

**WYROK**  
**z dnia 6 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2017 r. przez wykonawcę A. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. W. S.A. w W.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. B. s.c. M. K., B. J. w Ł., H. w M. (N.) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m.st. W. S.A. w W. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. B. s.c. M. K., B. J. w Ł., H. w M. (N.) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. W. S.A. w W. i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. W. S.A. w W. na rzecz A. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w W..

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. W. S.A. w W. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup przenośnych mierników natężenia przepływu i napełnienia - 50 szt. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w DUUE 2017/S (...) w dniu 13.06.2017 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 14 września 2017 r. informacji o wyniku postępowania – wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. B. s.c. M. K., B. J. w Ł., H. w M. (N.), dalej również jako „Konsorcjum” - wykonawca A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wniósł odwołanie 21 września 2017 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania o zamówienia sektorowego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zw. z naruszeniem przepisu:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas, gdy treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako SIWZ;
2. art. 87 ust. 1 zd. pierwsze w zw. z art. 7 ustawy przez podjęcie niedozwolonych negocjacji treści złożonej przez Konsorcjum oferty, po terminie składania ofert;
3. art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy przez nieuprawnione wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień złożonej oferty, podczas gdy oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ;
4. art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo, że przedstawiło ono w swojej ofercie oraz w wyjaśnieniach do oferty, informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. wykonanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum, w szczególności z uwagi na fakt jej niezgodności z treścią SIWZ oraz fakt podlegania przez Konsorcjum wykluczeniu;

4. z uwagi na zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w przepisie art. 24aa - względne wykluczenie Konsorcjum z uwagi na wypełnienie deliktu określonego przepisem art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;

5. wykonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz poszanowaniem przepisów ustawy PZP, w szczególności z pominięciem oferty Konsorcjum jako oferty podlegającej odrzuceniu, również z uwagi na aspekt określony w ust. 4 (powyżej). Wniósł również o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Konkretyzując zarzuty odwołujący stwierdził, że Konsorcjum w złożonej przez siebie ofercie zaproponowało jako przenośny miernik napełnienia wraz z kompletnym oprzyrządowaniem (urządzenie marki (...) wraz z przepływomierzem), a urządzenie to zaproponowane przez Konsorcjum nie ma możliwości programowania przez jego własne menu, gdyż urządzenie to nie posiada wbudowanego menu, wyświetlacza czy też klawiatury i koniecznym jest podłączenie się do urządzenia poprzez komputer zewnętrzny np. laptop, na którym dopiero dostępne jest menu do programowania. Dodatkowo podkreślić należy, że udzielonych wyjaśnieniach treści oferty Konsorcjum przywołało postanowienie SIWZ, nie odnosząc się do istoty pytania zamawiającego. Nadto odwołujący zarzucił, w modemie (dostarczanym przez Konsorcjum jako „dodatkowe”, pomimo, że urządzenie miało zawierać wbudowany modem ) brakuje menu w języku polskim. Brak wbudowanego menu i możliwości programowania bezpośrednio z poziomu urządzenia zmusza zamawiającego do korzystania z urządzeń dodatkowych, co tym samym zwiększa koszty eksploatacji danych elementów systemu pomiarowego.

Podniósł odwołujący że, w pkt 3 lit. c) OPZ zamawiający określił, że urządzenie powinno mieć możliwość pomiaru napełnienia i rejestrowania danych oraz transmitowania danych w technologii GPRS. W odpowiedzi na zadane pytania od wykonawców zamawiający na pytanie nr 2 zamawiający wskazał, że dane mają być przesyłane w określonych godzinach i na żądanie operatora. Wywodził, że żywotność baterii urządzenia (...) jest skorelowana i silnie uzależniona od częstotliwości pomiarów oraz częstotliwości dostarczania ich wyników do systemu. Zamawiający oczekuje również, iż dane komasowane przez urządzenie będą dostępne na życzenie operatora, a urządzenie (...) nie ma takiej funkcjonalności (co potwierdziło Konsorcjum w złożonych wyjaśnieniach), gdyż ma jedynie funkcję całkowitego „usypiania” i „wybudzania” wg. z góry ustalonego harmonogramu. Aby spełnić wymagania Zamawiającego należałoby skonfigurować urządzenie (...) tak, aby włączało modem i przysyłało dane jak najczęściej np. co 5 czy 10 minut.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowane w wybranej ofercie urządzenie nie spełnia wymogu opisanego w zadaniu I. pkt. 3. lit. i. a mianowicie: urządzenie ma mieć możliwość zasilania przez minimum 1 rok bez potrzeby ładowania akumulatorów czy wymiany baterii przy założeniu rejestracji danych co 1 minutę i przesyłu danych raz na dobę.

Podniósł ponadto, że zamawiający wymagał, aby wartość końcowa (przepływu) była obliczana z dokładnością do 1% (tzn. dopuszczalna wysokość błędu wartości wskazywanej przez

przeptywomierz względem wartości rzeczywistej wynosi 1%). Jak wynika wprost z karty katalogowej (dołączonej do oferty Konsorcjum) zaoferowanego przez Konsorcjum urządzenia, „Dokładność” przepływu (wartości końcowej przepływomierza) wynosi 2%. Stanowi to wystarczający dowód, że urządzenie oferowane przez Konsorcjum nie spełnia pkt. II. 4. c. oraz d. OPZ.

Odwołujący wskazał, że w pkt 4 lit. k) OPZ zamawiający zażądał, że wymaga możliwości przedstawienia wszystkich mierzonych wartości na wyświetlaczu graficznym przepływomierza. Zgodnie z informacjami przedstawionymi w złożonej ofercie oraz zgodnie z kartami katalogowymi, stanowiącymi załącznik do złożonej przez Konsorcjum oferty, wyświetlacz przepływomierza posiada 4 linie po 20 znaków, co z technologicznego punktu widzenia jednoznacznie wskazuje na zaoferowanie wyświetlacza alfanumerycznego.

Odwołujący wywodził, że o ile przedstawianie nieprawdziwych informacji na etapie złożenia oferty można próbować uznać za wynik niedbalstwa, tudzież lekkomyślności, o tyle udzielane odpowiedzi na pytania dotyczące oferty wskazują na brak wiedzy (czego nie można zakładać, zważywszy na profesjonalny charakter działalności Konsorcjum, a nadto - na złożone wraz z ofertą oświadczenie, że Konsorcjum posiada stosowną wiedzę umożliwiającą realizację zamówienia) albo na świadome wprowadzanie zamawiającego w błąd. Jego zdaniem wystąpienie zamawiającego do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień a następnie przyjęcie oferty Konsorcjum po udzielonych wyjaśnieniach stanowiło niedozwolone negocjacje oferty.

Konsorcjum - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia B. B. s.c. M. K., B. J. w Ł., H. w M. (N.) przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący w piśmie z 4 października 2017 r. przedstawił stanowisko w sprawie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Fakty wskazane przez odwołującego (brzmienie OPZ, oznaczenie urządzenia oferowanego przez przystępującego) nie są sporne i ich powielanie jako ustaleń Izby jest zbędne.

Ustalenia te należy natomiast uzupełnić w zakresie wyjaśnień treści oferty przystępującego, o które zamawiający, powołując się na otrzymane pismo o niezgodności oferty przystępującego z SIWZ, wystąpił 11 sierpnia 2017 r.

Zamawiający oczekiwał wyjaśnień w odniesieniu do następujących kwestii:

1) SIWZ - I Zadanie „Dostawa 4 szt. przenośnych mierników napięcia wraz z kompletnym oprzyrządowaniem, oprogramowaniem i elementami dodatkowymi:

- a) pkt 3 lit. „j” - wymóg posiadania wbudowanego menu urządzenia;
- b) odpowiedzi na pytania wykonawców Odpowiedź 2 - dane z rejestratora mają być przesyłane o określonych godzinach oraz na żądanie operatora;

2) SIWZ - II Zadanie „Dostawa 46 szt. przenośnych mierników napięcia przepływu wraz z kompletnym oprzyrządowaniem, oprogramowaniem i elementami dodatkowymi:

- a) pkt 4 lit „c” dokładność pomiaru powinna być nie gorsza niż 1% wartości końcowej;
- b) pkt 4 „k” wymaga się możliwości przedstawienia wszystkich mierzonych wartości na wyświetlaczu graficznym przepływomierza. Tymczasem zgodnie z treścią oferty złożonej w postępowaniu Konsorcjum B. B. s.c. M. K., B. J. i H., w odniesieniu do:

1) SIWZ - I Zadanie „Dostawa 4 szt. przenośnych mierników napięcia wraz z kompletnym oprzyrządowaniem, oprogramowaniem i elementami dodatkowymi:

- a) pkt 3 lit. „j” - urządzenie nie posiada wbudowanego menu;
- b) odpowiedzi na pytania wykonawców Odpowiedź 2 - urządzenie wskazane przez konsorcjum nie ma możliwości odczytu na żądanie operatora;

2) SIWZ - II Zadanie „Dostawa 46 szt. przenośnych mierników napięcia przepływu wraz z kompletnym oprzyrządowaniem, oprogramowaniem i elementami dodatkowymi.”

- a) pkt 4 lit „c” - w dokumentacji konsorcjum widnieje wartość końcowa 2%;
- b) pkt 4 „k” - w dokumentacji konsorcjum wyświetlacz przepływomierza posiada 4 linie po 20 znaków, co jednoznacznie wskazuje, iż jest to wyświetlacz alfanumeryczny, a nie graficzny.

Zamawiający podkreślił, że wzywa do złożenia precyzyjnych wyjaśnień we wskazanym zakresie.

Ponadto zamawiający zwrócił się z prośbą o złożenie wyjaśnień w zakresie:

1. Zgodnie z zapisem pkt „m” w Karcie weryfikacyjnej dla Przenośnych mierników napięcia „rejestrator powinien znajdować się w jednej szczelnej (minimum IP67) obudowie. Podłączenie przewodu do odczytu danych nie może powodować zmniejszenia odporności urządzenia na wodę czyli utratę standardu IP68 (szczelne złącza). Sczytanie danych i programowanie rejestratora za pośrednictwem kabla powinno być możliwe bez otwierania wieka obudowy oraz bez konieczności wyjmowania z niej rejestratora”.

Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy z zaoferowanego urządzenia jest możliwość zczytania danych za pośrednictwem kabla bez utraty standardu IP 68 (szczelne złącze)?

2. Zgodnie z zapisem pkt „o” w Karcie weryfikacyjnej dla Przenośnych mierników napięcia przepływu „rejestrator powinien znajdować się w jednej szczelnej obudowie. Podłączenie przewodu do odczytu danych nie może powodować zmniejszenia odporności urządzenia na wodę czyli utratę standardu IP67. Sczytanie danych i programowanie rejestratora za pośrednictwem kabla powinno być możliwe bez otwierania wieka obudowy oraz bez konieczności wyjmowania z niej rejestratora”.

Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy z zaoferowanego urządzenia jest możliwość zgrywania danych za pośrednictwem kabla bez utraty standardu IP 67 (szczelne złącze)?

Przystępujący udzielił wyjaśnień pismem z 17 sierpnia 2017 r. oświadczając, że:

„AD 1-a. OPZ Zadanie 1; punkt 3; litera "j" brzmi następująco: „wymaga się możliwości programowania poprzez menu urządzenia (menu całkowicie w języku polskim)”.

Potwierdzamy, że zgodnie z wyżej wymienionym punktem programowanie odbywa się przez menu urządzenia w języku polskim.

AD 1-b. Odpowiedź na pytania wykonawców nr 2 brzmi: "Zamawiający informuje, że dane z rejestratora mają być przesyłane o określonych godzinach oraz na żądanie operatora".

Potwierdzamy zgodność naszej oferty z odpowiedziami na pytania wykonawców - Odpowiedź nr 2 - urządzenie wysyła dane w określonych godzinach oraz na żądanie operatora.

AD 2-a. OPZ zadanie 2; punkt 4; litera „c” dotyczy pomiaru napełnienia i brzmi „pomiar napełnienia ma być możliwy w pełnym zakresie napełnień oraz zapewniać możliwość prawidłowych pomiarów zarówno podczas spływu grawitacyjnego, jak i ciśnieniowego. Pomiar napełnienia powinien być realizowany w zakresie od 0 do 350 cm, w tym: od 0 do 200 cm - pomiar ultradźwiękowy od góry oraz (0+martwa strefa) - 350 cm pomiar hydrostatyczny (najlepiej zintegrowany z sondą prędkości). Dokładność pomiaru powinna być nie gorsza niż 1% wartości końcowej.”

W dokumentacji przez nas złożonej dla pomiaru poziomu widnieje wartość zależnie od zastosowanego czujnika 0,1% FS lub 1% FS (gdzie FS oznacza koniec zakresu).

AD 2-b. OPZ zadanie 2; punkt 4; litera „k” brzmi: „wymaga się możliwości przedstawienia wszystkich mierzonych wartości na wyświetlaczu graficznym przepływomierza.”

Potwierdzamy, że urządzenia zostaną dostarczone z wyświetlaczem graficznym. Informacja w karcie katalogowej określa ilość danych, które mogą być prezentowane na wewnętrznym wyświetlaczu urządzenia przy nastawach domyślnych.

AD II-1. Potwierdzamy, że zgodnie z OPZ zadanie 1; punkt 3; litera "m" dla przenośnych mierników napełnienia istnieje możliwość zgrywania danych za pośrednictwem kabla bez utraty standardu IP68 (szczelne złącze).

AD II-2. Potwierdzamy, że zgodnie z OPZ zadanie 2; punkt 4; litera "o" dla przenośnych mierników natężenia przepływu istnieje możliwość zgrywania danych za pośrednictwem kabla bez utraty standardu IP67 skoro urządzenie i złącze kabla posiada standard IP68 (szczelne złącze). Powyższe zostało potwierdzone w Załączniku nr 4 do SIWZ. Tym niemniej możliwe jest na życzenie zamawiającego dostarczenie urządzenia w standardzie IP67

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy uniemożliwiają wybór oferty

odwołującego jako najkorzystniejszej. Przesłanki interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy zostały spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie podniesione w nim zarzuty znalazły potwierdzenie.

Zgodzić się należy z zamawiającym, że to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Jednak nie oznacza to, że przeciwnicy w sporze mogą pozostawać całkowicie bierni. Art. 190 ust. 1 Pzp nie nakłada ciężaru dowodowego w całości na jedną stronę postępowania odwoławczego, lecz stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń i odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Obowiązująca w kontradiktoryjnym postępowaniu odwoławczym zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego nakazuje więc – w okolicznościach sporu – odwołującemu wykazywanie niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, a zamawiającemu i przystępującemu przedstawienie dowodów mających przekonać skład orzekający, że oferta ta jest z SIWZ zgodna.

Kierując się wskazanymi pryncypiami Izba dokonała oceny wiarygodności i mocy przedstawionych dowodów i po nakaznym przez art. 190 ust. 7 Pzp wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału przyznała rację odwołującemu w odniesieniu do części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała, że w zakresie zadania I oferta odwołującego nie spełnia wymagania opisanego w pkt I ppkt 3 lit. j) możliwości programowania przez menu urządzenia (menu całkowicie w języku polskim).

Wskazane wymaganie zamawiającego jest jasne i nie wymaga dodatkowych zabiegów interpretacyjnych (*clara non sunt interpretanda*). Menu urządzenia jako element urządzenia musi być częścią urządzenia trwale z nim połączoną, zatem urządzenie powinno posiadać możliwość programowania przez własne menu, a nie przez podjęcie dodatkowych czynności polegających np. na podłączeniu kolejnych, dodatkowych urządzeń.

Jakkolwiek zamawiający w pkt I ppkt 1 lit. b) tiret drugie OPZ opisując wymagania w zakresie elementów dodatkowych wymagał dostarczenia oprogramowania umożliwiającego odczytywanie danych i konfiguracji urządzenia za pomocą komputera przenośnego, to nie uchyla to podstawowego wymagania, aby samo urządzenie mogło być zaprogramowane przez własne menu.

Zarówno z dokumentów złożonych wraz z ofertą przez przystępującego, jak i z tych



złożonych na rozprawie przez odwołującego, wynika, że urządzenie oferowane przez przystępującego nie daje możliwości programowania, a do spełnienia wymagań zamawiającego konieczne jest podłączenie innego urządzenia z oprogramowaniem. Do przeciwnych wniosków nie składają oświadczenia Pana B. J. oraz Prezesa Zarządu M. S.A. w Przystępujący z 3 października 2017 r. Nie wynika z nich, gdzie umieszczone jest menu. Pojęcie „zabudowany modem” nie było użyte w OPZ, który wymagał wyłącznie możliwości programowania przez menu urządzenia. Ponadto treść oświadczenia Prezesa Zarządu M. S.A. w brzmieniu literalnym stanowi o programowaniu modemu, a nie miernika.

Oferta odwołującego nie spełnia również wymagania opisanego w pkt I.3. lit. c, aby urządzenie zapewniało możliwość pomiaru napełnienia i rejestrowania danych oraz transmisji danych w technologii GPRS, doprecyzowanego odpowiedzią udzieloną na pytanie 2 pismem z 28 czerwca 2017 r.

Na pytanie wykonawcy, czy dane z rejestratora mają być dostępne w technologii GPRS na żądanie (w dowolnym momencie), czy też zamawiający ogranicza funkcjonalność do przesyłania danych o określonych godzinach, zamawiający poinformował, że dane z rejestratora mają być przesyłane o określonych godzinach i na żądanie operatora. W ocenie Izby oznacza to, że urządzenie musi zapewniać rzeczywistą możliwość bezpośredniej reakcji na żądanie operatora w każdym czasie.

Brak spełnienia tego wymagania w ofercie przystępującego odwołujący dowiódł za pomocą korespondencji mailowej z Panem B. J., przedstawicielem firmy K(1), której produkt zaoferował przystępujący. Wynika z niej wprost, że urządzenie wybudza się według harmonogramów i według zadanej konfiguracji loguje się do sieci, by sprawdzić, czy „coś nie przyszło”. Również transmisja danych następuje według założonego harmonogramu.

Przeciwnie oświadczenia Pana B. J. oraz Prezesa Zarządu M. S.A. w Poznaniu z 3 października 2017 r. Izba uznała za niegodne wiary. Po pierwsze, nie wiadomo jak brzmiało zapytanie, poprzedzające te odpowiedzi i jak zostało określone w nim pojęcie „na żądanie”. Po drugie, zostało złożone po dokonaniu przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba za bardziej wiarygodne uznała odpowiedzi na jasno zadane przez odwołującego pytania, w okresie poprzedzającym termin składania ofert, który upływał 21 lipca 2017 r.

Z uwagi na powyższe, hipotetyczne rozważania odwołującego na temat żywotności baterii urządzenia oferowanego przez przystępującego pozostają bez znaczenia, zwłaszcza, że sam odwołujący wskazał, że nawet rejestrowanie danych raz na minutę i wysyłanie danych co godzinę powoduje, że żywotność baterii obliczona jest na 1.6 roku, co jest zgodne z wymogami zamawiającego opisanego w zadaniu 1 pkt I ppkt 3 lit. i).

Oferta przystępującego w zadaniu 2 nie spełnia wymagania zapisanego w pkt II ppkt 4 lit. k, w którym zamawiający wymagał możliwości przedstawienia wszystkich mierzonych wartości na

wyświetlaczu graficznym przepływomierza. Nie podzielono poglądu prezentowanego przez przystępującego w piśmie z 4 października 2017 r., jakoby wyświetlacz alfanumeryczny był rodzajem wyświetlacza graficznego, zwrócono natomiast uwagę, że oświadczenie to faktycznie potwierdza, że przepływomierz oferowany przez przystępującego posiada wyświetlacz alfanumeryczny. Odwołujący dowiódł za pomocą wydruków z wyszukiwarki internetowej Google, materiałów firmy E. (dostawca elementów elektronicznych), strony (...) (Materiał zatytułowany „Wyświetlacze. Polscy producenci i dystrybutorzy” oraz prezentacje wyświetlaczy), wydruku z podręcznego poradnika elektronika oraz materiałów do ćwiczeń laboratoryjnych Politechniki C., że pojęcia wyświetlacz alfanumeryczny i wyświetlacz graficzny mają inne desygnaty w rzeczywistości.

Posiadanie przez przepływomierz oferowany przez przystępującego wyświetlacza graficznego należy uznać za bezsporne również w świetle dowodu Nr 3 złożonego przez przystępującego na rozprawie. Widoczny na zdjęciu wyświetlacz graficzny nie jest wyświetlaczem przepływomierza, lecz ekranem urządzenia firmy(...). Pozostałe dwa wydruki – dowody Nr 4 i 5 – obrazują wykresy, nie wiadomo jednak, z którego z wyświetlaczy pochodzą. W świetle wyników postępowania oraz oświadczeń zamawiającego i przystępującego Izba nie znalazła podstaw do uznania, że pochodzą one z wyświetlacza przepływomierza, a nie podłączanego urządzenia posiadającego wyświetlacz graficzny.

Pozostałe zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym.

W treści OPZ brak jest jasnego wskazania, że urządzenie powinno zawierać wbudowany modem. Powołany pkt I ppkt 3 lit. c) nakazuje jedynie, aby urządzenie zapewniało możliwość pomiaru napełnienia i rejestrowania danych oraz transmisji danych w technologii GPRS, nie precyzując sposobu owego zapewnienia, a wymaganie to oferta przystępującego spełnia.

Co do pomiarów parametrów przepływu, sam odwołujący oświadczył na rozprawie, że podstawą jego stanowiska jest „kontekstualna” wykładnia wymagań zamawiającego. Tymczasem podstawą do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ mogą być wyłącznie postanowienia SIWZ jasno wyrażone.

Brak potwierdzenia zarzutu dotyczącego żywotności baterii został opisany powyżej.

Izba uznała, że przez żądanie wyjaśnień od przystępującego zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis ten daje zamawiającemu uprawnienie do uzyskania wszelkich informacji dotyczących treści złożonych ofert, co więcej samo zaistnienie niejasności w treści oferty nie oznacza obowiązku odrzucenia takiej oferty. Czynność odrzucenia może być dokonana co do zasady po uzyskaniu wyjaśnień, w sytuacji, gdy wątpliwości, które spowodowały potrzebę wystąpienia nie zostały rozproszone.

Izba uznała również, że nie doszło do negocjacji między zamawiającym i przystępującym. Nie doszło bowiem do zmiany treści oferty przez przystępującego.

Wynikająca z wyjaśnień gotowość do zmiany świadczenia na etapie wykonywania umowy („Urządzenia zostaną dostarczone z wyświetlaczem graficznym”, „Na życzenie zamawiającego

zostanie dostarczone urządzenie w standardzie IP67”) nie oznacza zmiany samej oferty, lecz – ewentualnie - świadczą o zamiarze przystępującego świadczenia zamawiającemu innego przedmiotu, niż zaoferowany. Współbrzmia z tym oświadczenia przystępującego złożone na rozprawie, że poniesienie kar umownych z racji niewykonania umowy zgodnie z ofertą oznacza ryzyko gospodarcze zapłaty zamawiającemu kar umownych oraz że w razie potrzeby jest gotów „dopasować się do wymagań zamawiającego”. Wskazują one, że przystępujący nie uwzględnił, że zawarcie i wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z zamawiającym zobowiązanym do stosowania przepisów ustawy nie jest tym samym co zawarcie i wykonanie umowy między dwoma podmiotami wyłącznie na podstawie przepisów kodeksu cywilnego. Na gruncie zamówień publicznych można złożyć wyłącznie jedną ofertę (art. 82 ust. 1 Pzp), która za wyjątkiem ściśle reglamentowanych przypadków nie może zostać poprawiona, ani zmieniona (art. 87 ust. 1 i 2 Pzp), a wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest oparte o złożoną ofertę (art. 140 ust. 1 Pzp). W okolicznościach sporu Izba uznała, że w stosunku do przystępującego nie ziszczyły się przesłanki wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Potwierdzone przez Izbę niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ (OPZ) nie są możliwe do poprawienia, co powoduje obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zasada odpowiedzialności za wynik procesu nakazuje również odniesienie się do stanowisk zamawiającego i przystępującego.

Stanowisko zamawiającego prezentowane na rozprawie nie zasługuje na ochronę prawną. Zamawiający uznając ofertę przystępującego za zgodną z SIWZ oparł się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, że złożona przez niego oferta jest zgodna z SIWZ oraz potwierdzeniu tego w oświadczeniu złożonym pismem z 17 sierpnia 2017 r. Dostrzec trzeba, że pismem tym zamawiający wezwał przystępującego do złożenia precyzyjnych wyjaśnień w zakresie szczegółowych pytań. Otrzymane odpowiedzi nie zawierają żądanych precyzyjnych wyjaśnień, a ponieważ zasadniczo sprowadzają się jedynie do potwierdzenia wymagań SIWZ, nie powinny być zatem uznane przez zamawiającego za wyjaśnienia powstałych wątpliwości. Zamawiający nie powołał żadnych innych dowodów, w związku z czym Izba uznała, że czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie została dokonana prawidłowo.

Jeśli zamawiający – jak twierdził na rozprawie – nie miał wątpliwości co do oferty przystępującego, nie powinien występować o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, natomiast – jeśli żądał od przystępującego precyzyjnych wyjaśnień – nie mógł pominąć, że udzielone wyjaśnienia nie zawierają wymaganych informacji.

Z punktu widzenia składu orzekającego stan wiedzy zamawiającego po udzieleniu wyjaśnień nie uległ żadnej zmianie w stosunku do informacji przed wystąpieniem o wyjaśnienia.

Przyjęcie wyjaśnień złożonych przez przystępującego nie pozwalających uznać oferty

przystępującego za zgodną z SIWZ spowodowało nieprzejrzystość działania zamawiającego. Oceniając wyjaśnienia przystępującego zamawiający naruszył również zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wystąpił bowiem o wyjaśnienia do odwołującego i w odpowiedzi uzyskał wyjaśnienia szczegółowe, odwołujące się do dokumentacji złożonej wraz z ofertą. Przyłożenie jednej miary do wyjaśnień odwołującego odpowiadających wezwaniu i braku wyjaśnień przystępującego jest ewidentne. Kwestię tę Izba poruszyła z racji wskazania przez zamawiającego, że wyjaśnień żądał również od odwołującego i działał z poszanowaniem art. 7 ust. 1 Pzp, z czym nie sposób się zgodzić.

Również stanowisko przystępującego – za wyjątkiem powołanych pism i zdjęć - sprowadzało się do tezy, że odwołujący prezentuje nieuprawnioną interpretację SIWZ. Przystępujący nie wskazał natomiast, w jaki sposób wymagania SIWZ są przez niego spełnione. Nie odwoływał się do elementów własnej oferty zarówno w piśmie z 4 października 2017 r. jak i na rozprawie.

Opisane stanowisko zamawiającego i przystępującego doprowadziło do sytuacji, w której Izba po przeprowadzeniu rozprawy nie uzyskała od zamawiającego, którego czynność ocenia, ani od przystępującego informacji relewantnych dla uznania, że oferta przystępującego jest zgodna z SIWZ. Z braku dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała zatem stanowisko odwołującego i w oparciu o złożone przez niego oświadczenia i dokumenty uznała, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....