

Sygn. akt: KIO 3334/23

WYROK

z dnia 23 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez wykonawcę **TIOMAN Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** Ostaszewo 57E, 87-148 Łysomice w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie**, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa

przy udziale wykonawców:

A. **Erplast Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Witebska 27, 85-778 Bydgoszcz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

B. **Industrial Plant Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce** z siedzibą we Wrocławiu, ul. Gwiaździsta 10/10, 53-413 Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie na rzecz TIOMAN Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonych wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3334/23

Uzasadnienie

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Dostawa i montaż 300 gniazd szybkiego montażu słupków do znaków drogowych w podanych lokalizacjach na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego z podziałem na 3 części”, numer referencyjny: 240/23.

Ogłoszenie zostało zamieszczone w dniu 2 października 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00423571.

2 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Industrial Plant Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce. Wykonawca TIOMAN Group sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec tej czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której Zamawiający przyjął niewłaściwą interpretację treści Opisu Przedmiotu Zamówienia, w wyniku której Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia, czym

naruszył również zasady uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców;

2)art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Industrial Plant Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, mimo, że ofertą najkorzystniejszą jest oferta Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. Ostaszewo 57E, 87-148 Łysomice, która jest zgodna z warunkami zamówienia, czym naruszył również zasady uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zobowiązanie Zamawiającego do:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem konsekwencji stawianych Zamawiającemu zarzutów;
- 5) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- 1) Opisu przedmiotu zamówienia załączony do postępowania,
- 2) Pytania nr 2 Wykonawcy i Odpowiedź Zamawiającego,
- 3) Informacji z otwarcia ofert,
- 4) Wezwania Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty,
- 5) Odpowiedzi Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. na wezwanie do złożenia wyjaśnień z pkt 4,
- 6) Dodatkowego wezwania Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty,
- 7) Odpowiedzi Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. na dodatkowe wezwanie do złożenia wyjaśnień z pkt 6,
- 8) Krajowej Oceny Technicznej wyrobu oferowanego przez Wykonawcę TIOMAN Group Sp. z o.o.,
- 9) Krajowej Oceny Technicznej wyrobu oferowanego przez Wykonawcę Industrial Plant Limited Sp. z o.o. Wrocław.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że w dniu 10.10.2023 Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 2 zadane przez jednego z wykonawców, na podstawie, której dokonał zmiany w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”). W dniu 13.10.2023 roku Zamawiający dokonał otwarcia ofert, w którym stwierdzono złożenie ofert przez 4 wykonawców. W dniu 17.10.2023 r Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny oferty, a na co Wykonawca w dniu 20.10.2023 przesłał wyjaśnienia wraz z załącznikami, w tym Krajową Oceną Techniczną.

Następnie Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty. Odwołujący w celu odpowiedzi na wezwanie w zakresie treści złożonej oferty zwrócił się do Producenta gniazd montażowych o pomoc w celu udzielenia Zamawiającemu jak najdokładniejszej odpowiedzi. W dniu 26.10.2023 Wykonawca złożył dodatkowe wyjaśnienia. Odwołujący stwierdził, że początkowo, to jest na etapie ogłoszenia postępowania miał zamiar złożenia oferty z zastosowaniem gniazd producenta NAL PRODUCTS Ltd, które to gniazda zaoferował w swojej ofercie Wykonawca Industrial Plant Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce.

Jednak po zmianie OPZ wprowadzonej przez Zamawiającego wyłączającej zapisy mogące dyskryminować niektórych Wykonawców lub ich rozwiązania techniczne firma TIOMAN Group Sp. z o.o. zdecydowała się skorzystać z gniazda innego producenta – w tym przypadku gniazda montażowego GM firmy Erplast sp. z o.o. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego dowodziły, że proponowane w ofercie tego Producenta gniazdo spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty, a w szczególności jej uzasadnienie w opinii Odwołującego świadczy o błędnej interpretacji treści zapisów OPZ, których Zamawiający jest autorem.

Odwołujący podał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający używa zwrotów i słów, które w wyjaśnieniach Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. nie zostały użyte, ani nie uprawniały Zamawiającego do zmiany zasadniczych sformułowań tam zawartych. Nigdzie w odpowiedzi Wykonawcy (otrzymanej od producenta) nie wskazuje on na budowę modułową urządzenia, wręcz przeciwnie jest mowa o budowie monoblokowej.

Pojęcia pod nazwą "budowa modułowa" oraz "budowa monoblokowa" zostały przez Zamawiającego zdefiniowane w sposób odbiegający od ogólnie przyjętej wiedzy z zakresu technologii i budowy, według której budowa modułowa, to technologia, która polega na szybkim budowaniu (na budowie lub na miejscu montażu) opartym na łączeniu wcześniej przygotowanych w fabryce (wytwórni) elementów - np. modułowa budowa domów, modułowa budowa komputerów itp. Części, które Zamawiający zalicza to tzw. "korpusu" Gniazda Producenta Erplast nie stanowią modułów, które trzeba ze sobą łączyć w terenie. Natomiast „budowa monoblokowa” polega na tym, iż wszystkie części danego urządzenia są

montowane do jednego elementu lub są w nim zamknięte. Zatem Gniazdo GM Produkcji Erplast nie posiada budowy modułowej oraz ma budowę monoblokową. Po drugie część z treści opisu Zamawiającego odnoszącej się do wykonania gniazda cyt. „Gniazdo o płaskiej podstawie powinno być wykonane z odpornego na uszkodzenia i korozję staliwa, odlewów stalowych lub żeliwnych w postaci monobloku, pod warunkiem, że będzie ono odporne na odkształcenia. Dopuszcza się także gniazda wykonane ze stali nierdzewnej, bądź zabezpieczone powłoką antykorozyjną naniesioną ogniowo lub galwanicznie (ocynk)”, w ogóle nie wynika obowiązek wykonania gniazda w postaci odlewu, czy też monobloku, bowiem jeśli Zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z art. 99, ust. 1 Pzp, to zgodnie z treścią OPZ dopuścił również wszystkie inne wykonania gniazda, o ile zostaną wykonane ze stali nierdzewnej bądź z innej stali, o ile zostanie zabezpieczona powłoką antykorozyjną. Jednak wbrew tym zapisom Zamawiający obstaje przy wymogu, którego Wykonawca oferujący alternatywne rozwiązania spełnić nie musiał. Gdyby Zamawiający zastosował inne zapisy, np. „Gniazdo o płaskiej podstawie powinno być wykonane z odpornego na uszkodzenia i korozję staliwa, odlewów stalowych lub żeliwnych lub odlewów ze stali nierdzewnej lub innych odlewów stalowych w postaci monobloku zabezpieczonych powłoką antykorozyjną naniesioną ogniowo lub galwanicznie (ocynk) i odpornych na odkształcenia”, lub: „Gniazdo o płaskiej podstawie powinno być wykonane z odpornego na uszkodzenia i korozję staliwa, odlewów stalowych lub żeliwnych w postaci monobloku, pod warunkiem, że będzie ono odporne na odkształcenia. Dopuszcza się także gniazda wykonane z odlewów ze stali nierdzewnej bądź innych odlewów stalowych w postaci monobloku zabezpieczonych powłoką antykorozyjną naniesioną ogniowo lub galwanicznie (ocynk) i odpornych na odkształcenia”, to istotnie miałyby podstawy domagać się spełnienia wymagań, które stały się podstawą odrzucenia oferty Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. Tak się jednak nie stało.

W związku z powyższym odrzucona oferta spełnia wymogi określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Ponadto argumentacja Zamawiającego budzi wątpliwości Odwołującego, co do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego oraz celu realizacji Przedmiotu Zamówienia, jeżeli pomimo nie budzących wątpliwości zapisów OPZ Zamawiający próbuje w uzasadnieniu odrzucenia oferty preferować określone rozwiązania technologiczne, co samo w sobie stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Do odwołania zostały dołączone dowody wskazane w treści uzasadnienia: opis przedmiotu zamówienia załączony do postępowania, pytanie nr 2 Wykonawcy i Odpowiedź Zamawiającego, informacja z otwarcia ofert, wezwanie Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, odpowiedź Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. na wezwanie do złożenia wyjaśnień, dodatkowe wezwanie Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty,

odpowiedź Wykonawcy TIOMAN Group Sp. z o.o. na dodatkowe wezwanie do złożenia wyjaśnień, Krajowa Ocena Techniczna wyrobu oferowanego przez Wykonawcę TIOMAN Group Sp. z o.o., Krajowa Ocena Techniczna wyrobu oferowanego przez Wykonawcę Industrial Plant Limited Sp. z o.o. Wrocław.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Z zachowaniem wymogów ustawowych zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy: Erplast Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Przystępujący Erplast”) - po stronie Odwołującego oraz Industrial Plant Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący Industrial” lub „IPL”) - po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikami postępowania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do odwołania, a także złożone na rozprawie przez:

- Odwołującego - w postaci dwóch plików zdjęć, pierwszy odnoszący się do gniazda Przystępującego Erplast (sztuk 2), drugi odnoszący się do gniazda Przystępującego IPL (sztuk 4).
- Przystępującego Erplast w postaci dwóch druków ze stron internetowych, pierwszy dotyczący pompy ciepła monoblok (7 str.), drugi dotyczący definicji budynków modułowych (3 str.)
- Zamawiającego w postaci wydruku ze strony internetowej Erplast sp. z o.o. dotyczącego gniazd montażowych

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Jak wynika z OPZ:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż 300 gniazd szybkiego montażu słupków do znaków drogowych, umożliwiających montaż słupków o średnicy 60mm w podanych lokalizacjach na drogach wojewódzkich województwa mazowieckiego.

Gniazdo o płaskiej podstawie powinno być wykonane z odpornego na uszkodzenia i korozję staliwa, odlewów stalowych lub żeliwnych w postaci monobloku, pod warunkiem, że będzie ono odporne na odkształcenia. Dopuszcza się także gniazda wykonane ze stali nierdzewnej, bądź zabezpieczone powłoką antykorozyjną naniesioną ogniowo lub galwanicznie (ocynk).

Wszystkie elementy gniazda powinny być wytrzymałe na uszkodzenia mechaniczne, odporne na zmiany temperatur, działanie warunków atmosferycznych oraz chlorków sodu. Gniazdo powinno zapewniać łatwą i szybką obsługę i montaż oznakowania.

W ramach zamówienia Wykonawca przeprowadzi szkolenia/prezentacje procesu montowania gniazd w terenie dla każdego z Rejonów Drogowych. Szkolenie powinno obejmować przedstawienie i omówienie całego procesu montażu gniazd wraz z pokazaniem omawianych czynności w praktyce. Ilość osób biorących udział w szkoleniu ze strony poszczególnych Rejonów Drogowych nie będzie przekraczać czterech osób. Szkolenie odbywać się będzie w czasie prowadzenia przez Wykonawcę prac terenowych związanych z realizacją zadania w danym Rejonie Drogowym, a zakres i termin szkolenia ustalany będzie z osobą nadzorującą prace terenowe.

2. Zamówienie dotyczy:

- dostarczenie i montaż gniazd w podanych lokalizacjach,
- demontaż oznakowania pionowego C-9 + U-5a na azylu i ponowny montaż wgnieździe,
- odtworzenie nawierzchni azylu w miejscu montażu gniazda,
- przeprowadzenie szkolenia / prezentacji procesu montowania gniazd w terenie.

3. Gniazda należy zamontować w lokalizacjach zgodnie z załącznikiem nr 1.

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podał:

Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) odrzucił ofertę złożoną przez TIOMAN GROUP Sp. z o. o., Ostaszewo 57 E, 87-148 Łysomice gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy PZP poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do określenia lub opisanego warunków zamówienia służą dokumenty zamówienia, w tym SWZ. Obowiązkiem Wykonawcy jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego oczekiwaniom Zamawiającego wyartykułowanym w SWZ

W niniejszym postępowaniu w załączniku nr III do SWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” Zamawiający jednoznacznie określił wymagania dotyczące zamawianych gniazd szybkiego montażu. Zamawiający wskazał aby zaoferowane gniazda miały postać monobloku z użyciem materiałów odpornych na korozję (staliwo, odlew stalowy lub żeliwny, stal nierdzewna lub z powłoką antykorozyjną).

W toku badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 17.10.2023 r wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotowego zamówienia. W dniu 20.10.2023 r. Wykonawca przedłożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami. W toku analizy złożonych dokumentów nasunęły się Zamawiającemu wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia czy w oferowanym przez Wykonawcę rozwiązaniu: rura kwadratowa i płyty górna i dolna są elementami modułowymi tworzącymi gniazdo i w jaki sposób są ze sobą połączone, czy też są jednolitym odlewem tworzącym korpus gniazda. Z wyjaśnień Wykonawcy jednoznacznie wynika, że oferowane przez niego gniazda posiadają budowę modułową, złożoną z kilku oddzielnych elementów metalowych, połączonych ze sobą metodą spawania i w ten sposób tworzącą korpus gniazda szybkiego montażu. Warunek zaoferowanego gniazda w postaci monoblokowej nie został spełniony, a więc oferowane przez Wykonawcę gniazdo nie jest zgodne z Opisem Przedmiotu Zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO/UZP 1 093/08), co w przedmiotowym przypadku zostało całkowicie wypełnione.

Reasumując w świetle powyższego Zamawiający odrzuca ofertę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak na wstępie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Ad zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 16 pkt 1- 3 ustawy Pzp

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przy czym przez warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Dla wypełnienia się przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie, konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, czyli co i z jakiego względu jest niezgodne z określonymi, jednoznacznie opisanymi warunkami zamówienia. Wystąpienie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest podstawą odrzucenia oferty wówczas, gdy niezgodność ta ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Z uwagi bowiem na przepis art. 223 ust. 2 ustawy Pzp konieczne jest ustalenie czy w okolicznościach danej sprawy możliwe jest ustalenie treści złożonego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy i dokonanie poprawy omyłek w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, w tym zasadami, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Przechodząc na grunt analizowanej sprawy, na wstępie zauważenia wymaga, że w OPZ Zamawiający nie odnosił wymogu dotyczącego postaci monobloku jedynie do korpusu gniazda, lecz do gniazda montażowego będącego przedmiotem zamówienia, którego opis w OPZ został powyżej przedstawiony. Nadto jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego na rozprawie nie wymagał na etapie składania ofert określenia jakiego rodzaju gniazdo jest przedmiotem oferty danego wykonawcy. Weryfikacja w tym zakresie miała nastąpić dopiero po podpisaniu umowy z wybranym wykonawcą.

W sprawie zwraca również uwagę, że Odwołujący zaoferował gniazda producenta Erplast sp. z o.o., który także złożył ofertę w postępowaniu, a oferta ta pomimo, iż wykonawca Erplast sp. z o.o. zaoferował sam produkt co Odwołujący, nie została odrzucona przez Zamawiającego.

W okolicznościach analizowanej przedmiotem sporu jest sposób interpretacji postanowienia OPZ zmienionego w wyniku odpowiedzi na pytanie wykonawcy nr 2, w którym Zamawiający wskazał: *„Gniazdo o płaskiej podstawie powinno być wykonane z odpornego na uszkodzenia i korozję staliwa, odlewów stalowych lub żeliwnych w postaci monobloku, pod warunkiem, że będzie ono odporne na odkształcenia. Dopuszcza się także gniazda wykonane ze stali nierdzewnej, bądź zabezpieczone powłoką antykorozyjną naniesioną ogniowo lub galwanicznie (ocynk)”*

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, jednoznacznie określił on wymagania dotyczące zamawianych gniazd szybkiego montażu, tj. gniazdo powinno być wykonane z materiałów wskazanych w przywołanym powyżej fragmencie OPZ w obydwu ww. zdaniach oraz - jak stwierdził na rozprawie - przynajmniej korpus gniazda powinien być wykonany w postaci monobloku.

Zdaniem Odwołującego natomiast dwa wyżej wymienione zdania OPZ należy interpretować rozłącznie. W ocenie Odwołującego pierwsze zdanie, w którym jest mowa o monobloku, określa jeden rodzaj gniazda, natomiast drugie zdanie oznacza dopuszczenie innego rodzaju gniazda, tj. gniazda równorzędnego do określonego w pierwszym zdaniu. Niezależnie od tego, w ocenie Odwołującego, zaoferowane przez niego gniazdo odpowiada przedstawionej przez niego w odwołaniu definicji monobloku, podczas gdy gniazdo zaoferowane przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie jest wykonane w postaci monobloku, a jedynie jego korpus.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy trudno zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, z którego wynika, że powyższy fragment OPZ zawiera jednoznaczne określenie wymagań dotyczących zamawianych gniazd szybkiego montażu, a okoliczność, iż elementy gniazda montażowego zaoferowanego przez Odwołującego są połączone metodą spawania miałyby przesądzać o tym, że oferta tego wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W szczególności zaznaczenia wymaga, że Zamawiający nie podał w SWZ definicji monobloku. Nie wykazał też, aby istniał jeden powszechnie przyjęty sposób rozumienia tego terminu w odniesieniu do gniazd montażowych.

Także na rozprawie był problem z przedstawieniem sposobu rozumienia tego terminu w odniesieniu do przedmiotowych gniazd, nie zostały w tym zakresie przedłożone miarodajne dowody.

Dowody złożone przez Przystępującego Erplast odnoszą się do pomp ciepła monoblok oraz definicji budynków modułowych, zaś dowód złożony przez Zamawiającego wskazuje m.in. na budowę modułową gniazd, której to definicji również nie zawiera SWZ, i której Zamawiający nie wyklucza w ww. drugim zdaniu wymogu dotyczącego gniazd. Zdaniem Przystępującego Erplast budowa modułowa to taka, gdzie części są przygotowywane w fabryce a jedynie składane w danym miejscu np. na budowie, zaś budowa monoblokowa wskazuje, że nie tylko odlew jest monoblokiem, bowiem chodzi o system zapewniający zintegrowanie wyrobu w całość, a zatem nie tylko odlew, ale też spawanie czy zgrzewanie zapewnia taką integrację. Według Przystępującego Erplast jego produkt jest bardziej monoblokowy niż produkt IPL, który składa się z trzech części niepołączonych stale, lecz połączonych za pomocą wkrętów dociskowych, tj. nietrwałych połączeń mechanicznych, produkt IPL jest bardziej modułowy.

Zamawiający nie zgodził się z definicją monobloku przedstawioną w odwołaniu, ponieważ jego zdaniem odnosi się ona do dużych i skomplikowanych urządzeń, np. pomp ciepła, zaś oferowane gniazda montażowe to prosta konstrukcja, a z definicji wynikającej z materiałoznawstwa, na której się opiera Zamawiający wynika, że chodzi o jedną bryłę, przy czym wystarczy, że korpus jest odlewem, ponieważ jest to element odpowiadający za całość konstrukcji, natomiast kwestia słupków i dobranie pozostałych elementów należy do wykonawcy, który będzie wykonywał to zamówienie.

Z kolei Przystępujący Industrial w zgłoszeniu przystąpienia wskazał, że zgodnie z ww. postanowieniem OPZ gniazdo winno stanowić monoblok, a więc powinno być jednym elementem, a nie połączonymi, choćby w sposób stały, modułami.

Następnie zauważyć należy, że w pierwszym zdaniu po przecinku Zamawiający wskazał na odlewy w postaci monobloku, co może oznaczać, że zdaniem Zamawiającego odlew nie zawsze ma postać monobloku, zaś w drugim zdaniu nie wskazał na postać monobloku.

Nie można zatem wykluczyć interpretacji spornego warunku prezentowanej przez Odwołującego, tym bardziej, że inaczej niż w OPZ, Zamawiający postać monobloku po terminie składania ofert odnosi jedynie do korpusu gniazda, którego to terminu nie użył ww. opisie w OPZ, a jak wynika z dowodów w postaci zdjęć gniazd montażowych zaoferowanych przez Odwołującego oraz Przystępującego Industrial, złożonych na rozprawie przez Odwołującego, ze wskazaniem, że odzwierciedlają one to, co wynika z Krajowej Oceny Technicznej, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, zaoferowane przez Przystępującego Industrial gniazdo składa się nie tylko z korpusu, ale też z rury stalowej oraz podstawy, które to elementy, jak stwierdzili Odwołujący i Przystępujący Erplast, są połączone wkrętami, a zatem nie są to elementy połączone w sposób trwały, zaś gniazdo zaoferowane przez nich stanowi jeden element.

Jak powyżej ustalono zgodnie z OPZ wszystkie elementy gniazda powinny być wytrzymałe na uszkodzenia mechaniczne, odporne na zmiany temperatur, działanie warunków atmosferycznych oraz chlorków sodu. Wskazuje to, że Zamawiający uznawał istnienie elementów gniazda.

Nawet zatem, jeżeli jeden element gniazda zaoferowanego przez Odwołującego wynika z połączenia metodą spawania oddzielnych elementów metalowych, na co wskazuje Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, to w świetle powyżej przedstawionego opisu gniazda trudno dopatrzeć się w tym uzasadnienia dla odmiennej oceny oferty Odwołującego i Przystępującego Industrial oraz podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Tym bardziej, że jak wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego, zarówno producent Erplast sp. z o.o. jak też producent gniazd zaoferowanych przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, posiadają dla oferowanych wyrobów Krajową Ocenę Techniczną Instytutu Badawczego Dróg i Mostów tych wyrobów, z której wynika, żeoba produkty spełniają wymogi restrykcyjnego krajowego systemu 2+ dotyczącego oceny i weryfikacji całości właściwości użytkowych produktu, co zdaniem Odwołującego oznacza, że są to dwa równorzędne rodzaje gniazd, które spełniają wszystkie wymogi OPZ.

Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Izby wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niejednoznacznych postanowień SWZ. To Zamawiający jako gospodarz postępowania odpowiada za jej treść.

W związku z tym nie sposób uznać, iż Zamawiający wykazał zaistnienie przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego w postaci niezgodności z warunkami zamówienia, pomimo, iż ciężar dowodu w tym zakresie obciążał Zamawiającego. SWZ nie może być zmieniana po terminie składania ofert. W związku z tym po tym terminie nie jest możliwa zmiana opisu przedmiotu zamówienia, w tym dopiero na tym etapie doprecyzowywanie opisu w sposób odbiegający od literalnych postanowień SWZ.

Z tych względów powyższy zarzut odwołania należy uznać za uzasadniony.

Ad zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp

Art. 239 ustawy Pzp stanowi 1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.* 2. *Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek*

jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zarzut ten jest konsekwencją ww. zarzutu odwołania, który znalazł potwierdzenie. W związku z tym również ten zarzut należy uznać za uzasadniony.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców* W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w wysokości określonej w złożonej przez Zamawiającego fakturze.

Przewodniczący: