie z którym wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia). Odwołujący wskazuje, iż w toku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, dla zadań 3,4, 5, 6 zaoferował najniższą, cenę. Gdyby oferta Odwołującego w zakresie zadań 3,4, 5, 6 nie została odrzucona, to Zamawiający dokonałby jej wyboru jako najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 PZP Odwołujący, „... ma interes w uzyskaniu danego zamówienia...” Obecnie, w wyniku podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych, możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego została utracona, a więc zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 PZP „...może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”,

W związku z powyższym uznać należy, iż Odwołujący posiada legitymację do złożenia niniejszego Środka ochrony prawnej, bowiem wciąż ma on interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Jak podkreśla się w doktrynie prawa, interes winien być rozumiany szeroko, obejmując zarówno interes majątkowy jak i niemajątkowy. Nie jest konieczne doznanie uszczerbku w interesie prawnym, a wystarczy jego samo zagrożenie, W ocenie Odwołującego, poprzez bezprawne działania Zamawiającego jego interes prawny został naruszony, co skutkowało brakiem możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadnienie

I. Zarzut nr 1

Oferta Odwołującego w części nr 3, 4, 5 i 6 postępowania została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający stwierdził, że niezgodność oferty z SIWZ zachodzi w odniesieniu do warunków

gwarancji (tj, okresu jej obowiązywania oraz utrzymywania ważności gwarancji także w razie przechowywania produktu w temperaturze od 0° do 32°. Zamawiający swoje wnioski wywiódł z treści Instrukcji nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo* Formaldehydowej (...) edycja 4 luty 2016 (str. 36-42 uzupełnienia), Instrukcji nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo-Formaldehydowej Super (...) edycja 2 styczeń 2016 (str. 170-175 uzupełnienia) oraz Instrukcji nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo-Formaldehydowej (...) edycja 2 październik 2032 (str. 239-245 uzupełnienia), załączonych do odpowiedzi Odwołującego z dnia 8 września 2017 r., na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść instrukcji bezpiecznego stosowania, o których mowa powyżej, zestawiał z treścią załącznika nr 1 do SIWZ, w punkcie 1,8 Specyfikacji technicznej (zapis ten jest wspólny dla wszystkich zadań, w tym dla części 3, 4, 5 i 6 postępowania), gdzie Zamawiający ustalił, że „Okres gwarancji jakości komponentów (żywica, środek spieniający) opisanych w zadaniach od 1 do 6, przechowywanych także w temperaturze od 0° do 32°, powinien wynosić co najmniej 2 miesiące od dostarczenia do magazynów Zakładu Wsparcia Produkcji J.S.A. przy kopalniach J.SA

Instrukcja nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo-Formaldehydowej (...) edycja 4 luty 2016 została złożona także dla zadania nr 4. Z kolei Instrukcja nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo-Formaldehydowej Super (...) edycja 2 styczeń 2016, złożona dla zadania nr 5 zawierała identyczne zapisy (co w/w instrukcja nr (...)) na str. 6 tj. „Materiał należy przechowywać w magazynie, w temperaturze 10+20° C (optymalna temperatura przechowywania żywicy (...) to ok. 10° C). Okres gwarancji prawidłowo przechowywanego materiału wynosi co najmniej 2 miesiące dla żywicy i co najmniej 12 miesięcy dla katalizatora, licząc od daty produkcji),

W Instrukcji nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo- Formaldehydowej (...) edycja 2 październik 2012 na stronie 3 znajduje się zapis: „Składniki A i B systemu (...) należy magazynować oddzielnie w szczelnie zamkniętych opakowaniach w pomieszczeniach suchych i przewiewnych, w temperaturze: składnik A 5+20°C (optymalna temperatura przechowywania żywicy to ok. 10), a składnik B 10+30 °C (...) Okres gwarancji prawidłowo przechowywanych składników systemu wynosi 2 miesiące od daty produkcji dla żywicy i 12 miesięcy dla katalizatora

Na podstawie tych danych Zamawiający stwierdził niezgodność temperatury przechowywania komponentów dla zachowania ważności gwarancji oraz okresu gwarancji, który zgodnie z pkt 1.8 Specyfikacji technicznej powinien rozpocząć się od dostarczenia materiału do magazynów ZWP przy J. S.A., a nie jak oferuje wykonawca, od daty produkcji.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, treść oferty Odwołującego jest zgodna z postanowieniami SIWZ i nie podlega odrzuceniu. Z wnioskami Zamawiającego nie sposób się zgodzić z kilku poniższych przyczyn.

Po pierwsze, gwarant (w przedmiotowym przypadku - Odwołujący) co do zasady może dowolnie kształtować zasady udzielenia gwarancji. Przy czym, o okresie i pozostałych zasadach gwarancji w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego decyduje Zamawiający. Umowy w sprawie zamówienia publicznego mają bowiem charakter zbliżony do umów adhezyjnych. Oferent zamierzający zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego musi zatem złożyć oświadczenie woli o treści oczekiwany przez Zamawiającego; w przeciwnym razie jego oferta zostanie odrzucona.

Kluczową kwestią wydaje się być zatem ustalenie, w jaki sposób Odwołujący złożył jednostronne oświadczenie woli o udzieleniu gwarancji jakości zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego nastąpiło to poprzez złożenie stosownego oświadczenia na formularzu ofertowym, dedykowanym dla realizacji konkretnego zamówienia publicznego, a nie poprzez złożenie instrukcji bezpiecznego stosowania produktu, sporządzonej bez związku z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, która nie stanowi treści oferty sensu stricto, a została złożona wyłącznie jako dokument potwierdzający, że oferowane dostawy spełniają wymagania ustalone przez Zamawiającego. Instrukcję bezpiecznego stosowania trudno zresztą uznać za oświadczenie woli Odwołującego, skierowane do Zamawiającego i wywołujące określone skutki, Instrukcję bezpiecznego stosowania można co najwyżej uznać za oświadczenie wiedzy. Należy przy tym podkreślić, że instrukcja bezpiecznego stosowania- w świetle pkt 8.1. Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ - miała określać tzw. szczegółowe warunki techniczno-użytkowe. Szczegółowe warunki techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia zostały wymienione od pkt 2 do pkt 7 Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ w części 2 o tożsamym tytule (nie wymieniały wymogów związanych z gwarancją jakości). Natomiast w części 1 Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ o tytule „ogólne warunki techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia” w pkt 1.8. sformułowano wymogi związane z gwarancją jakości. Instrukcja bezpiecznego stosowania w zakresie odnoszącym się do gwarancji jakości nie służyła nawet do potwierdzania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Odwołujący nie składał odrębnego dokumentu gwarancji jakości. W tym kontekście podkreślić należy, że zgodnie z pkt 10.3 Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, dokument gwarancji określający warunki i okres gwarancji uwzględniający wymagania punktu 1.8 Specyfikacji technicznej odnoszące się do konkretnego rodzaju i odmiany oferowanego przedmiotu zamówienia) zalicza się do dokumentów składanych wraz z każdą dostawą, stąd też na etapie sprzed zawarcia umowy brak było podstaw do żądania dokumentów gwarancyjnych.

W pkt 4 formularza ofertowego Odwołujący oświadczył, że oferowany przedmiot zamówienia, w zakresie zadań od 1 do 6, będzie objęty rękojmią oraz gwarancją na okres 2 miesięcy od daty dostarczenia do magazynów ZLM J. S.A. przy kopalniach J. S.A. W pkt 10 formularza ofertowego Odwołujący oświadczył, że zapoznał się z całą SIWZ i nie wnosi w stosunku do niej żadnych zastrzeżeń. W pkt 11 formularza ofertowego Odwołujący oświadczył, że zapoznał się ze

wzorem umowy oraz Ogólnymi Warunkami Umowy oraz bezwzględnie je zaakceptował. Odwołujący uznał się także za związanego treścią tych dokumentów i zobowiązał się do ich przestrzegania. Jest to o tyle istotne, że w pkt 7,5. Ogólnych Warunków Umów (załącznik nr 5 do SIWZ) Zamawiający jednoznacznie rozstrzygnął, że „Termin obowiązywania rękojmi odpowiada terminowi obowiązywania gwarancji, o którym mowa w punkcie 8.4.”, natomiast w punkcie 8.4. tego dokumentu określił, iż: „Termin obowiązywania gwarancji wynosi 24 miesiące od daty wydania Towarów Odbiorcy chyba że Umowa, SIWZ, WO lub inne wymogi Odbiorcy przewidują inny termin obowiązywania gwarancji. W przypadku rozbieżności pomiędzy między wskazanymi powyżej dokumentami w zakresie terminu gwarancji, obowiązującym pozostaje termin najkorzystniejszy dla Odbiorcy. Terminem korzystniejszym dla Odbiorcy jest termin wynikający z formularza ofertowego Odwołującego, a nie z instrukcji bezpiecznego stosowania. Jedynie na marginesie zwrócić należy uwagę, że ogólny termin gwarancji jakości, wynikający z art. 577 § 4 Kodeksu cywilnego, wynosi 2 lata od dnia dostawy, a zatem jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego formularz ofertowy obejmował oświadczenie woli Odwołującego o udzieleniu gwarancji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, stąd nie sposób mówić o niezgodności treści oferty z SIWZ.

Po drugie, temperatura przechowywania miała znaczenie wyłącznie w kontekście utrzymania ważności gwarancji jakości, która miała obowiązywać od momentu dostawy (pkt 1.8. Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ; „Okres gwarancji jakości komponentów (żywica, środek spieniający), opisanych w zadaniach od 1 do 6, PRZECHOWYWANYCH TAKŻE W TEMPERATURZE OD 0° DO 32°, powinien wynosić co najmniej 2 miesiące od dostarczenia do magazynów Zakładu Wsparcia Produkcji J.S.A. przy kopalniach J.S.AT), Powyższe oznacza, że zasady udzielania gwarancji jakości, w tym utrzymania gwarancji jakości w ramach przechowywania produktów w określonej temperaturze, nie są objęte przepisami publicznoprawnymi (m.in. związanymi z BHP i bezpieczeństwem w podziemnych zakładach górniczych). Gwarancja jakości - jako instytucja z zakresu prawa cywilnego (prywatnoprawna) - zależy zatem wyłącznie od jednostronnego oświadczenia woli gwaranta, z zastrzeżeniem wywodów, o których mowa powyżej. Ani instytucje państwowe, ani instytucje certyfikujące nie mają kompetencji do wpływania na zasady udzielania gwarancji jakości przez oferenta. Oceny tej nie zmienia fakt, że certyfikat

bezpieczeństwa znak B wydawany jest w oparciu o instrukcję bezpiecznego stosowania. Instrukcja bezpiecznego stosowania musi zostać dołączona do wniosku o wydanie rzeczonoego certyfikatu. Nie może ona być następnie zmieniana w jakikolwiek sposób, ponieważ stanowi ona załącznik do certyfikatu bezpieczeństwa znak B. Wszelkie zmiany instrukcji bezpiecznego stosowania (nawet w tym zakresie, które nie podlegają kompetencji instytucji certyfikującej - jak np. zasady udzielania gwarancji) wymagają opracowania nowej edycji instrukcji (wraz z podaniem numeru edycji i daty jej sporządzenia), a także przeprowadzenia ponownego procesu certyfikacji, zakończonego wydaniem zmienionego certyfikatu bezpieczeństwa znak B (z uwzględnieniem w załącznikach nowej edycji instrukcji bezpiecznego stosowania). Procedury te są zarówno pracochłonne, jak i kosztowne. Zamawiający nie wziął pod uwagę charakteru instrukcji bezpiecznego stosowania. Gdyby Odwołujący miał dla każdej części zamówienia publicznego w każdym, kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opracowywać nową instrukcję bezpiecznego stosowania pod konkretny SIWZ i pozyskiwać w oparciu o tę instrukcję kolejne certyfikaty, to w ogóle nie mógłby prowadzić swojej normalnej działalności. Zamawiający nie postępuje racjonalnie i zgodnie z zasadami obrotu gospodarczego, oczekując dedykowanej dla przedmiotowego zamówienia instrukcji bezpiecznego stosowania produktu wraz z dedykowanym dla przedmiotowego zamówienia certyfikatem bezpieczeństwa znak B. Oczywistym przy tym jest, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający tego rodzaju dedykowanych dokumentów nie oczekiwał, ponieważ nie wynika to ani z SIWZ, ani z załączników do SIWZ.

Po trzecie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, żaden zapis Instrukcji nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo- Formaldehydowej (...) edycja 4 luty 2016, Instrukcji nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo- Formaldehydowej Super (...) edycja 2 styczeń 2016 oraz Instrukcji nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo- Formaldehydowej (...) edycja 2 październik 2012, nie pozostaje w sprzeczności z postanowieniami pkt 1.8., Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ.

W odniesieniu do okresu gwarancji jakości, Instrukcja nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo- Formaldehydowej (...) edycja 4 luty 2016 oraz Instrukcja nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo- Fonnaldehydowej Super (...) edycja 2 styczeń 2016 wskazują jedynie na minimalny okres gwarancji, wynoszący 2 lata od dnia produkcji. Należy to rozumieć w ten sposób, że Odwołujący (gwarant) w każdym przypadku zapewni, iż okres gwarancji jakości nie będzie krótszy niż 2 lata od dnia produkcji. Nie powoduje to bynajmniej niezgodności treści oferty z SIWZ (skoro okres co najmniej 2 lata od daty produkcji może także obejmować

okres 2 lat od daty dostawy). Okres ten może być znacznie dłuższy, skoro został ograniczony jedynie z jednej strony (tzn. tylko nie krócej niż...), a nie z dwóch stron (tzn. nie krócej niż oraz nie dłużej niż). Potwierdza to jedynie tezę Odwołującego, że to formularz ofertowy decydował o zasadach udzielenia gwarancji, a nie instrukcja bezpiecznego stosowania, która nie zawierała jednoznacznych postanowień co do okresu gwarancji jakości. Odnośnie do Instrukcji nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo- Formaldehydowej (...) edycja 2 październik 2012, to należy zauważyć, że podane tam okresy gwarancji jakości nie mają oznaczenia „nie dłużej niż”, nie są zatem ograniczone.

Wprawdzie wszystkie instrukcje bezpiecznego stosowania wskazują na temperatury przechowywania produktów, niemniej jednak żadna z tych instrukcji nie wskazuje wprost, że brak przechowywania w podanym przedziale temperatur skutkuje utratą gwarancji jakości lub że zakazuje się przechowywania produktów w innym przedziale temperatur. Zamawiający wyprowadził z instrukcji bezpiecznego stosowania treści, które się w tych dokumentach nie znajdują.

Po czwarte, instrukcje bezpiecznego stosowania nie stanowią treści oferty sensu stricto. Dlatego nawet potencjalna niezgodność instrukcji bezpiecznego stosowania z SIWZ nie powoduje, że treść oferty jest niezgodna z SIWZ. Wyklucza to zatem zastosowanie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w sposób opisany i za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi przybrać postać stanowczego oświadczenia woli - do tego złożonego w formie pisemnej, gdyż taką szczególną formę dla ważności tej czynności wyznacza art 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że temperatura przechowywania komponentów dla zachowania ważności gwarancji nie jest zgodna z jego wymaganiami (na podstawie pkt 1.8 Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ), a zarazem okres gwarancji nie jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego, mimo iż Odwołujący nie przedstawił żadnego dokumentu gwarancyjnego (trudno uznać, by instrukcja bezpiecznego stosowania, określająca m.in. wymogi w zakresie przechowywania komponentów, taki dokument stanowiła). Ponadto trudno uznać, aby instrukcja bezpiecznego stosowania w ogóle stanowiła oświadczenie woli, a tym bardziej stanowcze oświadczenie woli skierowane do Zamawiającego (skoro w dwóch instrukcjach mowa jest o minimalnym okresie gwarancji jakości). Przypomnieć trzeba, że dokument gwarancyjny wymagany był wraz z dostawą, a nie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z powyższego wynika, że Zamawiający uwzględniając konstrukcję postanowień SIWZ, bezzasadnie utożsamiał treść oferty sensu stricto, z ogólną jej zawartością, to jest z wszystkimi wymaganym dokumentami, mającymi potwierdzać zgodność przedmiotu dostawy z wymaganiami zamawiającego. Tego rodzaju dokumenty jak: katalogi wyrobów, karty charakterystyki produktów, opisy zewnętrzne, certyfikaty, instrukcje wchodzące w skład dokumentacji oferty, nie tworzą treści oferty w ścisłym tego słowa znaczeniu, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązkiem zamawiającego określonym w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jasny, wyczerpujący z podaniem wszystkich wymagań co koniecznej zawartości treści oferty, jak i wszelkich wymaganych dokumentów. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca zobowiązany jest ściśle dostosować się do wymagań SIWZ, nie musi się domyślać nie wyrażonych wprost intencji zamawiającego, iż ten za treść oferty będzie poczytywał wszelkie parametry i oznaczenia oferowanego przedmiotu dostawy, np. w złożonym katalogu producenta, instrukcji, ulotki informacyjnej, czy innym elemencie opisu, nie pozwalając na uzupełnienie tego rodzaju dokumentów. Brak rozgraniczenia co do wymaganej treści oferty i dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymagań, nie może prowadzić do sytuacji, gdy z dokumentu określającego de facto warunki przechowywania i transportu produktu, Zamawiający wyciąga wnioski dotyczące innej kwestii, a mianowicie warunków i czasu trwania gwarancji.

W świetle zaistniałych przyczyn brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w części 3,4,5 i 6 postępowania o udzielenie zamówienia, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zarzut nr 2

Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może nastąpić jedynie w warunkach pewności co do niezgodności jej treści z postanowieniami SIWZ. Należy podkreślić, iż badając podstawy odrzucenia oferty, zamawiający powinien dochować należytej staranności i zwrócić się przed podjęciem decyzji o wyjaśnienie treści złożonej oferty, jeżeli istnieją ku temu przesłanki. Przyjmując, że na tle instrukcji bezpiecznego stosowania powinny powstać wątpliwości, to Zamawiający nie powinien był ich samodzielnie rozstrzygać (wywodząc z dokumentów treści, których tam nie ma), lecz poprosić Odwołującego o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazać należy, że zgodnie z pkt 9.1.8 SIWZ oraz punktem 8 (a ściślej 8.1.) Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, dokumentacja przedmiotu zamówienia, zawierająca instrukcję bezpiecznego stosowania oraz parametry techniczne określone przez Zamawiającego w szczegółowych warunkach techniczno- użytkowych przedmiotu zamówienia należą do dokumentów, spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Zgodnie z tym postanowieniem (są to dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie tworzą treści oferty w ścisłym znaczeniu). Podlegają one zatem wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie ulega wątpliwości, że instytucja wezwania do wyjaśnienia dokumentacji ma charakter obligatoryjny. Taką konkluzją można wywieść zarówno z konstrukcji przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym brak jest takich sformułowań jak „może” czy „Jest uprawniony do”, jak i szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r., KIO 1467/11). W jednym z orzeczeń (wyrok KIO z dnia 25 maja 2012 r., akt KIO 984/12), Izba uznała wręcz, że „(...) zamawiającemu nie wolno zastępować obligatoryjnego zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy poprzez dokonywanie własnoręcznie ustaleń co do wątpliwej treści dokumentów, o których mowa w art 25 ust 1 ustawy ”, Natomiast w wyroku z dnia 24 maja 2012 r., KIO 956/12, Izba skonstatowała, że: „Przepis art 26 ust 4 ustawy P.z.p. wyraźnie wskazuje na istnienie takiego obowiązku, nie pozostawiając decyzji o żądaniu wyjaśnień w sferze dyspozycji zamawiającego

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba uznała instrukcje bezpiecznego stosowania za treść oferty sensu stricto, Odwołujący zauważa, że w takiej sytuacji należało bezwzględnie zastosować tryb z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Według ugruntowanego poglądu zarówno doktryny, jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w razie jakichkolwiek obiekcji co do treści złożonej oferty Zamawiający winien w pierwszym rzędzie żądać złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a dopiero po ich uznaniu za niewystarczające, dokonać czynności odrzucona oferty. Zaniechania Zamawiającego w zakresie skorzystania z przyznanych mu przepisami prawa możliwości dokonania wszystkich działań zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty nie powinny podlegać ochronie, a jednocześnie są nie do pogodzenia z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także z nadrzędnym celem ustawy, jakim jest racjonalne gospodarowanie środkami (wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2007 r., KIO/UZP/1404/07; wyrok KIO z dnia 5 listopada 2009 r., KIO/UZP 1443/09; wyrok KIO z dnia 2 listopada 2009 r., KIO/UZP 1327/09).

Mimo, iż Odwołujący przedłożył na wezwanie zamawiającego instrukcje bezpiecznego stosowania, Zamawiający nie wezwał go do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zasad udzielonej gwarancji jakości na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

(jeżeliby przyjąć, że instrukcja bezpiecznego stosowania stanowi część oferty w ścisłym znaczeniu) albo w trybie art. 26 ust. 4 (jeżeliby przyjąć, że instrukcja stanowi dokument w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), a jedynie odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego zaniechanie w postaci braku zastosowania postępowania rektyfikacyjnego narusza art. 87 ust. 1 albo art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań w celu ustalenia zgodności przedmiotu dostawy zaproponowanego przez Odwołującego z SIWZ i specyfikacją techniczną, choć w zaistniałej sytuacji winien w pierwszej kolejności wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień, to wówczas Odwołujący w odpowiedzi dożyłby wyjaśnienia potwierdzające, iż udziela gwarancji na warunkach wymaganych przez Zamawiającego (Odwołujący jako dostawca, a zarazem producent komponentów ma możliwość indywidualnego określenia treści gwarancji w taki sposób, by zapewnić jej zgodność z wymaganiami zamawiającego). W przekonaniu Odwołującego wyjaśnienia byłyby wystarczające do usunięcia wszelkich wątpliwości i nie zachodziłaby konieczność uzupełniania jakiegokolwiek dokumentu.

W związku z powyższym i brakiem wezwania do wyjaśnień, Odwołujący stawia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut nr 3

Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że instrukcja bezpiecznego stosowania jest nieprawidłowa, a wyjaśnienia Odwołującego w drodze art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie byłyby wystarczające, Odwołujący zauważa, że instrukcja bezpiecznego stosowania - jako dokument z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis powyższy dotyczy zatem sytuacji, w której wykonawca pomimo

obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów, wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych, lub wcześniejszego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył powyższych oświadczeń lub dokumentów albo złożone dokumenty lub oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Wezwanie z art 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zwalnia Zamawiającego z zastosowania art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak podkreśliła KIO w wyroku z dnia 27 kwietnia 2017 r., KIO 727/17: „Upływ ustawowych dziesięciu dni, o których mowa w art. 26 ust. i p.z.p. nie powoduje automatycznie sankcji odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy, choćby z tego względu, że w gestii Zamawiającego pozostaje jeszcze instytucja wynikająca z art. 26 ust. 3 p.z.p. W wyroku KIO z dnia 10 stycznia 2017., KIO 172/17, położono szczególny nacisk na bezwzględność stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Z art. 26 ust. 3 p.z.p. wynika bezwzględny obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy i zamawiający nie zostaje zwolniony z tego obowiązku nawet w przypadku, gdy wykonawcy w okresie pomiędzy składaniem ofert a wyborem najkorzystniejszej oferty samodzielnie przesyłają zamawiającemu dokumenty lub oświadczenia**.

Zakładając zatem, że Instrukcja nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo- Formaldehydowej (...) edycja 4 luty 2016 (str. 36-42 uzupełnienia w trybie 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), Instrukcja nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo- Formaldehydowej Super (...) edycja 2 styczeń 2016 (str. 170-175 uzupełnienia w trybie 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) , Instrukcja nr (...) Bezpiecznego stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo- Formaldehydowej (...) edycja 2 październik 2012 (str. 239-245 uzupełnienia w trybie 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) zawierały błędy, to Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do złożenia poprawnych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dopiero nieskuteczne uzupełnienie dokumentów otwierałoby Zamawiającemu drogę do odrzucenia oferty Odwołującego.

Jedynie na marginesie Odwołujący zwraca uwagę, że art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawiera zamkniętego katalogu dokumentów podlegających uzupełnieniu. Bez względu na kwalifikację prawną, instrukcje bezpiecznego stosowania można uzupełnić w oparciu o powyższy przepis (wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2017 r., KIO 2416/16: „Przepis art. 26 ust 3 p.z.p. nie zawiera zamkniętego katalogu dokumentów, które podlegają uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego. Wręcz przeciwnie: w hipotezie tego przepisu mieszczą się także inne, nie wymienione wprost dokumenty. Takie rozumienie brzmienia tego przepisu wynika wprost ze sformułowania «lub innych dokumentów niezbędnych do

przeprowadzenia postępowania.» Powyższe oznacza odejście w procedurze zamówień publicznych od nadmiernego formalizmu i kazuistyki\

Przedłożenie prawidłowych dokumentów nie będzie prowadziło w takim przypadku do zmiany treści oferty, ponieważ nie spowoduje zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia, ani zmiany intencji Odwołującego odnośnie do zasad udzielanej gwarancji jakości (wprost wynikających z treści formularza ofertowego). W wyniku uzupełnienia wykonawca potwierdzi jedynie ostatecznie zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ (wyrok KIO z dnia 7 lutego 2012 r., KIO 154/12). Istnienie przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 87 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przesądza, że zmiana oferty po terminie składania ofert jest możliwa, z inicjatywy zamawiającego i w okolicznościach wskazanych w podanych przepisach. Są to regulacje szczególne względem przepisu art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest stworzenie możliwości uzyskania wniosku lub oferty poprawnych, pod względem oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania Zamawiającego, pomimo pierwotnych braków lub uchybień.

Biorąc pod uwagę powyższe i brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzasadniony.

W świetle zaistniałych okoliczności, wnoszę i wywodzą jak w petitom odwołania.

Przystępujący po stronie zamawiającego

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił „D. S. C.” Sp. z o.o. z siedzibą w M. po stronie zamawiającego, składając pismo w dniu 5 października 2017 r wraz ze stanowiskiem merytorycznym w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący nie podziela stanowiska odwołującego co do tego, że tylko formularz ofertowy i zawarte w nim postanowienia na temat gwarancji stanowią o treści oferty. Dla przystępującego „D. S. C.” również treścią oferty jest instrukcja stosowania, przechowywania i transportu gdzie wskazane są warunki gwarancji jakości. Nie zgadza się także z wywodem odwołującego, że oferta stanowi ważniejszej rangi dokument niż instrukcja techniczna oferowanego materiału. „Wbrew twierdzeniom Odwołującego załączniki dołączone do oferty stanowią integralną część złożonej oferty”. Tym bardziej, że „produkt , który jest oferowany w ramach zamówienia publicznego nie może zostać udzielona gwarancja zgodna z warunkami przewidzianymi przez Zamawiającego”. W zaistniałej sytuacji zamawiający „miał prawo zareagować, poprzez odrzucenie oferty.” Dalsze wywody sprowadzają się do stwierdzenia, że odwołujący zaoferował ofertę wewnętrznie sprzeczną, której to sprzeczności nie można

usunąć w trybie wyjaśnienia oferty, ponieważ spowodowałoby to zmianę jej treści czego nie dopuszcza regulacja art.87 ust.1 pzp. Ponadto ze stanu faktycznego sprawy wynika, że odwołujący nie posiada dokumentu, którym mógłby wykazać, że oferowany produkt spełnia wymagania SIWZ w zakresie gwarancji jakości w tym co do możliwości przechowywania materiału w temperaturach od 0 do 32 stopni Celsjusza, bo gdyby posiadał to by już go przedstawił. Przywołał orzecznictwo KIO jak i doktrynę zgodnie z którymi wyjaśnienia treści oferty nie stanowią oferty oraz nie mogą jej zmieniać. "Wyjaśnienia muszą się więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać". Tak więc „wyjaśnienia treści oferty niczego nie wniosłyby do sprawy, w sytuacji wewnętrznej sprzeczności treści zawartych w formularzu ofertowym z treścią załączników.”

Na rozprawie odwołujący przedstawił stanowisko w sprawie - pismo z dnia 16.10.2017 roku.

Wskazał, że instrukcja stosowania, przechowywania i transportu materiałów była wymagana na podstawie art. 25 pzp na okoliczność potwierdzenia spełnienia przez oferowane materiały wymagań zamawiającego. Dokument ten nie był składany na okoliczność potwierdzenia kryterium techniczno-jakościowego, jedynym kryterium oceny ofert była cena. Zamawiający wezwał do przedłożenia instrukcji stosowania na podstawie art.26 ust.1 pzp co zdaniem odwołującego przesądza również o charakterze składanych dokumentów. Przywołał także pkt 9 i ppkt 9.1.8. SIWZ regulujący jakie dokumenty ma wykonawca dostarczyć na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu oraz na potwierdzenie, że oferowane materiały spełniają wymagania zamawiającego, przywołując załącznik nr 1 do SIWZ Specyfikację Techniczną.

W ocenie odwołującego wymagana Instrukcja dotycząca produktu nie może zawierać informacji pozwalających na uszczegółowienie oraz określenie treści zobowiązania, gdyż w przeciwnym przypadku nie mogłaby być Instrukcja uzupełniona (zakaz zmiany treści oferty po terminie składania ofert). Instrukcja stosowania nie jest treścią oferty sensu stricto, w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Instrukcja stosowania ma potwierdzać określone wymagania zamawiającego (nie jest faktem prawotwórczym).

Instrukcja stosowania nie jest oświadczeniem woli wykonawcy a co najwyżej oświadczeniem wiedzy. Samo złożenie instrukcji stosowania w żadnych okolicznościach nie wywołuje skutków prawnych to jest nie doprowadza do zawarcia umowy na dostawę produktów opisanych w tej instrukcji. Instrukcja stosowania nie może także stanowić oświadczenia woli gwaranta o udzieleniu gwarancji.

Instrukcja stosowania nie może być potraktowana jako dokument gwarancyjny nie tylko ze względu na nazwę (dokument na gwarancję nazywa się karta gwarancyjną) ale ze względu

na odmiennosc funkcji. Instrukcja stosowania to jak postepowac z produktem a karta gwarancyjna wskazuje na uprawnienia, określa dlugosc gwarancji, wyłączenia w ramach gwarancji, przenoszalnosc praw z gwarancji itd.

Odwołujący również wskazuje na różne daty dokumentów to jest oferta (formularz ofertowy) jest z datą późniejszą a instrukcje noszą daty wcześniejsze. Z kolei karty gwarancyjne będą złożone w terminie późniejszym. Według wiedzy odwołującego formularz ofertowy, karta gwarancyjna są dokumentami ważniejszymi od instrukcji stosowania. Odwołujący przywołuje również treść art.65 ust.1 k.c. zgodnie z którym „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Natomiast Instrukcja stosowania ma potwierdzać, że oferowane dostawy spełniają określone wymagania zamawiającego. Zamawiający w SIWZ określił, jakie są te wymagania i jakimi dokumentami te wymagania mają być potwierdzone to jest w formularzy ofertowym. Ponadto zamawiający określił, że wymagania w zakresie gwarancji mają być potwierdzone w formularzu ofertowym a docelowo w karcie gwarancyjnej przekazywanej w trakcie realizacji umowy. Stąd zamawiający zakres i treść gwarancji miał weryfikować nie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a na etapie realizacji umowy.

Odwołujący powołał się na postanowienia SIWZ i tak:

Przedstawił Wykaz dokumentów składanych wraz z każdą dostawą.

Świadectwo jakości określające minimum spełnienie parametrów w punktach od 2 do 7 Specyfikacji technicznej (odnoszące się do konkretnego rodzaju i odmiany oferowanego przedmiotu zamówienia),

Deklarację zgodności dostawcy (załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej),

Dokument gwarancji określający warunki i okres gwarancji uwzględniający wymagania punktu 1.8. Specyfikacji technicznej (odnoszące się do konkretnego rodzaju i odmiany oferowanego przedmiotu zamówienia).

W SIWZ zamawiający zastrzegł, że instrukcja stosowania ma potwierdzać wymagania techniczne związane z zamówieniem, które zostały doprecyzowane w punktach od 2 do 7 Specyfikacji technicznej — załącznika nr 1 do SIWZ. Wymagania związane z gwarancją umieszczono w pkt 1 Specyfikacji technicznej — załącznika nr 1 do SIWZ.

Według odwołującego „Instrukcję stosowania można i powinno się weryfikować wyłącznie pod kątem potwierdzenia przez ten dokument ściśle określonych wymogów wskazanych przez zamawiającego — tj. wymogów zawartych w punktach od 2 do 7 specyfikacji technicznej załącznika nr 1 do SIWZ. Zasady gwarancji ustalono natomiast w punkcie 1 specyfikacji technicznej załącznika nr 1 do SIWZ. Instrukcja stosowania potwierdzała wymagania określone w punktach 2-7 specyfikacji technicznej załącznika nr 1 do SIWZ. Zamawiający w ogóle nie powinien był badać instrukcji stosowania pod kątem innych

wymagań niż określone w punktach 2-7. Instrukcja stosowania w zakresie zasad gwarancji w ogóle nie stanowić podstawy do odrzucenia”.

Specyfikacja techniczna — załącznik nr 1 do SIWZ

1.0gólne warunki techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia:

1.8. Okres gwarancji jakości komponentów (żywica, środek spieniający) opisanych w zadaniach od 1 do 6, przechowywanych także w temperaturze od 0^o C do 32^o C powinien wyrosić co najmniej 2 miesiące od dostarczenia do Zakładu Wsparcia Produkcji J. S.A. przy kopalniach J. S.A.

W części 2-7 Zał. Nr 1 do SIWZ Szczegółowe warunki techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia:

(...)

8.Wykaz dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego:

8.1. Dokumentacja przedmiotu zamówienia, zawierająca instrukcję bezpiecznego stosowania oraz parametry techniczne określone przez Zamawiającego w szczegółowych warunkach techniczno — użytkowych przedmiotu zamówienia, będąca podstawą wydania certyfikatu.

8.2. W przypadku gdy dokumentacja wymieniona w pkt 8.1. wykazu dokumentów nie potwierdza spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego opisanych w punktach od 2 do 7 Specyfikacji technicznej, Wykonawca może złożyć inne dokumenty wydane przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzające spełnienie wymagań.

(...) „XVI. Instrukcję stosowania nie jest dokumentem dedykowanym dla poszczególnych zamówień, a zakresie zasad udzielania gwarancji nie jest objęta procesem certyfikacji. Niemniej jednak Wykonawca nie może dowolnie zmieniać instrukcji stosowania, ponieważ każda zmiana wymaga przeprowadzenia procesu certyfikacji od nowa- Zasady gwarancji określał formularz ofertowy, a nie instrukcja stosowania.

XVII. Instrukcje stosowania, które Wykonawca złożył w przedmiotowym postępowaniu, Wykonawca wielokrotnie wykorzystywał i składał w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, prowadzonych przez różnych zamawiających. Nie trzeba dodać, że każdy zamawiający inne wymogi co do zasad udzielania gwarancji (które nie pokrywały się z ogólnym opisem gwarancji w instrukcji stosowania). Mimo tego, zamawiający zawierali umowy w sprawie zamówienia publicznego z Wykonawcą. Mieli oni bowiem świadomość, że instrukcja stosowania nie jest dokumentem stanowiącym podstawę do udzielenia gwarancji. Potwierdza to chociaż fakt zawarcia z K. S.A. umowy na wielokrotną dostawę pianek oferowanych również w tym postępowaniu przez Wykonawcę. W umowie z K. S.A. przykładowo przewidziano 12 miesięczny okres gwarancji od daty dostawy. W ramach odrębnego zamówienia, Wykonawca zawarł także umowę z zamawiającym na dostawę

pianek oferowanych w tym postępowaniu. Zamawiający nie kwestionował oferty Wykonawcy. Wymagania Zamawiającego co do zasad udzielania gwarancji w ramach wspomnianego wyżej odrębnego zamówienia były tożsame.

XVIII. W instrukcji stosowania w ogóle nie ma mowy o tym, że stanowczo udziela się gwarancji na określonych zasadach. Podawano jedynie przykładowy okres gwarancji, który nie może być krótszy niż 24 miesiące od daty produkcji.

XX. W instrukcji stosowania w ogóle nie ma mowy o tym, że produkt można składować wyłącznie w ramach określonego zakresu temperaturowego. Nie uzależniano utrzymania gwarancji od przechowywania produktów w określonym zakresie temperaturowym.

XX. Nigdzie nie wskazywano stanowczo, że nie ma możliwości przechowywania produktów w innej temperaturze, ani że przechowywanie w innej temperaturze grozi niebezpieczeństwem lub utratą właściwości fizyko-chemicznych, albo że skutkuje automatycznie i bezwzględnie utratą uprawnień z gwarancji jakości.

XXI. Zasady udzielania gwarancji jakości, w tym utrzymania gwarancji jakości w ramach przechowywania w określonej temperaturze, nie są objęte przepisami publicznoprawnymi, ani nie są objęte procesem certyfikacji. Gwarancja jakości — jako instytucja z zakresu prawa cywilnego (prywatnoprawna) — zależy zatem wyłącznie od jednostronnego oświadczenia woli gwaranta, z zastrzeżeniem wywodów, o których mowa powyżej. Ani instytucje państwowe, ani instytucje certyfikujące nie mają kompetencji do wpływania na zasady udzielania gwarancji jakości przez oferenta. Instytucje certyfikujące w ogóle nie badają gwarancji jakości. Oceny tej nie zmienia fakt, że certyfikat bezpieczeństwa znak B wydawany jest w oparciu o instrukcję bezpiecznego stosowania. Instrukcja bezpiecznego stosowania musi zostać dołączona do wniosku o wydanie rzeczonoego certyfikatu. Nie może ona być następnie zmieniana w jakikolwiek sposób, ponieważ stanowi ona załącznik do certyfikatu bezpieczeństwa znak B. Wszelkie zmiany instrukcji bezpiecznego stosowania (nawet w tym zakresie, które nie podlegają kompetencji instytucji certyfikującej jak np. zasady udzielania gwarancji) wymagają opracowania nowej edycji instrukcji (wraz z podaniem numeru edycji i daty jej sporządzenia), a także przeprowadzenia ponownego procesu certyfikacji, zakończonego wydaniem zmienionego certyfikatu bezpieczeństwa znak B (z uwzględnieniem w załącznikach nowej edycji instrukcji bezpiecznego stosowania). Procedury te są zarówno pracochłonne, jak i kosztowne.

XXII. W razie jakichkolwiek wątpliwości Ogólne Warunki Umowy rozstrzygały, że stosuje się okresy gwarancji korzystniejsze dla Zamawiającego. Dlatego ewentualne wątpliwości i tak nie miałyby wpływu na wynik postępowania.

Ogólne Warunki Umów

7.5. Termin obowiązywania rękojmi odpowiada terminowi obowiązywania gwarancji, o którym mowa w punkcie 8.4.

8.4. Termin obowiązywania gwarancji wynosi 24 miesiące od daty wydania Towarów Odbiorcy, chyba że Umowa, SIWZ, WO lub inne wymogi Odbiorcy przewidują inny termin obowiązywania gwarancji. W przypadku rozbieżności pomiędzy wskazanymi powyżej dokumentami w zakresie terminu gwarancji, obowiązującym pozostaje termin najkorzystniejszy dla Odbiorcy.

XXIII. Zamawiający nie może odrzucać oferty, jeżeli nie ma absolutnej pewności co do niezgodności oferty z SIWZ. W przedmiotowej sprawie niezgodność oferty z SIWZ miała jedynie charakter pozorny, zwłaszcza w świetle przedstawionych powyżej argumentów. Żaden racjonalnie działający uczestnik obrotu gospodarcza nie składa umyślnie oferty niezgodnej z SIWZ.

XXIV. Zamawiający z instrukcji stosowania wyinterpretował wnioski, które w żadnej mierze nie wynikają z jej literalnej treści. Zamawiający zastosował konstrukcję domniemania faktycznego, na którego zastosowanie nie pozwalają przepisy ustawy p.z.p.

XXV. Zamawiający nie może samodzielnie ustalać znaczenia oferty oraz rozstrzygać istniejących wątpliwości. Mógłby to zrobić, gdyby przepisy ustawy p.z.p. nie nakazywałyby zamawiającemu wzywać wykonawców do wyjaśnień.

XXVI. Gdyby Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to nie tylko uzyskałby potwierdzenie, że gwarancja jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, lecz również uzyskałby obszernie wyjaśnienia co do zaistniałego stanu rzeczy.”

Tym samym odwołujący popiera stanowisko zawarte w odwołaniu.

Zamawiający w dniu rozprawy złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości co uczynił pismem z dnia 16 października 2017 roku, przedstawiając następującą argumentację swojego stanowiska jak poniżej.

Działając imieniem zamawiającego, którego pełnomocnictwo przedstawiam w załączeniu wnoszę o:

1. oddalenie odwołania wykonawcy — M. E. S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, wniesionego na czynność zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr (...) na dostawę dla kopalń J. S.A pian izolacyjnych mocznikowo — formaldehydowych, pian do wypełniania pustek w górotworze oraz uszczelniania wykładki w wyrobiskach korytarzowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy,
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów uczestnictwa w sprawie, według przedstawionych rachunków oraz faktury VAT.

Uzasadnienie

W odwołaniu z dnia 2 października 2017 r. odwołujący zarzucił bezpodstawne odrzucenie jego oferty, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr (...) na dostawę dla kopalń J. S.A pian izolacyjnych mocznikowo — formaldehydowych. Odwołujący zarzucił, że przedmiotowa czynność zamawiającego podjęta została z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp. Uzasadniając swe zarzuty odwołujący wskazał, że jego oferta odpowiada wymoganiom siwz w przedmiotowym postępowaniu a jeśli jej treść rodziła wątpliwości zamawiającego lub posiadała braki powinna zostać wyjaśniona lub uzupełniona w trybie art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 pzp oraz art. 26 ust. 3 pzp. W ocenie odwołującego zaniechanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnienia oferty lub jej uzupełnienia nastąpiło z uchybieniem przywołanych powyżej przepisów.

Odwołanie jest bezpodstawne i jako takie nie może zostać uwzględnione. Przede wszystkim wskazać należy, wymóg przewidziany w punkcie 1.8 Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr do 1 siwz jest jasny i jednoznaczny. Wskazywał on, że okres gwarancji jakości komponentów (żywica, środek spieniający) opisanych w zadaniach od 1 do 6, przechowywanych także w temperaturze od 0^o C do 32^o C powinien wynosić co najmniej 2 miesiące od dostarczenia do magazynów Zakładu Wsparcia Produkcji J. S.A. przy kopalniach J. S.A. Również oświadczenia odwołującego o udzieleniu gwarancji jakości przedstawione na str. 41 (w zakresie zadań: 3 i 4), str. 175 (w zakresie zadania 5), str. 241 (w zakresie zadania 6) instrukcji bezpiecznego stosowania nie budziło jakichkolwiek wątpliwości i prowadziło do wniosku, że nie odpowiada ono wymogom określonym w przywołanym powyżej postanowieniu siwz, co przesądzało o konieczności odrzucenia oferty odwołującego z przyczyn nader oczywistych.

Odwołujący zarzuca jednak, że udzielenie wymaganej przez zamawiającego gwarancji jakości nastąpiło przez „złożenie stosownego oświadczenia na formularzu ofertowym, dedykowanym dla realizacji konkretnego zamówienia publicznego, a nie poprzez złożenie instrukcji bezpiecznego stosowania produktu, sporządzonej bez związku z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, która nie stanowi treści oferty sensu stricto, a została złożona wyłącznie jako dokument potwierdzający, że oferowane dostawy spełniają wymagania ustalone przez Zamawiającego (. . .) Instrukcję bezpiecznego stosowania można co najwyżej uznać za oświadczenie wiedzy.”

Wbrew twierdzeniom odwołującego, przedłożone przez niego instrukcje bezpiecznego stosowania nie zawierają wyłącznie oświadczeń o charakterze informacyjnym, potwierdzającym spełnienie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego, które kwalifikować należy w kategoriach oświadczenia wiedzy. Oświadczenie odwołującego o udzieleniu gwarancji jakości, które znalazło się instrukcjach bezpiecznego stosowania stanowi, co oczywiste, oświadczenie woli. Bez znaczenia dla powyższej kwalifikacji jest umiejscowienie tego oświadczenia, albowiem decydujące znaczenie ma tutaj treść i cel

oświadczenia, a to zawiera zobowiązanie do spełnienia świadczenia gwarancyjnego w przypadku wystąpienia niezbędnych w tym zakresie przesłanek. Powyższy wniosek potwierdza choćby wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28 stycznia 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt: II Ca 1211/09 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1765/10, w którym stwierdzone zostało, że „w ocenie Izby, oświadczenia te nie podlegały uzupełnieniu, a zatem oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, co również sankcjonowało podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy). Wymienione oświadczenia dotyczyły zobowiązania wykonawcy: do zapewnienia serwisu gwarancyjnego 7 dni w tygodniu przez producenta lub autoryzowany serwis producenta urządzeń w zakresie instalacji bezpieczeństwa gaszenia gazem i systemu ppoż (pkt 2), do zapewnienia gwarancji producenta urządzeń (systemu gaśniczego) w okresie udzielonej gwarancji na oferowane urządzenia (pkt 3) oraz do zapewnienia w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy serwisującej, przejęcia przez producenta oferowanych systemów i urządzeń na siebie wszelkich zobowiązań związanych z serwisem (systemów gaśniczych) (pkt 4). Wykonawca zobowiązany był potwierdzić wymagania zamawiającego dotyczące serwisu systemów gaśniczych w drodze stosownych oświadczeń. Złożenie oświadczeń oznaczało przyjęcie przez wykonawcę ciężaru zapewnienia serwisu gwarancyjnego odpowiadającego oczekiwaniom zamawiającego. Oświadczenia te nie stanowiły potwierdzenia jakości oferowanych urządzeń - systemów gaśniczych i nie mieściły się w katalogu dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zastosowanie procedury uzupełniania dokumentów wymaga ścisłego wypełnienia przesłanek określonych w przepisie, w tym w szczególności dotyczących zakresu możliwych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Uzupełnieniu podlegać mogą wyłącznie oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Takiego charakteru nie miały oświadczenia żądane przez zamawiającego dla potwierdzenia spełnienia

wymagań dotyczących serwisu gwarancyjnego urządzeń gaśniczych. Odwołujący poza samym stwierdzeniem, iż oświadczenia miały charakter informacyjny nie wskazał w czym ten charakter miał się objawiać. Z oświadczeń żądanych przez zamawiającego nie można ustalić treści, która pozwalałaby na ustalenie parametrów potwierdzających wymaganą jakość oferowanych urządzeń (systemu gaśniczego), a tylko w takiej sytuacji możliwe byłoby przyjęcie, że oświadczenia te żądane były w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego.

Stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych, w którym przyjmuje się, iż oświadczenia niemające charakteru informacyjnego, lecz stanowiące oświadczenie woli wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez zamawiającego, nie mieszczą się w katalogu oświadczeń mających potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, a zatem nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28 stycznia 2010 r.)”

A zatem odwołujący zasadnie uznał, że oferta nie odpowiada treści siwz i jako taka podlega odrzuceniu.

Kolejno odwołujący podnosi, że rozstrzygające dla oceny zgodności z siwz oświadczenia gwarancyjnego ma postanowienie zawarte w pkt 4 formularza ofertowego, w którym oświadczył on, że oferowany przedmiot zamówienia w zakresie zadań od 1 do 6, będzie objęty rękojmią oraz gwarancją na okres 2 miesięcy od daty dostarczenia do magazynów ZLM J. S.A. przy kopalniach J. S.A., tj. zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący zapomina jednak, że ocena zgodności oferty z siwz powinna nastąpić w odniesieniu do wszystkich oświadczeń zawartych w jej treści (całości oferty). A zatem powinna uwzględniać jednoznaczne oświadczenia woli, które odwołujący złożył na str. 41 (w zakresie zadań: 3 i 4), str. 175 (w zakresie zadania 5), str. 241 (w zakresie zadania 6) instrukcji bezpiecznego stosowania, a te w oczywisty sposób wskazują, że oferta nie spełnia wymagań siwz.

Następnie odwołujący podnosi, że „temperatura przechowywania miała znaczenie wyłącznie w kontekście utrzymania ważności gwarancji, która miała obowiązywać od momentu dostawy”. Na tej podstawie wywodzi wniosek, zgodnie z którym „powyższe oznaczają, że zasady udzielenia gwarancji jakości w tym utrzymaniu gwarancji jakości w ramach przechowywania produktów w określonej temperaturze, nie są objęte przepisami publicznoprawnymi (m.in. związanymi z BHP i bezpieczeństwem w podziemnych zakładach górniczych)”. Nie sposób ustalić reguł interpretacyjnych, które pozwoliły odwołującemu na sformułowanie powyższego wniosku, albowiem zakres regulacji przepisów publicznoprawnych określa ich treść, a nie treść oświadczenia gwarancyjnego.

Ponadto odwołujący podnosi, że „certyfikat na znak B wydawany jest w oparciu o instrukcję bezpiecznego stosowania. Instrukcja bezpiecznego stosowania musi zostać załączona do wniosku o wydanie rzeczonoego certyfikatu. Nie może ona być następnie zmieniana w jakikolwiek sposób, ponieważ stanowi ona załącznik do certyfikatu bezpieczeństwa znak B. Wszelkie zmiany instrukcji bezpiecznego stosowania (nawet w tym zakresie, które nie podlegają kompetencji instytucji certyfikującej — jak np. zasady udzielania gwarancji) wymagają opracowania nowej edycji instrukcji (wraz z podaniem numeru edycji i daty jej sporządzenia), a także przeprowadzenia nowego procesu certyfikacji, zakończonego wydaniem zmienionego certyfikatu bezpieczeństwa znak B (z uwzględnieniem w

załącznikach nowej edycji instrukcji bezpiecznego stosowania)". A zatem już odwołujący wskazał, że niemożliwa jest zmiana przedłożonej instrukcji bezpiecznego stosowania oferowanych wyrobów bez zmiany ich właściwości i parametrów, a zatem zmiany samych wyrobów. Oczywistym jest bowiem, że przedłożona instrukcja bezpiecznego stosowania zawiera między innymi opis istniejącego wyrobu, a jej zmiana uwarunkowana jest zmianą cech produktu oraz przeprowadzeniem ponownego procesu certyfikacji w celu uzyskania certyfikatu na znak bezpieczeństwa B.

Kolejno odwołujący podnosi, że „zamawiający nie postępuje racjonalnie i zgodnie z zasadami obrotu gospodarczego, oczekując dedykowanej dla przedmiotowego zamówienia instrukcji bezpiecznego stosowania produktu wraz z dedykowanym dla przedmiotowego zamówienia certyfikatem bezpieczeństwa B. Oczywistym przy tym jest, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający tego rodzaju dedykowanych dokumentów nie oczekiwał, ponieważ nie wynika to ani z SIWZ, ani z załączników do SIWZ”

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że nie wiedząc na jakiej podstawie odwołujący stwierdził, że zamawiający oczekiwał „dedykowanej dla przedmiotowego zamówienia instrukcji bezpiecznego stosowania produktu”. Przytoczony zarzut odwołania kwalifikować należy w kategoriach zwykłego nieporozumienia. Zamawiający nie oczekiwał bowiem przedstawienia instrukcji bezpiecznego stosowania, która spełniać będzie jego wymagania, lecz oczekiwał wyrobów, które te wymagania będą spełniały, a które to wyroby objęte będą gwarancją jakości, przewidzianą w punkcie 1.8 Specyfikacji technicznej. Treść przedłożonych przez odwołującego instrukcji bezpiecznego stosowania obejmuje między innymi obiektywny opis oferowanego produktu. Zmiana tego dokumentu możliwa jest wyłącznie w sytuacji zmiany samego produktu. Jednocześnie wypada zaznaczyć, że przedmiotowe instrukcje określają wymagania dotyczące prawidłowego przechowania oferowanych produktów. Wypełnienie tych warunków zachowuje właściwości oraz parametrów technicznych wyrobów, umożliwiając ich zastosowanie oraz ewentualne skorzystanie z uprawnień gwarancyjnych. Z treści instrukcji wynika, że oferowane przez odwołującego piany nie mogą być przechowywane w oczekiwanych przez zamawiającego warunkach (w przedziale temperatur od 0⁰ C do 32⁰ C). A zatem przedmiot oferty odwołującego nie spełnia wymagań zamawiającego. Stąd oferta podlega odrzuceniu z przyczyn nader oczywistych.

Jednocześnie odwołujący zarzucił, że zamawiający oczekiwał „dedykowanego dla przedmiotowego zamówienia certyfikatu bezpieczeństwa B. Oczywistym przy tym jest, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający tego rodzaju dedykowanych dokumentów nie oczekiwał, ponieważ nie wynika to ani z SIWZ, ani z załączników do SIWZ. Odwołujący nie zauważa, że wymóg przedłożenia certyfikatów na

znak bezpieczeństwa zamawiający zawarł w punktach 8.4 i 8.5 Specyfikacji technicznej i odwołujący przedłożył je na str. 86, 153, 223 — 224 oraz 228 — 289 uzupełnienia.

Kolejno odwołujący zarzuca, że instrukcje bezpiecznego stosowania złożone w zadaniach 3 — 5 „wskazują jedynie na minimalny okres gwarancji, wynoszący 2 lata od dnia produkcji. Należy to rozumieć w ten sposób, że odwołujący (gwarant) w każdym przypadku zapewni, iż okres gwarancji jakości nie będzie krótszy niż 2 lata od dnia produkcji. Nie powoduje to bynajmniej niezgodności treści oferty z SIWZ (skoro okres co najmniej 2 lata od daty produkcji może także obejmować okres 2 lat od daty dostawy)”. Pomijając już fakt, że przywołane przez odwołującego instrukcje nie określają terminu gwarancji, który wynosi minimum 2 lata, lecz minimum 2 miesiące, zamawiający wskazuje, że żaden z dotychczasowych kontrahentów nie był w stanie w tym samym dniu wytworzyć i dostarczyć towar do jego magazynu, zwłaszcza, że odbiór towaru następuje w godzinach od 6.00 do 13.00. Ponadto trudno sobie wyobrazić realizację w ciągu jednego dnia całego procesu produkcyjnego oraz związanej z nim kontroli jakości, logistyki i transportu. Dlatego doświadczenie zawodowe oraz zasady logicznego rozumowania nie pozwalają przyjąć, jak chce odwołujący, że „okres co najmniej 2 lata od daty produkcji może także obejmować okres 2 lat od daty dostawy”.

Jednocześnie odwołujący podniósł, że określenie w instrukcjach minimalnego okresu gwarancji oraz fakt, że dokument gwarancyjny wymagany był wraz z dostawą a nie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” sprawia, że dokument gwarancyjny przedstawiony wraz z dostawą może określać dłuższy okres gwarancji niż ten przewidziany w instrukcjach, który to okres będzie spełniał wymagania zamawiającego. Odwołujący zapomina jednak, że w chwili dostawy nadal będzie uprawniony do wystawienia dokumentu gwarancyjnego, w którym okres gwarancji będzie uwzględniał minimalny termin, a ponadto data początkowa biegu terminu gwarancji (data produkcji zamiast daty dostawy) nadal będzie nieprawidłowa.

Następnie odwołujący podnosi, że odnośnie do instrukcji bezpiecznego stosowania złożonej w zakresie zadania 6, to należy zauważyć, że podane tam terminy gwarancji nie mają oznaczenia >nie dłużej niż< nie są zatem ograniczone”. Odnosząc się do powyższego wypada zauważyć, że stwierdzenie zawarte na str. 241 uzupełnienia, zgodnie z którym okres gwarancji wynosi „2 miesiące” lub „12 miesięcy” określa precyzyjnie termin gwarancji, co przywołaną powyżej opinię odwołującego czyni wyjątkowo dowolną.

Podobnie wynikiem dowolnej interpretacji odwołującego jest stwierdzenie, że „wprawdzie wszystkie instrukcje bezpiecznego stosowania wskazują na temperatury przechowywania produktów, niemniej jednak żadna tych instrukcji nie wskazuje wprost, że brak przechowywania w podanym przedziale temperatur skutkuje utratą gwarancji jakości”. Przeczy temu wnioskowi jednoznaczne brzmienie oświadczenia odwołującego, zgodnie z

którym okres gwarancji odnosi się do „prawidłowo przechowywanych składników” lub „prawidłowo przechowywanego materiału”

Kolejno odwołujący zarzuca, że „instrukcje bezpiecznego stosowania nie stanowią treści oferty sensu stricto. Dlatego nawet potencjalna niezgodność instrukcji bezpiecznego stosowania z SIWZ nie powoduje, że treść oferty jest niezgodna z SIWZ. Wyklucza to zatem zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w sposób opisany i za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 §1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi przybrać postać stanowczego oświadczenia woli — do tego złożonego w formie pisemnej, gdyż taką szczególną formę dla ważności tej czynności wyznacza art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ”. Pomijając już fakt, że przepis art. 82 ust. 2 pzp od dnia 28 lipca 2016 r. nie obowiązuje, wypada zauważyć, że treść oświadczeń gwarancyjnych odwołującego, zawartych w instrukcjach bezpiecznego stosowania odpowiada wymogom stawianym treści oferty w rozumieniu przedstawionym przez odwołującego. Okoliczność, że przedmiotowe oświadczenia nie zostały złożone w wymaganej formie nie uzasadnia pominięcia ich przez zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert, a sprawia, że oferta podlega odrzuceniu.

Ad. Zarzut nr 2 odwołania

Przepis art. 26 ust. 4 pzp dotyczy wyjaśnienia treści dokumentów, które wskazane zostały w art. 25 ust. 1 pzp, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Natomiast oświadczenie obejmujące udzielenie gwarancji jakości nie było żadnym z tych dokumentów. W szczególności oświadczenie to nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego.

Następnie należy wskazać, że zawarte w instrukcjach bezpiecznego stosowania oświadczenia o udzieleniu gwarancji nie zostały wymienione w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto nie zostały one określone przez zamawiającego w siwz, jako jedne z oświadczeń wymaganych na mocy art. 25 ust. 1 pzp. Świadczy to bezsprzecznie, że zamawiający nie traktował oświadczenia gwarancyjnego jako dokumentu, podlegającego wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 4 pzp.

Kolejno, w omawianych oświadczeniach nie chodzi o potwierdzenie właściwości oferowanych towarów (np. przedłożenie konkretnych atestów, próbek materiałowych, instrukcji, itp.). Ich przedmiotem jest złożenie własnych oświadczeń wykonawcy, które

stanowią o treści przyszłego zobowiązania (czyli stanowią treść oferty wykonawcy). Możliwość zmiany oświadczeń kreujących stosunek zobowiązaniowy godzi w mechanizm konkurencji wykonawców w postępowaniu o uzyskanie zamówienia publicznego.

Powyższy wniosek potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2012 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1532/12. Wskazuje on, że „oświadczenia woli wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia w określony sposób nie mieszczą się w katalogu oświadczeń mających potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, a zatem nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Spełnienie tego wymagania należy oceniać w świetle regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy”.

Jednocześnie odwołujący zarzucił, że zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie stanowiło także naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 pzp. Odnosząc się do powyższego zarzutu należy przywołać wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt: X Ga 7/10, zgodnie z którym „artykuł 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał”. Przenosząc przedmiotowe orzeczenie na grunt niniejszej sprawy wypada zauważyć, że treść oświadczeń gwarancyjnych jest jasna, jednoznaczna oraz nie rodzi jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Stąd brak było podstaw do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Powyższy wniosek potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2017 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 26/17, zgodnie z którym „niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu

zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Uwzględniając przytoczone powyżej orzeczenie wypada zaznaczyć, że wezwanie do wyjaśnień możliwe jest wyłącznie w sytuacji wystąpienia wątpliwości co do treści oferty, a wątpliwości te mogą zostać usunięte w drodze wyjaśnień bez konieczności zmiany oferty. Nawet przyjmując, wbrew jednak wszelkim zasadom, że treść oferty odwołującego zawierała niejasności to należy zauważyć, że ich usunięcie możliwe byłoby wyłącznie wskutek zmiany oferty w sposób dopasowujący ją do wymogów siwz. Stąd wezwanie do złożenia wyjaśnień było bezprzedmiotowe. A zatem zarzut nr 2 odwołania pozostaje również chybionym z przyczyn nader oczywistych.

Ad. 3 odwołania

W wyroku z dnia 1 czerwca 2016 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 837/16 Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie wskazała, że „procedury przewidziane w przepisach art. 26 ust. 3 i ust. 4 p.z.p. nie dopuszczają możliwości złożenia oświadczenia wykonawcy co do określenia przedmiotu zamówienia, który nie został wskazany w złożonej ofercie. Podobnie przepis art. 87 ust. 1 p.z.p. służy wyeliminowaniu wątpliwości co do elementów oświadczenia woli zawartych w treści oferty. Przepis ten nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli”. Stąd wezwanie odwołującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających udzielenie gwarancji jakości w sposób zgodny z wymogami zamawiającego pozostawało również niedopuszczalne, czyniąc odwołanie również w tym zakresie chybionym. Wskazując na powyższe należy wnosić jak na wstępie.

Powyżej przedstawiona treść wniesionej odpowiedzi na odwołanie stanowi wyczerpujące stanowisko w sprawie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Z cytowanego we wstępnej części uzasadnienia odwołanie zostało złożone w następujących okolicznościach.

Zamówienie obejmuje „Dostawy dla kopalń J. SA. pian izolacyjnych mocznikowo-formaldehydowych, pian do wypełniania pustek w górotworze oraz uszczelniania wykładki w wyrobiskach korytarzowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy”

Odwołanie dotyczy części 3, części 4, części 5 oraz części 6 to jest zadań gdzie oferta odwołującego została oceniona jako najkorzystniejsza.

Postępowaniu nadano numer referencyjny: 70/P/DZZ/17.

Numer ogłoszenia i data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE to jest 2017/S 148-307261 w dniu 04/08/2017 roku.

Data zawiadomienia o czynnościach będących podstawą do wniesienia odwołania: to 22.09.2017 roku.

Odwołanie złożono zarzucając zamawiającemu:

- 1) odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, oferty odwołującego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania,
- 2) zaniechania wezwania odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 pzp lub na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego;
- 3) z ostrożności procesowej - zaniechanie wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania (tj. dokumentację przedmiotu zamówienia, zawierającą instrukcję bezpiecznego stosowania;

Wskazanim wyżej czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, mimo że treść oferty odwołującego dla części nr 3, 4, 5 i 6 postępowania jest zgodna z SIWZ, a ponadto przed wystosowaniem wezwania do wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania, na podstawie art 26 ust. 4 pzp lub art. 87 pzp ewentualnie przed wezwaniem odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, do uzupełnienia w/w dokumentów przez odwołującego, mimo że oferta odwołującego była zgodna z SIWZ, a potencjalne wątpliwości oraz rzekome nieprawidłowości można było usunąć w drodze instytucji wyjaśnień lub uzupełnień;
- 2) art.7 ust. 1 pzp w związku z art. 26 ust. 4 pzp oraz art. 87 ust. 1 pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadą uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców, przejawiające się w zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane

dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania, mimo że zastosowanie instytucji z art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 pzp jest obligatoryjne, w szczególności, gdy - jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu - mogą istnieć wątpliwości co do elementów oferty odwołującego;

3) z ostrożności procesowej - art. 7 ust. 1 pzp w związku z art. 26 ust. 3 pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, przejawiające się w zaniechaniu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w części 3, części 4, części 5, części 6 postępowania, mimo że zastosowanie instytucji z art. 26 ust. 3 pzp jest obligatoryjne, także po uprzednim wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na względzie opisane wcześniej zarzuty, Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Z kolei zamawiający jak i przystępujący po jego stronie wykonawca wnosili o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając powyżej cytowana argumentację.

Czynnością, która spowodowała wniesienie odwołania było odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 pzp czyli oferty, której treść jest sprzeczna z treścią siwz.

Zamawiający pismem z dnia 22 września 2017 roku na podstawie art.92 ust.1 pkt 3 pzp poinformował odwołującego, iż decyzją z dnia 22.09.2017 r. z postępowania publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nr 70/P/DZZ/17 na dostawy do kopalń J. S.A. pian izolacyjnych mocznikowo-formaldehadowych, pian do wypełniania pustek w górotworze oraz uszczelniania wykładki w wyrobiskach korytarzowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy - odrzucił ofertę odwołującego. W uzasadnieniu przywołał pkt 1.8. Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, iż „okres gwarancji jakości komponentów (żywica, środek spieniający) opisanych w zadaniach od 1 do 6, przechowywanych także w temperaturach od 0 stopni do 32 stopni Celsjusza powinien wynosić co najmniej 2 miesiące od dostarczenia do magazynów Zakładu Wsparcia Produkcji J. S.A. przy kopalniach J. S.A.

Komisja Przetargowa stwierdziła, że w dostarczonych na wezwanie zamawiającego w trybie art.26 ust.1 pzp. Instrukcjach Bezpiecznego Stosowania Przechowywania i Transportu w zadaniach od nr 3 do 6 istnieje niezgodność temperatury przechowywania komponentów z wymaganiami zamawiającego oraz okresu gwarancji, który zgodnie z pkt 1.8. Specyfikacji technicznej powinien rozpocząć się od dostarczenia materiału do magazynów ZWP J. S.A. przy kopalniach J. S.A. a nie jak oferuje wykonawca od daty produkcji.

Decyzja zamawiającego zawiera indywidualne uzasadnienie do każdego z czterech zadań to jest od zadania 3 do 6 zadania. Jak już wyżej nadmieniono wydana została w związku z doręczonymi na wezwanie zamawiającego w trybie art.26 ust.1 pzp Instrukcjami Bezpiecznego Stosowania Przechowywania i Transportu Pianki Fenolowo – Formaldehydowej (...) na każde z zadań odrębnie (od 3 do 6 zadania). Przy czym ustaloną okolicznością jest, że w każdej z dostarczonych na wezwanie Instrukcji odwołującego wymienione w nich temperatury przechowywania odbiegają od wymagań Specyfikacji Technicznej opisanej powyżej. Przywołany powyżej pkt 1.8 wymaga aby możliwe było przechowywanie materiałów w temperaturze od 0⁰ do 32⁰ Celsjusza. Warunek ten nie jest spełniony, ponieważ z poszczególnych Instrukcji przypisanych do poszczególnych zadań od 3 zadania do 6 zadania wynika, że oferowany materiał zaleca się przechowywać w następujących temperaturach to jest zadanie 3 od 10+20⁰ C (optymalna temperatura przechowywania Żywicy (...) to ok.10⁰ C), zadanie nr 4 od 10+20⁰ C(optymalna temperatura przechowywania Żywicy (...) to ok.10⁰ C), zadanie nr 5 od 10+20⁰ C(optymalna temperatura przechowywania Żywicy (...) to ok.10⁰ C) i zadanie nr 6 oddzielnie dla składnika A i B od 5+20⁰ C i od 10+30⁰ C. W tym stanie rzeczy Komisja przetargowa zamawiającego stwierdziła, że oferowany przedmiot zamówienia przez odwołującego w zakresie zadań 3 - 6 jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w Specyfikacji technicznej.

W związku z powyższym zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w zakresie zadań 3 - 6 na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 pzp, ze względu na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło po uprzednim wezwaniu do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art.25 ust.1 pzp w związku z treścią art.26 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający powyższe uczynił pismem z dnia 06.09.2017 roku powołując się w nim na art. 26 ust. 1 pzp, wzywając odwołującego w punkcie 8 tego pisma, do złożenia między innymi następujących dokumentów: dokumenty wskazane w Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ.

Odwołujący złożył wymagane dokumenty w tym Instrukcje Bezpiecznego Stosowania Przechowywania i Transportu materiałów będących przedmiotem zamówienia.

Jak już powyżej nadmieniono Komisja przetargowa zamawiającego zbadała dokumenty to jest Instrukcje i stwierdziła, że w zakresie temperatur przechowywania i terminu wymaganej gwarancji to jest początkowego jej biegu nie wypełniają postanowień w zakresie wymaganym Specyfikacją Techniczną.

Izba na rozprawie ustaliła, na podstawie przedstawionej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, następujące okoliczności w sprawie.

W Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ w jej punkcie 1.8. części 1. Ogólne warunki techniczno - użytkowe przedmiotu zamówienia zawarto następujące postanowienie odnoszące się do warunków gwarancji „1.8. Okres gwarancji jakości komponentów (żywica, środek spieniający) opisanych w zadaniach od 1 do 6, przechowywanych także w temperaturze od 0⁰ C do 32⁰ C powinien wynosić co najmniej 2 miesiące od dostarczenia do magazynów Zakładu Wsparcia Produkcji J. S.A. przy kopalniach J. S.A.”

Z kolei w części 8 Specyfikacji Technicznej pn. Wykaz dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego wymieniono wśród szeregu dokumentów takie jak:

8. Wykaz dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego:

8.1. Dokumentacja przedmiotu zamówienia, zawierająca instrukcję bezpiecznego stosowania oraz parametry techniczne określone przez Zamawiającego w szczegółowych warunkach techniczno- użytkowych przedmiotu zamówienia, będąca podstawą wydania certyfikatu.

8.2. W przypadku gdy dokumentacja wymieniona w pkt 8.1. wykazu dokumentów nie potwierdza spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego opisanych w punktach od 2 do 7 Specyfikacji technicznej, Wykonawca może złożyć inne dokumenty wydane przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzające spełnienie wymagań.

Z kolei w Części 10. Specyfikacji Technicznej pn. Wykaz dokumentów składanych wraz z każdą dostawą wymienia się oprócz takich dokumentów jak Świadectwo jakości (pkt 10.1.) określające minimum spełnienie parametrów opisane w punktach od 2 do 7 Specyfikacji technicznej (odnoszące się do konkretnego rodzaju i odmiany oferowanego przedmiotu zamówienia), Deklarację zgodności dostawcy (załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej) (pkt 10.2) a w pkt.10.3. Dokument gwarancji określający warunki i okres gwarancji uwzględniający wymagania punktu 1.8. Specyfikacji technicznej (odnoszące się do konkretnego rodzaju i odmiany oferowanego przedmiotu zamówienia).

Co do okoliczności wezwania zamawiającego na podstawie art.26 ust.1 pzp już powyżej przedstawiono, że czynność tę zamawiający wykonał w dniu 6 września 2017 roku i w wyniku tej czynności otrzymał od odwołującego Instrukcje, których treści nie odpowiadają Specyfikacji technicznej co do temperatur przechowywania materiałów i okresu gwarancji to jest co do początku jego biegu.

Izba ustaliła również co do treści oferty zawartej w formularzu ofertowym w zakresie zobowiązania co do gwarancji następujący sposób.

W formularzu ofertowym odwołującego w punkcie 4 znajduje się postanowienie o następującej treści: Oświadczamy, że oferowany przedmiot zamówienia w zakresie zadania 1, zadania 2, zadania 3, zadania 4, zadania 5, zadania 6 (1) będzie objęty rękojmią oraz gwarancją na okres 2 miesięcy(2) od daty dostarczenia do magazynów ZLM J. S.A. przy kopalniach J. S.A. (***)

(***) niewskazanie okresu gwarancji w pkt 4 Formularza ofertowego oznacza udzielenie rękojmi i gwarancji na minimalny okres wskazany w SIWZ.

Odwołujący na rozprawie przywołał w poczet dowodów szereg umów, ogłoszeń o postępowaniu jak i SIWZ zarówno z zamawiającym jak i K. gdzie występowały rozbieżności pomiędzy dokumentami Instrukcji w zakresie gwarancji a wymaganiami co do gwarancji z SIWZ ale mimo to nie stanowiła ta okoliczność przeszkód do zawarcia umowy z odwołującym.

Izba odmówiła przyjęcia w poczet dowodów tychże dokumentów uznając, że nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, ponieważ dotyczą innych postępowań.

Izba przyjęła w poczet dowodów pismo z dnia 11.10.2017r. Jednostki Certyfikującej Ośrodka O. Sp. z o.o. z siedzibą w G., zgodnie z którym udzielając odpowiedzi odwołującemu w sprawie: Aktualizacji Instrukcji numer (...) bezpiecznego stosowania, przechowywania i transportu dwuskładnikowego systemu piany fenolowej (...). Edycja 3, październik 2017 objętego certyfikatem OBAC/0576/CB/15 Aktualizacja Kart charakterystyki: Żywica składnik A. KCH 104/08. Numer wersji 4. Aktualizacja: 11.10.2017 r.; Katalizator składnik B. KCH 104B/08. Numer wersji 4. Aktualizacja: 11.10.2017 r. poinformowali co następuje: „Jednostka Certyfikująca Ośrodka O. Sp. z o.o. nie ocenia zapisów związanych z przechowywaniem systemu piany fenolowej (...) zamieszczonych w Instrukcji bezpiecznego stosowania, przechowywania i transportu. W związku z powyższym aktualizacja przedmiotowej Instrukcji nie wymaga wydania załącznika do certyfikatu OBAC/0576/CB/15. Aktualizacja Kart charakterystyki wymienionych w tytule przedmiotowego pisma nie wymaga wydania załącznika do certyfikatu OBAC/0576/CB/15.

Na rozprawie strony złożyły następujące oświadczenia i wyjaśnienia.

Odwołujący:

Zawraca uwagę, że przedmiot sporu dotyczy dokumentów wywodzonych z art. 25 ust 1 pkt 2. Kwestionuje przydatność przywoływanego wyroku SO w Szczecinie do niniejszej sprawy, ponieważ on dotyczy naruszenia warunków udziałów w postępowaniu w zakresie art. 24 ust 2 pkt 4. Zawraca uwagę, że wezwanie w trybie art. 26 ust 1 nie może skutkować zmianą treści oferty, w związku z przedłożeniem dokumentów technicznych tj. certyfikatów i kart katalogowych, technicznych, które mają potwierdzać, iż oferowany przedmiot spełnił wymogi SIWZ. Tak jak w odwołaniu przywołuje postanowienia w załączniku nr 1 do SIWZ tj. pkt 1.8 oraz pkt 8.2 oraz pkt 10 w tym 10.3. Wywodzi z powyższego, że złożenie tych dokumentów nie może stanowić o zmianie treści oferty, a w szczególności, że jak tak w odwołaniu wywodzi, że dokumenty świadczące o gwarancji, jakości mamy obowiązek przedstawić wraz z dostawą. Przywołuje również formularz ofertowy w pkt 4.10 i 11. Formularz ofertowy znajduje się na stronie 5 i 6.

Instrukcje nie były załączone do oferty, a były załączone na wezwanie Zamawiającego.

W tym miejscu stwierdza, że nie jest w stanie podać, jakich wezwań.

W tym miejscu nadal oświadcza, że SWIZ nie wymagało załączenia instrukcji do oferty, bowiem na podstawie art. 26 ust 1 wykonawcy byli wzywani do złożenia instrukcji.

W tym miejscu sekretarz Zamawiającego oznajmia, że raz wzywał do uzupełnienia dokumentów dnia 6.09.2017 r., na podstawie art. 26 ust 1. W punkcie 8 tego pisma wzywał wykonawcę do przedłożenia dokumentów wymienionych w specyfikacji technicznej. Z treści okazanego Izbie pisma wynika, że w 8 pkt brzmienie jest następujące: „dokumenty wskazane w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ” to pismo z dnia 6.09.2017r. DZP/PS.2280-70/P/DZZ/17-25/17.

Zamawiający w tym miejscu radca prawny mówi, że tak formułując to pismo Zamawiający miał na myśli, że wykonawcy spojrzą w załącznik nr 1 i znajdą pkt 8 w tym załączniku, bowiem są wymienione wyczerpująco tam dokumenty, jakie należy dostarczyć. Na nasze wezwanie wykonawca, przedłożył bez pisma przewodniego złożył dokumenty w tym opisane w odwołaniu instrukcje.

Przeprowadzono dowód z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w zakresie postanowień SIWZ w tym, załącznika nr 1 oraz złożonej oferty przez Odwołującego na zadania od 3 do 6 oraz wezwanie z dnia 6 września 2017r. oraz załączone przez odwołującego na podstawie tego wezwania dokumenty.

Przeprowadzono dowód z pisma z dnia 22 września 2017 r., o odrzuceniu oferty.

Gwarancja dostarczana jest z momentem dostawy.

Ośrodek certyfikujący nie bada kwestii udzielanych gwarancji, w tym celu składam w 3 egzemplarzach pismo O. Sp. Z o.o. G., pismo z dnia 11.10.2017 r., liczba dziennika OBAC/RL/3300/17. Oświadczam, że jednostka certyfikująca nie wymagała w kryteriach badania kwestii temperatury i okresu przechowywania komponentów.

Zamawiający:

ofertę Odwołującego oceniamy zgodnie z aktualnie brzmiącymi SWIZ, a także wskazane dokumenty przez Odwołującego stanowiące podstawę do zwartej umowy, różnią się z postanowieniami aktualnego SWIZ, dotyczy to załącznika pkt 18.8 SIWZ technicznej i pkt 3.1, 3.2, 3.3, i wynika z niego, że temperatura przechowywania powinna być umieszczona w dokumencie certyfikacyjnym. Oświadczenie gwarancyjne powinno znaleźć się w dokumentacji technicznej, która to podlega ocenie technicznej. Również zostały wprowadzone inne temperatury przechowywania. Wówczas była określona tylko minimalna temperatura. W tym miejscu pełnomocnik Odwołującego na pytanie Izby oświadcza, że jest producentem oferowanego przedmiotu zamówienia.

Pismo z 11 października 2017 nie ma związku z podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, a ponadto jego oferta w tym postępowaniu została odrzucona, nie z powodu temperatury przechowywania tylko z powodu nieodpowiedniej gwarancji w instrukcji.

Ja, odnosząc się do instrukcji przekazanych przez nas na nasze wezwanie a wymienionych w odwołaniu i przekazanych Izbie w dokumentacji postępowania, stwierdzam zasadniczo, co do formy, że stanowią one oświadczenie woli, a nie oświadczenie wiedzy, jako to wywodzi Odwołujący. Po drugie odwołując się do struktury instrukcji, przywołuję jej część ostatnią, która mówi, o zasadach przechowywania materiałów w tym znajduje się w niej oświadczenie o gwarancji, pod warunkiem prawidłowego przechowywania w wypadku przedmiotowych instrukcji 12 miesięcy, od daty produkcji i w temp. od 10 do 20 stopni w sytuacji, gdy postawienia SWIZ przewidują warunki temperatury od 0 do 32 stopni. Bowiem materiały przechowywane są pod ziemią i mówią o minimum od 2 miesiącach od daty dostawy. Zamawiający wyjaśnił okoliczności zmiany dotychczas wymaganych temperatur przechowywania materiałów. Dotychczas obowiązujące niższe temperatury przechowywania materiału zostały podwyższone z uwagi na przechowywanie materiałów w wyższych temperaturach pod ziemią, gdzie temperatura sięga do 32 stopni Celsjusza. Z uwagi na odmowę reklamacji gwarancyjnych ze strony odwołującego podwyższono dopuszczalne temperatury dla zachowania gwarancji gdy materiał jest przechowywany również pod ziemią w kopalniach.

Przystępujący "D. S. C." Sp. z o.o., po stronie zamawiającego:

Popiera stanowisko Zamawiającego.

Izba odrzuca złożone wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego, za wyjątkiem pisma z dnia 11 października 2017 r., stwierdzając w zakresie odrzuconych wniosków, że nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przed zamknięciem rozprawy udzielono głosu końcowego.

Odwołujący:

Wnosi o uwzględnienie odwołania. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego podkreśla, że dokumenty to jest instrukcje nie były składane na etapie składania ofert, a dopiero na etapie uzupełniania oferty zgodnie z art 26 ust 1, więc dostarczone instrukcje nie są oświadczeniem woli. W kontekście pisma OBAC tym bardziej, znaczenie instrukcji co do postanowień gwarancji ma charakter, jaki wywodzię w trakcie tego postępowania. Również zwracam uwagę na podpisy na instrukcji, czyli kto podpisał tę instrukcję. Również zwracam uwagę na to, iż zastrzeżenie znajduje się w części dotyczącej opakowania, przechowywania i transportu. Również przyjmuje do wiadomości twierdzenie Zamawiającego, że odrzucenie nastąpiło z powodu niedotrzymania przez złożenie instrukcji warunków zarówno w gwarancji jak i warunków przechowywania temperatury. Zwracam uwagę, że my jesteśmy producentem tego przedmiotu i my mamy prawo do zmiany podanych warunków w instrukcji, w tym w zakresie gwarancji. Zwracam uwagę, że od wielu lat dostarczamy materiał i nie znamy powodów zmiany stanowiska, co do oferowanych przez nas tych samych materiałów. Instrukcja nie została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania spółki, w przeciwieństwie do oferty, gdzie są warunki gwarancji.

Zamawiający:

Wnosi o oddalenie odwołania Ponadto, stwierdza, iż zarówno oferta jak i dokumenty zostały podpisane przez pełnomocnika Odwołującego gdzie zgodnie ze złożonym pełnomocnictwem ma on uprawnienie do składania oferty i dokumentów. Twierdzenie, że instrukcje są podpisane przez nieupoważnioną stąd osobę jest chybione. W tym stanie rzeczy nie ma możliwości, sanowania oferty w sposób wskazany w odwołaniu. Wadliwość, stąd wynika, dotyczy samej oferty i nie może być sanowane w trybie art. 26 ust 4. W związku ze złożeniem w ten sposób ofert wraz z uzupełnieniem dokumentów, producent nie może zmienić oferty w związku ze składanymi później dokumentami na podstawie art. 26 ust 1, czyli procedury odwróconej. Co od twierdzeń, że gwarantem jest producent, to w mojej ocenie jest nim podmiot, który wydaje towar. Co do kwestionowania oceny oferty, to zwracam uwagę, że Zamawiający, jako gospodarz ma prawo zmieniać SIWZ i to uczynił. Chciałbym również przywołując na poparcie naszego stanowiska, z którego wynika, że o sprzecznościach oferty Zamawiający ma prawo wywieść ze wszystkich dokumentów, które są składane. Również dokument gwarancyjny złożony wraz z ofertą stanowi oświadczenie woli i nie podlega ani uzupełnieniu, ani sanowaniu. Oświadczenie w instrukcji złożonej na

podstawie art. 26 ust 1 jest jednoznaczne i nie może być sanowane, bo to oznaczałoby zmianę oferty. Chciałbym sprostować zapis w protokole, że gwarantem nie jest podmiot wydający towar, tylko podmiot wystawiający dokument gwarancyjny.

Przystępujący "D. S. C." Sp. z o.o., po stronie zamawiającego:

Popiera stanowisko Zamawiającego. Również wywodzi, że integralną częścią oferty są dokumenty dostarczone w trybie art. 26 ust 1. Czyli również stanowią oświadczenie woli. Z dokumentów znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego wynika, że nie mogą być złożone inne oświadczenia niż złożone do tej pory, a które nie potwierdzają wymagań Zamawiającego, chociażby, co od temperatury przechowywania od 0 do 32 stopni Celsjusza. W czasie postępowania nie zostało złożone przez upoważnionego przedstawiciela oświadczenie woli, które potwierdzałoby wymagania SIWZ.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podziela argumentację zarówno formalną jak i prawną odwołującego, który kwestionuje rygoryzm postępowania zamawiającego sprowadzającego jego ofertę do dyspozycji przepisu art.89 ust.1 pkt 2 pzp to jest do zastosowania wobec oferty odwołującego sankcji sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający postanowieniem z dnia 22 września 2017 roku odrzucił ofertę, stwierdzając sprzeczność jej treści co do gwarancji jakości oferowanych materiałów w zakresie terminu gwarancji jak i warunków temperaturowych wymaganych do przechowywania materiałów, od których uzależniona jest skuteczność gwarancji a warunkami SIWZ. Decydującym przy stanowisku zamawiającego jest okoliczność, że sprzeczność oferty odwołującego wynika z Instrukcji bezpiecznego użytkowania, przechowywania, transportu materiału. Bezsporną okolicznością w sprawie jest również to, że przekazane Instrukcje są niezgodne z postanowieniami Specyfikacji Technicznej wyrażonymi pkt 1.8. tej Specyfikacji. Treść postanowień w Instrukcjach Technicznych, przekazanych zamawiającemu przez odwołującego, odbiega w zakresie parametrów temperaturowych i liczenia początku biegu

terminu gwarancji od treści pkt 1.8. Specyfikacji stanowiącej Zał.nr 1 do SIWZ. W związku z przekazanymi przez odwołującego Instrukcjami zamawiający stwierdza sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ i odrzuca ofertę odwołującego. Z takim stanowiskiem nie zgadza się odwołujący składając odwołanie i wnosząc o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty a w konsekwencji przywrócenia jego oferty do postępowania. Izba oceniając stan faktyczny sprawy, który ustalono bezspornie, oceniając argumentacje w sprawie stron jak i uczestnika, w pełnym zakresie przedstawione w części wstępnej powyżej w uzasadnieniu zajmuje stanowisko w sprawie jak poniżej.

Odwołujący złożył ofertę składając oświadczenie woli co do istotnych elementów oferty na formularzu ofertowym w tym co do warunków gwarancji. Powyższe uczynił w pkt 4 formularza ofertowego oświadczając o udzieleniu gwarancji na materiał objęty dostawą przez okres 2 m-cy od daty dostawy, warunkując przechowywaniem towaru w temperaturze od 0 do 32 stopni Celsjusza. Takie oświadczenie odwołującego jest zgodne w przywołanym wielokrotnie już powyżej pkt 1.8. Specyfikacji Technicznej co do zasad gwarancji, jakiej oczekuje zamawiający. Na dzień składania oferty takie oświadczenie w pełni wyczerpywało oczekiwania zamawiającego, który na tym etapie nie żądał kart gwarancyjnych, bo wymagać je może w dacie dostaw. Karta gwarancyjna odnosi jakkolwiek skutek związany z jej wystawieniem tylko w sytuacji gdy jest związana z konkretnym towarem przekazanym odbiorcy. W innym wypadku to jest nie połączeniem gwarancji z wydaniem towaru, racja bytu gwarancji jest bezprzedmiotowa w znaczeniu rzeczywistym jak i formalnym. Tak więc na etapie postępowania o udzielenie zamówienia interes zamawiającego, co do wypełnienia w przyszłości zobowiązania z tytułu gwarancji, zabezpiecza oświadczenie potencjalnego wykonawcy złożone na formularzu ofertowym.

Przechodząc do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, należy odnieść się do skutków formalnych i prawnych wynikających z dokumentów jakich oczekiwał zamawiający, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w zakresie wymagań SIWZ co do oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający korzystając z formuły art.25 ust.1 pzp przewidział w Specyfikacji Technicznej prawo wzywiania wykonawców do składania dokumentów, w tym Instrukcji bezpiecznego użytkowania, przechowywania oraz transportu przedmiotu dostawy, w sposób opisany w Specyfikacji Technicznej. Zamawiający w związku z regulacją Specyfikacji Technicznej, po złożeniu ofert w trybie art.26 ust.1 w dniu 06.09.2017 roku wezwał odwołującego do przedłożenia dokumentów wymienionych w Specyfikacji Technicznej. Odwołujący jak już wyżej nadmieniono dostarczył Instrukcje Bezpiecznego stosowania, przechowywania i Transportu materiału będącego przedmiotem zamówienia odrębnie na zadania od 3 do 6 zadania. Przy czym istotą w sprawie jest, że wezwanie w

trybie art.26 ust.1 pzp odnosi się do dokumentów o których mowa w art.25 ust.1 pkt 2 pzp. czyli potwierdzających, że oferowany przedmiot odpowiada wymaganiom SIWZ. W tym stanie rzeczy oczywistym jest, że zamawiający w związku z wezwaniem w trybie art.26 ust.1 pzp w związku z art.25 ust.1pkt 2 pzp ma obowiązek stosowania art.26 ust.3 pzp. w sytuacji, jak w tym przypadku, stwierdzenia błędu w złożonym dokumencie. Również, w ocenie Izby, przedłożona Instrukcja ma charakter wtórny do treści oferty zawartej w formularzu ofertowym, w tym wypadku odnosi się to do oświadczenia odwołującego, co do warunku gwarancji. Oświadczenie w formularzu ofertowym ma charakter pierwotny i gwarantuje zamawiającemu spełnienie wymagań co do warunków gwarancji. Natomiast nawet bez rozstrzygnięcia co do charakteru oświadczenia w Instrukcji (oświadczenie woli czy wiedzy) w zakresie gwarancji to oświadczenie w Instrukcji ma charakter wtórny. Bowiern odwołujący składając ofertę to jest zobowiązania umieszczone w formularzu ofertowym oświadczył się co do gwarancji.

Natomiast zamawiający tę okoliczność w swoich wywodach pomija i tylko rozstrzyga zgodność treści oferty z treścią SIWZ na bazie drugiego oświadczenia zawartego w tym wypadku w Instrukcji bezpiecznego użytkowania, przechowywania i transportu materiału. Gdyby można było tak oceniać złożoną ofertę, to jest pomijając całkowicie treść formularza oferty w zakresie gwarancji, to można byłoby rozpatrywać sprzeczność oferty z treścią SIWZ, jak to uczynił zamawiający. W sytuacji gdy w formularzu oferty znajduje się oświadczenie co do gwarancji, to powinnością zamawiającego jest ocena, która powinna opierać się na treści formularza ofertowego a nie dokumentu uzyskiwanego w trybie art.26 ust.1 ustawy. Bowiern w zaistniałej sytuacji nie można pominąć faktu, że Instrukcja jak i zawarte tam oświadczenie o gwarancji zostało złożone w trybie art.26 ust.1 w związku z ar.25 ust.1 pkt 2 i przypisanym do nich art.26 ust.3 ustawy.

W tym stanie rzeczy w związku z błędem w Instrukcji to jest w dokumencie odwołującego co do warunków gwarancji, zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentu. W zaistniałym stanie rzeczy zamawiający popełnił błąd oceniając prawidłowość złożonej oferty tylko w kontekście Instrukcji bezpieczeństwa a z pominięciem treści oświadczenia zawartym w formularzu ofertowym co do warunków gwarancji.

Wymogiem proceduralnym w zaistniałej sytuacji jest skorzystanie z art.87 ust.1 pzp i zapytanie się odwołującego jak należy rozumieć oświadczenie co do gwarancji w Instrukcjach bezpieczeństwa (zadania od 3 do 6). Powyższe jest obowiązkiem zamawiającego w związku z oświadczeniem złożonym w Formularzu ofertowym w celu usunięcia sprzeczności treści oferty z treścią Instrukcji.

Tym bardziej, że wezwanie do złożenia Instrukcji wywodzi się z treści art.26 ust.1, z którym nierozdzielalnym jest art. 26 ust.3, którego treść zobowiązuje do wezwania poprawienia błędów w dokumentach.

Jak wspomniano powyżej racje bytu ma w niniejszej sprawie, skorzystanie z formuły złożenia wyjaśnień zgodnie z treścią art.87 ust.1 ustawy.

Niemniej Izba w wydanym wyroku nakłada bardziej rygorystyczny na odwołującego obowiązek to jest wezwanie do uzupełnienia złożonych błędnych dokumentów. Powyższe Izba czyni z uwagi na zagwarantowanie zamawiającemu wyższego stopnia bezpieczeństwa przez skorzystanie z formuły art.26 ust.3 pzp, do której z ostrożności procesowej przychylił się również odwołujący w złożonym odwołaniu.

W tym stanie orzeczono jak w sentencji wyroku, uwzględniając odwołanie w związku z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 pzp oraz art.26 ust.3 pzp w związku z art.26 ust.1 i art. 25 ust.1 pkt 2 pzp, stwierdzając naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażonej art.7 ust.1 ustawy, której to naruszenie ma wpływ na wynik postępowania w myśl art.192 ust.2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) 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. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00zł według złożonej na rozprawie faktury VAT.

Przewodniczący: