Sygn. akt: KIO 1384/19

WYROK

z dnia 2 sierpnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2019 roku przez Odwołującego - Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. z siedzibą w Ostrołęce, w imieniu której działa ENERGA Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Sigma Polska Sp. z o.o. z/s w Gliwicach (Lider) i (2) Sigma Group a.s. z/s Lutin Republika Czeska (Partner) zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Grupę POWEN - WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Warszawie i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Grupę POWEN - WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od Odwołującego - Grupy POWEN - WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A.

z siedzibą w Ostrołęce, w imieniu której działa ENERGA Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 1384/19

UZASADNIENIE

Dnia 19 lipca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 i 3 w związku z art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2018.1986 t.j) - dalej „PZP" odwołanie złożył wykonawca Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący".

Postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Modernizacja układu pomp wody chłodzącej" prowadzi Zamawiający: EN ERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. z siedzibą w Ostrołęce, w imieniu której działa ENERGA Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym UE 2019/S 010-020182- 2019-PL z dnia 15 stycznia 2019 r.

Odwołanie złożono wobec:

1. czynności Zamawiającego z dnia 9 lipca 2019 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców Sigma Polska Sp. z o.o. z/s w Gliwicach i Sigma Group a.s. z/s Lutin Republika Czeska (dalej: Konsorcjum) w sytuacji, gdy przedmiotowa oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą wg kryteriów oceny oferty określonych w specyfikacji istotnych warunków Zamówienia (dalej „SIWZ");

czym Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 PZP:

2. zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w sytuacji, gdy przedmiotowa oferta jest ofertą najkorzystniejszą wg kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, w tym spełnia kryterium „rozwiązanie techniczne" (pkt XIX ppkt 1 l.p. 3 SIWZ);

czym Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 PZP;

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

A. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

B. ponowną ocenę ofert i uznanie przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego spełnienia kryterium „rozwiązanie techniczne" (pkt XIX ppkt 1 l.p. 3 SIWZ) skutkując przyznaniem jej 5 pkt w tym zakresie.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

I. dokumentacji postępowania, w tym w szczególności z SIWZ oraz ofert Odwołującego oraz Konsorcjum na okoliczność ustalenia:

iż oferta Odwołującego spełnienia kryterium „rozwiązanie techniczne" (pkt XIX ppkt 1 l.p. 3 SIWZ) kwalifikując się na przyznanie jej 5 pkt z tytułu spełnienia tego kryterium;

czy oferta Konsorcjum zawiera rysunek techniczny wraz z opisem rozwiązania technicznego umożliwiającego inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korektę luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pompy, a jeśli tak jak zostało to pokazane i opisane przez Konsorcjum w ofercie, w szczególności w zestawieniu z oczekiwaniami Zamawiającego formułowanymi w skierowanych do Odwołującego wezwaniach z 4.04.2019 r. i 26.04.2019 r.;

w konsekwencji czy oferta Konsorcjum spełnienia kryterium „rozwiązanie techniczne" (pkt XIX ppkt 1 l.p. 3 SIWZ) kwalifikując się na przyznanie jej 5 pkt z tytułu spełnienia tego kryterium;

II. zeznań świadka Z. K. /adres do doręczeń na adres Odwołującego/ na okoliczność ustalenia:

iż oferta Odwołującego spełnienia kryterium „rozwiązanie techniczne” (pkt XIX ppkt 1 l.p. 3 SIWZ) kwalifikując się na przyznanie jej 5 pkt z tytułu spełnienia tego kryterium.

Interes Odwołującego w złożeniu odwołania i jego uwzględnieniu polega na konieczności eliminacji wadliwej czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum mimo, iż oferta ta (94,09 pkt na 100 możliwych) nie jest ofertą najkorzystniejszą wg kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a tym samym zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą wg kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, po przyznaniu bezzasadnie nieprzyznanych 5 pkt w kryterium „rozwiązanie techniczne” (96 pkt /100 możliwych). Brak eliminacji wadliwej czynności Zamawiającego oraz brak podjęcia bezprawnie zaniechanej przezeń czynności wyboru oferty Odwołującego uniemożliwi mu uzyskanie zamówienia, przy jednoczesnej woli jego pozyskania, co w konsekwencji narazi Odwołującego na szkodę w postaci utraty wynagrodzenia z tytułu pozyskania i wykonania umowy w sprawie realizacji Zamówienia.

W oparciu o art. 182 ust 1 pkt 1) PZP w zw. z art. 14 ust 2 PZP termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu podniesiono, że treści SIWZ Zamawiający jako przedmiot zamówienia określił modernizację układu pomp obiegu wody chłodzącej w Elektrowni Ostrołęka poprzez wykonanie w formule pod klucz modernizacji pomp wody chłodzącej PC1, PC2 i PC3, co opisano w pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ.

Zamawiający ustanowił trzy kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej: najniższą cenę (możliwe do uzyskania pkt 90 pkt), deklarowaną sprawność pompy od 86% do ponad 90% (możliwe do uzyskania pkt od 1 do 5 pkt) oraz zaproponowane przez Wykonawcę dodatkowe rozwiązanie techniczne, umożliwiające inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korektę luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pompy (możliwe do uzyskania pkt 5 pkt).

Co do tego ostatniego kryterium Zamawiający podał w SIWZ, w pkt XVI ppkt 24, s. 15 iż: „24. Do oferty obligatoryjnie należy dołączyć rysunek techniczny wraz z opisem, na potwierdzenie, że zaproponowane rozwiązanie techniczne umożliwi inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korektę luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pompy (patrz pkt 1 Formularza Oferty)”.

• (pkt XIX, s. 17SIWZ):

ROZWIĄZANIE TECHNICZNE PT

a) W tym kryterium Wykonawca może uzyskać 5 (pięć) pkt; w przypadku gdy zaoferuje w ofercie dodatkowe rozwiązanie techniczne, umożliwiające inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp, potwierdzone załączonym do oferty rysunkiem technicznym wraz z opisem.

b) W przypadku nie zaoferowania przez Wykonawcę dodatkowego rozwiązania technicznego, umożliwiającego inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp, Wykonawca uzyska 0 (zero) pkt.

• W pkt 8 załącznika nr 2 do SIWZ stanowiącego wzorcowy formularz oferty należało oświadczyć, że zaproponowane rozwiązanie techniczne umożliwi inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pompy. Na potwierdzenie dołączony zostanie do oferty rysunek techniczny wraz z opisem.

Niezależnie od powyższego, w odpowiedzi Zamawiającego z 14 lutego 2019 r. na pytania Wykonawców do treści SIWZ, Zamawiający doprecyzował jak należy rozumieć treść pkt XVI ppkt 24, s. 15 SIWZ. Wskazał, iż brak dołączenia do oferty rysunku technicznego wraz z opisem technicznym rozwiązania technicznego umożliwiającego inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp, będzie równoznaczny z nieoferowaniem wskazanego rozwiązania i Wykonawca uzyska zero (0) pkt za wskazane w rozdz. XIX SIWZ „Rozwiązanie techniczne”.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, iż tego rodzaju funkcjonalność jak wskazana w kryterium oceny ofert nie została zawarta w opisie przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:
a) Odwołujący oferujący cenę brutto 10.565.208 zł (90 pkt), sprawność pomp na

poziomie 86% (1 pkt) oraz rozwiązanie techniczne umożliwiające inspekcję łożysk poprzecznych pompy (5 pkt) i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp.

b) wybrane Konsorcjum, oferujące cenę brutto 11.045.400 zł (86,09 pkt), sprawność pomp na poziomie 88% (3 pkt) oraz rozwiązanie techniczne umożliwiające inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp (5 pkt).

c) Vega Valve Sp. z o.o. z/s w Kobyłce, wykonawca został wykluczony z postępowania.

Z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący zaoferował najniższą cenę spośród wszystkich wykonawców oraz sprawność pomp na poziomie 86%, decydującym o wyborze najkorzystniejszej oferty było kryterium „Rozwiązanie techniczne". Spełnienie przez Odwołującego przedmiotowego kryterium skutkowało tym, iż to oferta Odwołującego (96 pkt) a nie oferta Konsorcjum (94,09 pkt po przyznaniu ofercie Konsorcjum 5 pkt za przedmiotowe kryterium), jest najkorzystniejsza.

Mając na uwadze wysoce ubogą treść SIWZ w zakresie opisu wskazanego kryterium Odwołujący wraz z ofertą przedłożył, przy zastrzeżeniu jako tajemnicy jego przedsiębiorstwa, rysunek techniczny rozwiązania technicznego umożliwiającego inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp oraz jego opis, zapewniającego tak inspekcję łożysk, jak i korektę luzu.

Pomimo tego faktu, Zamawiający wystosował w dniu 4 kwietnia 2019 r. wezwanie w trybie art. 26 ust 3 PZP do uzupełnienia przez Odwołującego oferty o dokumenty z których, w jego ocenie, będzie jednoznacznie wynikało, że zaproponowane rozwiązanie techniczne umożliwi inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp. Z powyższego wezwania nie sposób było jednak odtworzyć intencji Zamawiającego z jakich przyczyn Zamawiający nie uznaje spełnienia kryterium oraz jakie dokładnie dokumenty miałaby być Mu przedstawione. Tym bardziej było to zadanie karkołomne, skoro treść SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie porusza w ogóle kwestii wskazanego rozwiązania technicznego.

Niemniej Odwołujący pismem z 11 kwietnia 2019 r. złożył wyjaśnienia uszczegóławiające opis rozwiązania technicznego wraz z rysunkiem, konsekwentnie zastrzeżone jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, wykraczając dalece poza wymagania Zamawiającego zawarte w treści pkt XVI ppkt 24, s. 15 oraz pkt XIX, s. 17 SIWZ.

Mimo powyższego Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust 4 PZP pismem z 26 kwietnia 2019 r. wezwał Odwołującego do przedłożenia kolejnych wyjaśnień i dokumentów dotyczących przedmiotowego rozwiązania, które w ocenie Odwołującego zawierało rozszerzenie ex post postanowień pkt XVI ppkt 24, s. 15 oraz pkt XIX, s. 17 SIWZ. Tym niemniej Odwołujący cierpliwie wykonał, wykraczające dalece poza wymagania Zamawiającego zawarte w treści pkt XVI ppkt 24, s. 15 oraz pkt XIX, s. 17 SIWZ wezwanie,

odpowiadając na trzy postawione pytania oraz przedkładając wnioskowane przez Zamawiającego dokumenty.

W dniu 10 lipca 2019 r. Zamawiający udostępnił wykonawcom na platformie zakupowej zawiadomienie o wyborze oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie Zamówienia. W zawiadomieniu Zamawiający podał, iż nie przyznał Odwołującemu 5 pkt w kryterium „rozwiązanie techniczne" albowiem w jego ocenie zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie nie umożliwia inspekcji łożysk poprzecznych pompy oraz korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp. Jednocześnie ofercie Konsorcjum przyznał 5 pkt w tym kryterium.

W uzasadnieniu swojego stanowiska zarzucił ofercie Odwołującego, iż:
z przedłożonych wraz z nią dokumentów nie był w stanie wywnioskować czy

zaproponowane rozwiązanie zapewni możliwość inspekcji łożysk poprzecznych pompy oraz korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp; nie wskazał przy tym przyczyn takiego stanowiska;

z pierwszych wyjaśnień Odwołującego Zamawiający nie był nadal w stanie wywnioskować, czy zaproponowane rozwiązanie zapewni możliwość inspekcji łożysk poprzecznych pompy oraz korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp; nie wskazał jednak przy tym przyczyn takiego stanowiska;

w drugich wyjaśnieniach Odwołujący miał rzekomo przedstawić nowe rozwiązanie techniczne zapewniające możliwość korekty luzu łożysk poprzecznych pompy, co nadto w ocenie Zamawiającego stanowi zmianę treści oferty a jako takie nie może być przezeń uwzględnione z uwagi na treść art. 87 ust 1 PZP;

niezależnie od powyższego w ocenie Zamawiającego zaprezentowane rozwiązanie techniczne przy uwzględnieniu wszystkich przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dokumentów:

- nie zapewni informacji wystarczających do wykonania korekty luzu łożysk poprzecznych w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp z uwagi na niewystarczający pomiar płaszczyzn zużycia łożyska oraz wkładki elastycznej;

- nie zapewni możliwości dokonania inspekcji łożysk poprzecznych pompy bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp, z uwagi na brak dostępu do pierwszego łożyska poprzecznego pompy od strony piasty wirnika.

Z powyższa ocena Zamawiającego oferty Odwołujący się nie zgadza.

Po pierwsze, oczywistym jest, iż Wykonawca jest zobowiązany przygotować w ten sposób ofertę, aby Zamawiający nie musiał domyślać się, czy jego wymagania będą spełnione, czy też nie. Jednakże Zamawiający nie może oczekiwać, że wykonawca poda mu więcej informacji, niż wynika to z wymagań zawartych w treści SIWZ. Zamawiający ma bowiem obowiązek określić kryteria oceny ofert w sposób jasny i precyzyjny, są to bowiem postanowienia, które bezpośrednio przekładają się na szanse uzyskania zamówienia. Doprecyzowywanie tych postanowień, czy tym bardziej nadawanie im znaczenia niewyrażonego w SIWZ, dopiero na etapie oceny ofert, jest niedopuszczalne i godzi w wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy PZP zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak wyrok KIO z 31 lipca 2018 r. sygn. akt: 1404/18, wyrok KIO z 9 lipca 2018r. sygn. akt: KIO 1232/18). Kluczowe znaczenie przy badaniu prawidłowości oceny ofert przez zamawiającego mają zapisy SIWZ. To bowiem SIWZ jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. SIWZ jest dokumentem, którego postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego. Wskazana zasada z jednej strony gwarantuje, że w przypadku prawidłowej realizacji obowiązków z niej wynikających, zamawiający uzyska przedmiot zamówienia spełniający jego uzasadnione potrzeby, z drugiej zaś strony - w przypadku braku należytej staranności po stronie zamawiającego - obciąża go odpowiedzialnością za niejednoznaczne, niekonkretne, niewyczerpujące określenie w SIWZ istotnych aspektów związanych z prowadzonym postępowaniem, w tym między innymi, zasad oceny ofert i zakresu informacji wymaganych od wykonawców (tak: wyrok KIO z 31 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2143/18).

Tym samym Odwołujący nie może ponosić konsekwencji faktu, że „Zamawiający nie jest w stanie wywnioskować / zrozumieć" dołączonego rysunku i opisu rozwiązania. Jeśli Zamawiający nie posiada kwalifikacji technicznych do analizy rysunków i opisów technicznych, to powinien był jasno sformułować wymagania, co do zawartości, formatu i stopnia szczegółowości wymaganych rysunków i opisów. W sytuacji gdy w SIWZ takich wymogów nie sformułowano, przyznanie punktów za kryterium trzecie powinno nastąpić w sposób automatyczny za sam fakt zaoferowania rysunku. Wszelkie wynikłe z tego wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Skoro Zamawiający zdecydował się na kryterium subiektywne, musi liczyć się także z konsekwencjami tego faktu i przez swoje działania nie może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców (tak: wyrok KIO z 12 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 598/18).

Wobec braku jakichkolwiek wymagań co do formatu i stopnia szczegółowości wymaganych rysunków i opisów technicznych, Odwołujący dołączył do oferty prosty ideowy rysunek i opis pokazujący zasadę działania oferowanego rozwiązania, spełniając tym samym formalne wymogi SIWZ ale nie ujawniając wszystkich szczegółów technicznych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynikało to z faktu, że Odwołujący stara się o objęcie zaoferowanego rozwiązania ochroną patentową, a dołączenie szczegółowych opisów i rysunków do oferty mogło skutkować odmową udzielenia patentu pod zarzutem, że rozwiązanie jest znane, publikowane i ujawnione.

Przyznanie sobie przez Zamawiającego arbitralnego prawa do oceny, czy oferowane rozwiązanie zadziała skutecznie jest sprzeczne z istotą prawa zamówień publicznych, gdyż wprowadza niedopuszczalną uznaniowość w ocenie ofert. Jeśli SIWZ przewiduje przyznanie dodatkowych punktów za sam fakt zaoferowania rozwiązania, bez sformułowania żadnych konkretnych warunków, na podstawie których rozwiązanie to, lub jego opis, mogłyby być weryfikowane, to jest zobowiązany otrzymaną ofertę zaakceptować. Punkt XIX, s. 17 SIWZ stwierdza: „I/I/ tym kryterium Wykonawca może uzyskać 5 (pięć) pkt, w przypadku gdy

zaoferuje w ofercie dodatkowe rozwiązanie techniczne....” a nie „W tym kryterium Wykonawca może uzyskać 5 (pięć) pkt, w przypadku gdy zaoferuje w ofercie dodatkowe rozwiązanie techniczne, które Zamawiający uzna za spełniające Jego oczekiwania...” Oznacza to, że punkty z tytułu kryterium powinny zostać przyznane automatycznie, za sam fakt zaoferowania rozwiązania spełniającego oczekiwaną funkcję. Gdyby bowiem zaakceptować prawo Zamawiającego do nie znajdującej podstaw formalnych w SIWZ weryfikacji ofert, to weryfikacji takiej mógłby podlegać każdy element oferty. Zamawiający mógłby np. dowolnie kwestionować czy oferowane pompy rzeczywiście osiągną deklarowaną w ofercie sprawność, albo czy w ogóle będą funkcjonować z oferowanymi parametrami. W związku z powyższym odmowa przyznania ofercie Odwołującego 5 punktów za kryterium „rozwiązanie techniczne” jest arbitralną i uznaniową decyzją Zamawiającego, nie znajdując podstaw formalnych w SIWZ.

Odwołujący w treści swojej oferty zawarł jednoznaczne stwierdzenie, że oferuje rozwiązanie spełniające wymaganie określone w SIWZ. Weryfikacja skuteczności oferowanego rozwiązania może ewentualnie nastąpić w ramach roszczeń gwarancyjnych, a nie na etapie oceny ofert.

Po drugie. Zamawiający kierując do Odwołującego wezwania w trybie art. 26 ust 3 lub 4 PZP na etapie oceny ofert dokonywał de facto doprecyzowywania postanowień SIWZ i nadawania im zakresu niewyrażonego pierwotnie. Spowodował, iż Odwołujący czyniąc zadość ich treściom musiał dwukrotnie uszczegóławiać przedłożone dokumenty przedmiotowe, mimo iż w SIWZ nie przewidziano aż takiego stopnia ich szczegółowości. Znamiennym jest przy tym wewnętrznie sprzeczne działanie Zamawiającego polegające na wzywaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust 3 lub 4 PZP do przedkładania dokumentu wyjaśnień w zakresie zaoferowanego rozwiązania technicznego, co wskazuje, iż w zamyśle Zamawiającego dokumenty w postaci rysunku technicznego wraz z opisem technicznym rozwiązania technicznego miały być przedkładane na okoliczność potwierdzenia, iż oferowane przez wykonawców rozwiązanie spełnia wymagania Zamawiającego, by po wykonaniu ww. wezwań, w uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej zakwestionować tak przedłożone wyjaśnienia i dokumenty z powołaniem się na treść art. 87 ust. 1 PZP. Wskazane wyżej okoliczności stanowią - w ocenie Odwołującego - przejaw ab initio zamiaru Zamawiającego dokonania wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej.

Po trzecie, zauważenia wymaga, iż treść pkt XVI ppkt 24, s. 15 oraz pkt XIX, s. 17 SIWZ wskazuje jedynie, iż oferowane rozwiązanie techniczne miało:

- umożliwić inspekcję łożysk poprzecznych pompy i

- umożliwić korektę luzu tych łożysk,

bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp.

Zapisy SIWZ określają zatem jedynie cel jaki ma zostać osiągnięty, nie zawierają natomiast żadnych wymagań co do tego przy użyciu jakich rozwiązań technicznych cel ten ma być zrealizowany. W tym zakresie pozostawiono pełną swobodę Wykonawcom. Przywołana treść SIWZ nie określa ani zakresu inspekcji (na czym miałaby polegać i jak miała być realizowana przez Zamawiającego) ani zakresu korekty luzu łożysk (na czym miałaby polegać i jak miała być realizowana przez Zamawiającego). Powyższego nie określa także opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), gdzie zakresu i odniesienia się do funkcjonalności inspekcji i korekty luzu próżno szukać. W szczególności w treści SIWZ nie ma żadnych wymagań co do obecności, ilości, sposobu zainstalowania i zasady działania czujników mierzących luzy w szczelinach łożyskowych. Wykonawca nie był zobowiązany zapisami SIWZ do stosowania jakichkolwiek czujników i mógł zaoferować dowolny sposób inspekcji łożysk. W tej sytuacji kierowanie do Wykonawcy pytań o powyższe kwestie, a następnie czynienie zarzutu z tego, że Zamawiający uważa zaoferowany sposób inspekcji za niewystarczający nie ma podstaw formalnych. Wszelkie rozbieżności, czy nieścisłości treści oferty wynikające z rozbieżności treści SIWZ nie mogą negatywnie wpływać na danego wykonawcę, wykonawcy z powyższych postanowień SIWZ mogli wnioskować, iż przedmiot zamówienia ma zostać tak wykonany by zapewnić co najmniej dostęp do łożysk poprzecznych pompy oraz korektę luzu bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp.

Tymczasem przedłożone przez Odwołującego w ofercie, a następnie na wezwanie Zamawiającego dokumenty i wyjaśnienia poszły istotnie dalej wskazując zastosowane rozwiązania umożliwiające realizację wymagań Zamawiającego, podając nawet producentów zastosowanych czujników.

Jednocześnie zaznaczył Odwołujący, iż wobec zastrzeżenia treści oferty w zakresie rozwiązania technicznego (załącznik „I” do oferty) oraz treści wyjaśnień, szersze uzasadnienie stanowiska Odwołującego zostanie przedstawione na rozprawie w ramach

postępowania dowodowego. Podkreślono jednak, że zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, umożliwia spełnienie wszystkich wymogów SIWZ, czyli umożliwia inspekcję oraz korektę luzu wszystkich łożysk poprzecznych w pompie.

Zamawiający nie ma podstawy do zupełnie uznaniowej oceny możliwości przyznania Odwołującemu dodatkowej punktacji w określonym kryterium i w związku z tym jeżeli wymóg został spełniony, to powinien on przyznać odpowiednią punktacje w tym kryterium. Tym samym Zamawiający bezprawnie dokonał czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum i bezprawnie zaniechał wyboru w postępowaniu oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej według kryteriów oceny ofert, czym naruszył powołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp.

Z wyżej naprowadzonych okoliczności Odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, mogła zostać uznana za najkorzystniejszą biorąc pod uwagę bilans ceny i innych ocenianych elementów przedmiotu zamówienia. Odwołujący kwestionuje czynność badania i oceny ofert, w tym zaniechanie przyznania mu dodatkowych 5 punktów w ramach kryterium „dodatkowe rozwiązanie techniczne". Ewentualne ustalenie, że Zamawiający niezasadnie dokonał oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, prowadziłoby do konieczności nakazania unieważnienia tych czynności, czego efektem może być uzyskanie przez Odwołującego zamówienia publicznego. Natomiast szkoda jaką może on ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, których oferta została w postępowaniu uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą: (1) Sigma Polska Sp. z o.o. z/s w Gliwicach (Lider) i (2) Sigma Group a.s. z/s Lutin Republika Czeska (Partner) (dalej jako „Konsorcjum"). Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania, przesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, z uwzględnieniem informacji zastrzeżonych przez Wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba ustaliła, że:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej, wykonanie prac obiektowych oraz uruchomienie układu pomp wody chłodzącej po zrealizowaniu prac modernizacyjnych i pomiarów odbiorowych zgodnie ze szczegółowym zakresem i wymaganiami zawartymi w SIWZ. Celem modernizacji jest poprawa sprawności pomp wody chłodzącej oraz przystosowanie do aktualnych warunków pracy elektrowni poprzez zapewnianie odpowiedniego zakresu regulacji pomp. Regulacja wydajności będzie realizowana poprzez zmianę kąta ustawienia łopat. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał Załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z rozdziałem XVI Opis sposobu przygotowania oferty, pkt 24. do oferty obligatoryjnie należało dołączyć należy dołączyć rysunek techniczny wraz z opisem, na potwierdzenie, że zaproponowane rozwiązanie techniczne umożliwi inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korektę luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pompy.

W ramach ustalonych i opisanych w rozdziale XIX SIWZ kryteriów oceny ofert, Zamawiający ustalił, że przyznawał będzie punkty za „rozwiązanie techniczne" (5 pkt). W tym kryterium Wykonawca mógł uzyskać dodatkowe punkty, w przypadku gdy zaoferował w ofercie dodatkowe rozwiązanie techniczne, umożliwiające inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp, potwierdzone załączonym do oferty rysunkiem technicznym wraz z opisem. W przypadku nie zaoferowania przez Wykonawcę dodatkowego rozwiązania technicznego, umożliwiającego inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp, Wykonawca uzyskiwał 0 (zero) pkt.

W ramach pytań do SIWZ Wykonawcy pytali, czy wskazane w rozdziale XVI pkt 24 SIWZ wymaganie dotycz sytuacji, gdy Wykonawca decyduje się takie rozwiązanie zaoferować, Zamawiający odpowiedział, że brak dołączonego do oferty rysunku technicznego wraz z opisem technicznym rozwiązania będzie równoznaczny z niezaoferowaniem wskazywanego rozwiązania, wówczas Wykonawca uzyska 0 pkt w tym kryterium opisanym w rozdziale XIX SIWZ.

W ofercie Odwołującego znajdował się rysunek gabarytowy nr 4664 oraz opis techniczny, dokumenty oznaczono jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 4 kwietnia 2019 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w tym dotyczących kryterium „rozwiązanie techniczne". W ocenie Zamawiającego z przedstawionych z ofertą dokumentów nie można wywnioskować, że zaproponowane rozwiązanie techniczne umożliwi Zamawiającemu inspekcję łożysk poprzecznych pompy i korekty luzu tych łożysk w okresie między remontami bez konieczności demontażu układu przepływowego pomp. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia dokumentu, z którego jednoznacznie będzie wynikało, że oferowane rozwiązanie techniczne takie możliwości posiada.

Podobne wezwanie zostało wystosowane przez Zamawiającego do Konsorcjum.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył uzupełnienie opisu rozwiązania technicznego, zastrzegając dokument jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Na uzupełnione dokumenty składały się: uzupełniony opis, rysunek nr 4677 oraz opis mechanizmu korekty luzu łożysk poprzecznych przedstawiony w ofercie pierwotnej.

Konsorcjum uzupełniło dokumenty przez złożenie rysunku gabarytowego pompy i opis rozwiązania, zastrzegając dokumenty jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Następnie, w dniu 26 kwietnia 2019 roku, Zamawiający wystosował ponowne wezwanie, żądając od Odwołującego wyjaśnienia szczegółowo opisanych w wezwaniu kwestii odnoszących się do proponowanego rozwiązania technicznego, w tym zasady działania czujnika do pomiaru szczeliny.

Odwołujący odpowiadając na wezwanie załączył uchwałę Zarządu Spółki w przedmiocie zobowiązania do zachowania poufności informacji ujętych w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu na wezwanie oraz dodatkowe opisy i rysunki techniczne w zakresie wymaganym wezwaniem.

Zamawiający w dniu 9 lipca 2019 roku poinformował o wyniku postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę Konsorcjum, przyznając jej łącznie 94,04 punktów (cena - 88,09 pkt, sprawność pompy - 3 pkt, rozwiązanie techniczne - 5 pkt). Ofercie Odwołującego przyznano łącznie 91 punktów (cena - 90 pkt, sprawność pomp - 1 pkt, rozwiązanie techniczne - O pkt). Zamawiający szczegółowo poinformował Odwołującego, dlaczego w jego ocenie oferowane rozwiązanie techniczne nie spełnia wymogów określonych kryterium oraz zaznaczył, że w jego ocenie przez złożenie uzupełnionych dokumentów opisowych odnoszących się do rozwiązania technicznego doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty pierwotnej, co jest niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazanej Odwołującemu Zamawiający szczegółowo wskazał, dlaczego w jego ocenie nie było możliwe

przyznanie złożonej ofercie dodatkowych 5 punktów i dlaczego Zamawiający uważa, że rozwiązanie proponowane przez Odwołującego nie spełnia celu opisanego kryterium, to jest nie pozwala na przeprowadzenie inspekcji i dokonanie korekty luzu bez demontażu układu przepływowego pompy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że w żadnym miejscu uzasadnienia zarzutów Odwołujący nie przedstawił .merytorycznego (technicznego) uzasadnienia, wskazującego na możliwość dokonania takiej oceny, w szczególności nie podjął merytorycznej polemiki z argumentacją Zamawiającego, przytoczoną w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wskazał jedynie, że wobec treści oferty w zakresie rozwiązania technicznego oraz treści wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, szersze uzasadnienie stanowiska przedstawi na rozprawie w ramach postępowania dowodowego. W ocenie Zamawiającego nieprzedstawienie w odwołaniu uzasadnienia merytorycznego stanowiska co do uzasadnienia decyzji o nieprzyznaniu punktów nie pozwala Zamawiającemu ewentualne zweryfikowanie prawidłowości podjętych przez niego czynności przed wniesieniem odwołania i dokonanie oceny zasadności zarzutów prezentowanych w odwołaniu. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący przyjmując taką strategię w odwołaniu nie postawił skutecznie zarzutu zaniechania przyznania przez Zamawiającego jego ofercie punktów w kryterium technicznym, wobec czego Zamawiający, na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wnosił o nieorzekanie przez Izbę co do tego zarzutu.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie powinno m.in. zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, prawidłowo sformułowany zarzut stanowi wskazanie nie tylko naruszonego przepisu prawa, ale do jego rozpoznania konieczne jest przedstawienie przede wszystkim okoliczności faktycznych uzasadniających zarzucane przez Odwołującego naruszenie tego przepisu. O ile bowiem z okoliczności faktycznych możliwe jest wyinterpretowanie przez organ orzekający jaki przepis został naruszony, o tyle bez uzasadnienia w okolicznościach faktycznych zarzucanego naruszenia, nie jest możliwe rozpoznanie zarzutu i uwzględnienie żądań zawartych w odwołaniu.

Postępowanie dowodowe służy natomiast jedynie prezentowaniu dowodów potwierdzających okoliczności faktyczne (uzasadniające wniesienie odwołania) które muszą zostać w sposób wyczerpujący przedstawione w samym odwołaniu a nie rozszerzaniu stanowiska de facto nie przedstawionego w odwołaniu. Dowody mogą być powoływane aż do zamknięcia rozprawy, niemniej jednak — w świetle art. 190 ust. 1 ustawy PZP — mogą być one wskazywane dla stwierdzenia faktów, z których odwołujący wywodzi skutki prawne. W ramach postępowania dowodowego nie jest dopuszczalne przedstawianie „szerszego uzasadnienia stanowiska Odwołującego", które w tym przypadku będzie jedynym uzasadnieniem merytorycznym (technicznym) powodów, dla których Zamawiający powinien przyznać punkty ofercie Odwołującego. Nie jest uzasadnieniem dla takiego stanu powoływana przez Odwołującego okoliczność, że w tym zakresie oferta Odwołującego korzysta z ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający jedynie z ostrożności procesowej odniósł się do stanowiska Odwołującego, w tym w części niejawnej odpowiedzi do elementów związanych z zaoferowanym rozwiązaniem technicznym.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, wskazywał, że całokształt informacji przedstawionych przez Odwołującego w ofercie, złożonych wyjaśnieniach nie pozwalały Zamawiającemu na merytoryczną ocenę warstwy technicznej oferty, która umożliwiłaby przyznanie dodatkowych punktów w ramach ustalonego kryterium.

Odwołujący na rozprawie podtrzymał stanowisko przedstawione w odwołaniu, wnosił o jego uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę przedstawione przez Strony i Uczestnika postępowania stanowiska oraz ustalony przez Izbę stan faktyczny, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i musiało zostać oddalone w całości.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie o niedoskonałości skonstruowania i prezentacji zarzutów odwołania. Choć formalnie Odwołujący wskazywał na zaniechanie przez Zamawiającego wykonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w sytuacji, gdy oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, w tym spełnia kryterium „rozwiązanie techniczne" (pkt XIX ppkt 1 l.p. 3 SIWZ), czym Zamawiający naruszyć miał art.

7 ust 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 PZP, to jednak w tym zakresie nie przedstawiono jakiejkolwiek argumentacji merytorycznej polemizującej z oceną oferty przedstawioną Odwołującemu przez stronę zamawiającą w informacji o wyniku postępowania. Odwołujący w odwołaniu ograniczył się do ogólnych twierdzeń w zakresie oceny zapisów SIWZ, w tym niedoskonałości opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu kryteriów oceny ofert i sposobu weryfikacji ofert w dodatkowym kryterium. W żadnym jednak miejscu odwołania, a w szczególności w uzasadnieniu merytorycznym przedstawianych zarzutów, nie odniesiono się do otrzymanej oceny warstwy technicznej własnej oferty. Odwołujący podniósł jedynie, że wobec zastrzeżenia treści oferty w zakresie rozwiązania technicznego (załącznik „I" do oferty) oraz treści wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa, szersze uzasadnienie stanowiska Odwołującego zostanie przedstawione na rozprawie w ramach postępowania dowodowego.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że prawidłowe skonstruowanie zarzutu polega nie tylko na przytoczeniu brzmienia, czy wskazaniu przepisu ustawy, który został naruszony, ale właściwie przede wszystkim na przedstawieniu okoliczności faktycznych, które w ocenie Odwołującego do tego naruszenia doprowadziły. Jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przypisanie określonych okoliczności faktycznych do konkretnego przepisu może zostać przez Izbę wyinterpretowane ze stanowiska merytorycznego, o tyle brak opisania szczegółowo z jakimi elementami, w tym przypadku oceny własnej oferty przez Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, nie pozwala na uwzględnienie tak postawionego zarzutu i uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań Zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać z urzędu, wychodząc poza zarzuty oraz - stanowiące ich odzwierciedlenie - żądania i wnioski odwołania.

W orzecznictwie podkreśla się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego.

Te postulaty znajdują wyraz w stawianych zarzutach oraz - a może przede wszystkim - w odpowiadających im żądaniach. Postępowanie odwoławcze nie służy bowiem przedstawieniu ogólnego niezadowolenia wykonawcy z określonych czynności lub zaniechań Zamawiającego, ale zmierza do uzyskania pewnego - czyniącego zadość interesom Odwołującego - stanu, znajdującego wyraz w postawionych zarzutach i żądaniach. Przypomnienia wymaga, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu. Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami, Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

W konsekwencji, zgodzić się trzeba, że na gruncie analizowanej sprawy, postawienie ogólnych, wręcz blankietowych zarzutów w zakresie brzmienia SIWZ, arbitralnego sposobu oceny ofert, braku opisu sposobu oceny ofert w ramach ustalonych kryteriów, mogło stanowić przeszkodę dla Zamawiającego w ustaleniu intencji Odwołującego i uniemożliwiać ewentualną decyzję w przedmiocie uwzględnienia odwołania. Słuszne zatem były zastrzeżenia Zamawiającego wyartykułowane w odpowiedzi na odwołanie, co do braku czytelnych i precyzyjnych zarzutów w powyższym zakresie.

Odwołujący ma obowiązek precyzyjnie wskazać jakie okoliczności faktyczne w ramach procesu badania i oceny ofert przeprowadzonego przez Zamawiającego nie są zgodne z przepisami i naruszają interesy Wykonawcy. Odwołujący tymczasem kilkukrotnie na rozprawie powtórzył, że polemizowanie ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej uważa za bezcelowe. Jest to postawa budząca co najmniej zdziwienie Izby, zwłaszcza że stanowisko merytoryczne Zamawiającego było dosyć rozbudowane, konkretyzowało precyzyjnie jakie elementy proponowanego rozwiązania technicznego budzą wątpliwości Zamawiającego, w jakich elementach Zamawiający upatruje niemożliwość osiągnięcia ustalonego przez kryterium oceny zakładanego celu, to jest umożliwienia przeprowadzenia inspekcji i korekty luzu bez potrzeby demontażu układu przepływowego pompy. Odwołujący dopiero w ramach części niejawnej rozprawy próbował polemizować z tymi twierdzeniami, co należy uznać za działania spóźnione. O ile przydatne byłoby złożenie w ramach postępowania dowodowego dodatkowych opinii sporządzonych przez pracowników uczelni wyższych specjalizujących się w danej dziedzinie przy prawidłowo wniesionym odwołaniu, o tyle wobec braku zarzutów w zakresie oceny działań Zamawiającego w ramach procesu badania i oceny ofert, te opinie były całkowicie nieprzydatne do rozstrzygnięcia sporu i przyznania racji Odwołującemu. Odwołanie nie zawierało bowiem elementów merytorycznych, do których te opinie się odnosiły.

Dostrzeżenia wymaga, że nie może być usprawiedliwieniem dla postawy Odwołującego okoliczność zastrzeżenia informacji składających się na proponowane rozwiązanie techniczne jako tajemnicy przedsiębiorstwa, czy też powoływanie się na prawo patentowe. Ustawa Pzp i przepisy wykonawcze do niej zabezpieczają w tym zakresie słuszne interesy Wykonawcy. Tak treść oferty, jak treść odwołania mogą zostać przedstawione w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa, w formie zastrzeżonych załączników, a stanowisko procesowe w ramach wyłączenia jawności rozprawy.

Postępowanie dowodowe na rozprawie nie jest momentem, w którym Odwołujący może stanowisko właściwe dla zarzutów zaprezentować. Ten etap postępowania odwoławczego służy pogłębionej prezentacji tez i okoliczności opisanych w ramach złożonego środka ochrony prawnej. Ma dodatkowo potwierdzić okoliczności faktyczne/merytoryczne opisane w odwołaniu. Jest przedstawieniem dodatkowej argumentacji dla faktów opisanych w odwołaniu, nie zaś momentem pierwotnego ujawnienia postawy Odwołującego. Umożliwienie Odwołującemu postawienia zarzutów dopiero w ramach postępowania dowodowego i to dopiero na rozprawie przed Izbą, stawiałoby go w uprzywilejowanej sytuacji w odniesieniu do pozostałych stron postępowania odwoławczego. Stanowiłoby de facto przywrócenie terminu na wniesienie odwołania i umożliwienie naprawienia merytorycznych ułomności odwołania.

Sam zaś fakt składania się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty i dodatkowych wyjaśnień nie oznacza, że te automatycznie stają się elementem okoliczności faktycznych odwołania i nie muszą być ponownie przytaczane w ramach konkretnie określonego zarzutu. Z dokumentów, a zwłaszcza ze sposobu ich oceny przez Zamawiającego, wywodzić można różne wnioski i właśnie te powinny być przedstawione w prawidłowo skonstruowanym zarzucie.

Co do pozostałych kwestii poruszonych w odwołaniu, to skład orzekający Izby podkreśla, że wszelkie zarzuty kierowane do treści zapisów SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia, czy też sposobu oceny ofert i ustalonych kryteriów oceny ofert, stosowanych definicji używanych pojęć, uznać należy za spóźnione. Odwołujący, czy też inne podmioty, na wstępnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zgłaszały zastrzeżeń w odniesieniu do zapisów SIWZ. Jeżeli Odwołujący uważał, że opis kryterium, w tym opis sposobu przyznawania punktów w ramach danego kryterium jest ubogi, lakoniczny, pozwala na arbitralną ocenę, mógł ten stan rzeczy naprawić przez wniesienie odwołania, czego nie uczynił. Można było również zwrócić się o wyjaśnienie treści SIWZ w ramach pytań do Zamawiającego. Takich pytań w dokumentacji przesłanej Izbie brakuje. Zapisy te przyjęły więc charakter ostatecznych i wiążą zarówno Zamawiającego, Wykonawców i Izbę. Również jeżeli Odwołujący uważał, że ustalone kryterium oceny nie jest związane z opisem przedmiotu zamówienia, winien był zareagować. Z drugiej strony w odwołaniu sam Odwołujący stwierdził, że postanowienia SIWZ są jednoznaczne i zrozumiałe. Trudno więc ostatecznie domyślić się jaką właściwie postawę prezentuje Odwołujący.

Nie sposób także zgodzić się z twierdzeniami odwołania, że celem samym w sobie dla ustalonego kryterium było złożenie rysunku i opisu w przypadku oferowania dodatkowego rozwiązania technicznego bez przeprowadzenia przez Zamawiającego analizy poprawności działania danego rozwiązania, co pozwalało Wykonawcy uzyskać dodatkowe 5 punktów.

A przyznanie dodatkowych punktów w ramach kryterium winno nastąpić zawsze w przypadku złożenia rysunku i opisu, bez względu na to, czy inne elementy wyznaczone kryterium zostały osiągnięte. Jak słusznie podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący doskonale zidentyfikował cel ustalonego kryterium, to jest zapewnienie co najmniej dostępu do łożysk poprzecznych pompy oraz korektę luzu bez konieczności demontażu układu przepływowego pompy. Taką właśnie możliwość miało potwierdzać oferowane rozwiązanie, którą wykazać należało rysunkiem i opisem składanym wraz z ofertą. Nie wystarczyło złożenie ogólnego oświadczenia w ofercie o spełnieniu powyższego celu, a także złożenie rysunku i opisu, który w konkretny sposób nie był zbieżny z wymogami Zamawiającego. Rysunek i opis miały potwierdzać, że możliwe jest przeprowadzenie inspekcji i korekta luzu bez konieczności demontażu układu przepływowego pompy. Rysunek miał przyjąć postać rysunku technicznego, opis miał uzupełniać elementy rozwiązania przedstawione graficznie. Jeżeli otrzymane z ofertą dokumenty budziły wątpliwości Zamawiającego, wymagały złożenia dodatkowych wyjaśnień, jak najbardziej celowym i wskazanym było skorzystanie z art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp. Prawdą jest, że Zamawiający określił jedynie główne ramy dla dodatkowego rozwiązania technicznego, określono bowiem cel dla rozwiązania, natomiast sposób realizacji tego celu wybierali wykonawcy. Kluczowe znaczenie dla oceny oferty i możliwości przyznania jej dodatkowych punktów miał właśnie przyjęty sposób rozwiązania problemu dla realizacji założonego celu ujęty w ramach prezentacji. To do wykonawcy należało takie zaprezentowanie rozwiązania, by wynikało z prezentacji jak zakładany cel zostanie osiągnięty. Informacje w ofercie musiały być na tyle szczegółowe, by pokazywać w jaki sposób uzyskiwany będzie dostęp do łożysk (czyli właśnie inspekcja łożysk) i przy użyciu jakich mechanizmów następowała będzie korekta luzu przy jednoczesnym założeniu, że nie dojdzie do demontażu układu przepływowego pompy. Złożenie jakiejkolwiek prezentacji i opisu nie było celem samym w sobie. Swoboda wykonawców realizowana była przez wybór rozwiązania, nie dowolność prezentacji. Wykonawca w każdym przypadku zobowiązany był do wykazania prezentacją rozwiązania, że nie jest konieczny demontaż elementów pompy, możliwa jest między remontami inspekcja elementów pompy i dokonanie korekty luzu. Wykonawca wybierał sposób działania, ale efekt końcowy, do którego wybrany sposób miał doprowadzić, był jasno przez Zamawiającego określony. Pozostawiając na boku ocenę tej części oferty Odwołującego przeprowadzoną przez Zamawiającego, z uwagi na argumentację przedstawioną we wcześniejszych etapach niniejszego orzeczenia (czyli brak sformułowania konkretnych zarzutów co do tej oceny), dostrzeżenia wymaga, że celem kryterium nie jest złożenie jakichkolwiek dokumentów, tylko dokumentów potwierdzających realizację celu założonego w kryterium. Ten cel w ustalonym w postępowaniu kryterium oceny ofert był jasno przez Zamawiającego sprecyzowany. Do wykonawców zaś należało przedstawienie takich dokumentów, które pozwolą Zamawiającemu ocenić, czy dane założenia rozwiązania technicznego umożliwią realizację założeń kryterium. Odwołanie nie polemizowało z przeprowadzoną merytoryczną oceną zaoferowanego przez Odwołującego rozwiązania, więc wszelka przedstawiona w tym zakresie na rozprawie argumentacja, nie mogła być brana pod uwagę przez Izbę przy rozstrzygnięciu sporu.

W kontekście zgłoszonych w odwołaniu wniosków o przeprowadzenie dowodu z oferty wybranego Konsorcjum, czy oferta ta zawiera rysunek techniczny wraz z opisem rozwiązania technicznego (...), a jeśli tak, jak zostało to pokazane i opisane przez Konsorcjum w ofercie, w szczególności w zestawieniu z oczekiwaniami Zamawiającego formułowanymi w skierowanych do Odwołującego wezwaniach z 4.04.2019 r. i 26.042019 r., zauważyć należy, że jest to dowód zbędny dla rozstrzygnięcia sporu. Odwołujący w odwołaniu w żaden sposób nie kwestionował zasadności oceny i przyznania punktów ofercie Konsorcjum. Przedmiotem odwołania nie był również sposób rozumienia zapisów SIWZ, a to Odwołujący winien w odwołaniu i na rozprawie wykazać, że jego oferta, a w szczególności przedstawione rozwiązanie techniczne spełnia wymagane w SIWZ funkcjonalności pozwalające na przyznanie dodatkowych 5 pkt, czego nie uczynił.

Reasumując Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: