Sygn. akt: KIO 719/13

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2013 r. przez Odwołującego – K…… K……., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Conrad Company w Choroszczy, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Państwową Wyższą Szkołę Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert;**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Państwową Wyższą Szkołę Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – K……. K…….., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Conrad Company w Choroszczy tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od Zamawiającego Państwowej Wyższej Szkoły Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży na rzecz Odwołującego – K……. K……., działalność pod nazwą Conrad Company prowadzącego gospodarczą w Choroszczy kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Łomży.

Przewodniczący:

KIO 719/13

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Państwowa Wyższa Szkoła Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę *wyposażenia pracowni gastronomicznych wraz z projektem technologicznym oraz niezbędnymi pracami instalacyjnymi”.* Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. Odwołujący w dniu 29 marca 2013 r. złożył odwołanie wobec dokonanych w dacie 19 marca 2013 r. czynności i zaniechań Zamawiającego:
- dokonanych przez Zamawiającego dwóch nowych czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnienia treści złożonej oferty - jako czynności wykonanych niezgodnie z żądaniami zawartymi we wniesionych wcześniej odwołaniach, które zostały przez

Zamawiającego uwzględnione w całości; obie wskazane czynności wykraczały znacznie poza zakres istniejących uprzednio zastrzeżeń i wątpliwości Zamawiającego względem treści oferty Odwołującego i zostały podjęte nie w celu dokonania rzetelnych ustaleń ale z usilnym zamiarem doprowadzenia do odrzucenia oferty Odwołującego;
- zaniechania przez Zamawiającego czynności udostępnienia załączników do protokołu postępowania - w postaci kompletnej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a przedstawicielami firmy Roboqbo - pomimo złożenia przez Odwołującego odpowiedniego wniosku o przekazanie kopii tych załączników;
- powtórzonej czynności badania i oceny oferty Odwołującego - ze względu na sposób jej przeprowadzenia, tj. nieobiektywne i wybiórcze potraktowanie treści oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w trakcie czynności badania i oceny ofert;
- czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego - pomimo, że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- zaniechania przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- od wskazanych wyżej czynności i zaniechań Zamawiającego w trakcie postępowania - jako mających na celu zrealizowanie powziętego przez Zamawiającego zamiaru unieważnienia postępowania, a więc sprzecznych z zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący postawił zarzuty:

1) naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez prowadzenie postępowania w sposób rażąco naruszający zasadę wyrażoną w treści tego przepisu;
2) naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy - poprzez niewłaściwe wykonanie wynikających z niego obowiązków;
3) naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy oraz naruszenie § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223 poz. 1458) - polegające na niewykonaniu obowiązków wynikających z tych przepisów;
4) naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy - poprzez nieobiektywne i wybiórcze potraktowanie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w trakcie czynności badania i oceny ofert;
5) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez jego bezpodstawne zastosowanie;
6) naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie jego zastosowania;
7) naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez jego bezpodstawne zastosowanie.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego,
3) wykonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że:
(1) W zakresie stanu historycznego sprawy, zgodnie z postanowieniami Sekcji IV punkt 3.7) ogłoszenia o zamówieniu oraz części IX. SIWZ *TERMIN ZWIĄZANIA Z OFERTĄ,* okres, w którym oferent będzie związany ofertą wynosił 60 dni. Pierwotny termin związania ofertą upływał zatem w dniu 1 lutego 2013 r. W tym czasie Zamawiający nie zdążył dokonać badania i oceny ofert ani też rozstrzygnąć postępowania. W dniu 10 grudnia 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia w ofercie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący udzielił takich wyjaśnień już w tym samym dniu tj. 10 grudnia 2012 r. Rozstrzygniecie kwestii skuteczności tego zastrzeżenia (z którym Odwołujący się nie zgadza, jednak nie korzystał w tym zakresie ze środków ochrony prawnej) zostało przez Zamawiającego dokonane w piśmie *Zawiadomienie o odtajnieniu dokumentów* dopiero w dniu 21 stycznia 2013 r. a więc dokładnie po 6 tygodniach od udzielenia wyjaśnień. W międzyczasie, w dniu 13 grudnia 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego także do uzupełnienia dokumentów żądanych w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu wymienionych w pkl V. 1 ppkl 2 SIWZ tj.

posiadania wiedzy i doświadczenia. W ocenie Odwołującego dokumenty złożone wraz z ofertą wykazywały należycie spełnianie tych warunków, w razie wątpliwości wystarczające byłoby w tym zakresie wezwanie do wyjaśnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, w odpowiedzi na żądanie Zamawiającego Odwołujący złożył jednak w wyznaczonym terminie tj. 20 grudnia 2012 r. uszczegółowiony wykaz dostaw wraz z załącznikami. Odwołujący mógł przy tym oczekiwać, że jego oferta została zbadana i oceniona jako niepodlegająca odrzuceniu oraz że postępowanie zostanie zakończone wyborem oferty najkorzystniejszej. W przeciwnym bowiem razie Zamawiający nie miałby podstaw do zastosowania procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy. W dniu 28 stycznia 2013 r. (poniedziałek) Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą - w terminie do dnia 1 lutego 2013 r. (piątek). Jak wynika z powyższych dat, pomimo upływu 5 tygodni od złożenia uzupełnionych dokumentów Zamawiający nadal nie dokonał badania i oceny złożonych ofert. Natomiast wkrótce po wyrażeniu przez Odwołującego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium w kwocie 40 000 złotych), w piśmie z dnia 4 lutego 2013 r. (poniedziałek) Zamawiający powiadomił, że w wyniku przeprowadzonej oceny dokonał odrzucenia oferty Odwołującego oraz że unieważnia postępowanie. Nasuwa to nieodparte przypuszczenie, że Zamawiający celowo przewlekał postępowanie, licząc na to, że Wykonawcy nie wyrażą zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (która to zgoda wiąże się z kosztownym obowiązkiem przedłużenia ważności wadium), w związku z czym można by ich z postępowania wykluczyć. Wobec nieziszczenia się takiego planu, Zamawiający był w stanie wręcz błyskawicznie (w ciągu weekendu) dokonać oceny złożonych ofert - i to oceny negatywnej, bez wzywania któregokolwiek z oferentów do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert - pomimo, że Zamawiający zapewnił sobie wcześniej (poprzez przedłużenie terminu związania ofertami) dodatkowy czas umożliwiający staranne podjęcie takiej czynności. Prowadzenie postępowania w przewlekły sposób, czego skutkiem była konieczność poniesienia przez oferentów dodatkowych kosztów m.in. związanych z przedłużeniem wadium, stanowi niewątpliwe naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Długotrwała zwłoka w ocenie ofert, po której nagle nastąpiło odrzucenie wszystkich złożonych ofert bez wzywania do wyjaśnienia ich treści nasuwa ponadto nieodparte przypuszczenie, że z jakichś niezrozumiałych dla Odwołującego przyczyn Zamawiający po zapoznaniu się z treścią ofert powziął zamiar unieważnienia postępowania a następnie podporządkował temu celowi podejmowane w postępowaniu czynności jak i zaniechania. Odwołujący nie jest w stanie przeprowadzić dowodu wprost co do zamiarów ani co do motywów działań Zamawiającego, jednak wskazane wyżej poszlaki wskazują, że od pewnego momentu postępowanie nie było już prowadzone w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego

(art. 2 pkt 7a ustawy), ale w kierunku unieważnienia tego postępowania - co umożliwiłoby prawdopodobnie wszczęcie kolejnego postępowania, z innymi ofertami (lub oferentami). W skierowanym do Odwołującego piśmie o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania Zamawiający nie zamieścił - wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy - wymaganego uzasadnienia faktycznego. Zamawiający przemilczał sam fakt jak również przyczyny odrzucenia ofert pozostałych wykonawców. Nasuwa to przypuszczenie, że Zamawiający chciał ukryć kontekst, w jakim doszło do odrzucenia oferty Odwołującego - kontekst polegający na tym, że odrzucone zostały wszystkie złożone oferty. Okolicznością istotną również z punktu widzenia dalszych zarzutów niniejszego odwołania jest to, że jedyną podstawą odrzucenia oferty Odwołującego wskazaną przez Zamawiającego było stwierdzenie, że „Oferowane *przez Wykonawcę urządzanie Maszyna do obróbki fizycznej i mechanicznej i termicznej układów wielofazowych nie spełnia wymogów Zamawiającego"* oraz że „nie *jest produkowane od 2009 roku".* Zamawiający nie wskazał przy tym żadnego uzasadnienia swoich twierdzeń, nie wskazał również żadnych cech oferowanego urządzenia, które miałyby być niezgodne z treścią SIWZ. Na czynności Zamawiającego (w tym m.in. czynność odrzucenia ofert i unieważnienia postępowania) odwołania wniosło dwóch wykonawców: *RM CASTRO POLSKA sp. z o.o.* oraz Odwołujący. Zarzuty przedstawione w odwołaniu *RM CASTRO POLSKA sp. z o.o.* zostały przez Zamawiającego uwzględnione w całości, w związku z czym postępowanie odwoławcze zostało umorzone zaś Zamawiający -

zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu - miał obowiązek: uchylić czynność unieważnienia postępowania, unieważni czynność wykluczenia wykonawcy *RM CASTRO POLSKA sp. z o.o.* z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą a następnie dokona czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (postanowienie KIO - sygn. akt KIO 320/13). Wobec powstałego w tej sytuacji obowiązku uchylenia czynności unieważnienia postępowania oraz obowiązku dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie swoich zarzutów i żądań (m.in. żądania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz żądania dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej), za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie ich zastosowania w stosunku do Odwołującego (w zakresie dotyczącym jednego z oferowanych urządzeń: *Maszyna do obróbki fizycznej i mechanicznej i termicznej układów wielofazowych* - Qbo) oraz związanego z tym zarzutem żądania wykonania - w razie potrzeby - czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (w zakresie dotyczącym wskazanego wyżej urządzenia Qbo). - postanowienie KIO - sygn. akt KIO 328/13. Już w cztery dni po terminie posiedzenia w postępowaniu odwoławczym, Zamawiający w dniu 26 lutego 2013 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W treści lego wezwania Zamawiający wskazał, że dokonuje go *„w wyniku uznania odwołania firm RM CASTRO POLSKA Sp. z o.o. i Conrad Company K…… K……..".*
Mając na uwadze wynik postępowania odwoławczego Odwołujący oczekiwał, że wezwanie Zamawiającego będzie dotyczyło tylko i wyłącznie oferowanego urządzenia Qbo *(Maszyna do obróbki fizycznej i mechanicznej i termicznej układów wielofazowych),* stanowiącego dotąd jedyny kwestionowany przez Zamawiającego element oferty. Sposób dokonania oceny oferowanego urządzenia był jak dotąd jedyną okolicznością sporną pomiędzy stronami. Ku zaskoczeniu Odwołującego, wezwanie nie dotyczyło tylko urządzenia Qbo, ale dodatkowo również kilkunastu innych elementów złożonej oferty - elementów, które przy poprzedniej czynności badania i oceny ofert nie budziły ze strony Zamawiającego żadnych zastrzeżeń. Na złożenie żądanych wyjaśnień Zamawiający wyznaczył termin wynoszący niecałe 3 dni. Taki sposób „wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu" stanowi naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonane czynności nie są zgodne z żądaniem odwołania i mają charakter czynności podjętych jedynie dla pozoru. Zachowanie Zamawiającego można odczytać tylko w dwojaki sposób. Albo do chwili odwołania Zamawiający prowadził postępowanie w sposób rażąco niedbały, albo też będąc zmuszonym do „przywrócenia" oferty Odwołującego postanowił doprowadzić wszelkimi sposobami do ponownego odrzucenia tej oferty. Niezależnie od intencji Zamawiającego (których nie da się dowieść dowodem wprost), prowadząc postępowanie w taki sposób Zamawiający rażąco naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy.
Pomimo rażącego wykroczenia przez. Zamawiającego poza wymagany zakres czynności ustalony wskutek uwzględnienia odwołania, Odwołujący udzielił obszernych i wyczerpujących wyjaśnień w wymaganym terminie - w piśmie z dnia 1 marca 2013 r., składając wraz z tym pismem także szereg załączników. W dniu 6 marca 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień po raz kolejny, wyznaczając tym razem termin krótszy niż 48 godzin. Zamawiający określił swoje żądanie w następujący sposób: ,,W *pozycji 25„ Formularza technicznego przedmiotu zamówienia - wyposażanie pracowni technologicznej: wielofunkcyjna maszyna kompaktowa do produkcji lodziarskiej i cukierniczej nie podano typu oferowanego urządzenia - proszę o wyjaśnienie.*
W dokumentacji przetargowej nie znalazły się wszystkie wymagane certyfikaty - proszę o wyjaśnienie. " Ponieważ Odwołujący wskazał w ofercie typ oferowanego urządzenia (Trittico Bio Bravo) oraz złożył wszystkie wymagane certyfikaty, trudno się było nawet domyślać, jakich to wyjaśnień oczekuje Zamawiający. W wymaganym terminie Odwołujący złożył jednak wyjaśnienia, w których starał się przedstawić dodatkowo możliwie wszystkie aspekty oferty dotyczące wskazanego urządzenia. Mając na uwadze okoliczności i treść żądania złożenia wyjaśnień, nie może zinterpretować tego kolejnego wezwania Zamawiającego inaczej jak jako kolejnej uporczywej próby podjętej w celu znalezienia pretekstu do

ponownego odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający w dalszym ciągu i konsekwentnie prowadził postępowanie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Znamienny jest również fakt, że Zamawiający dokonał powtórnego odrzucenia oferty Odwołującego w podobnych okolicznościach jak poprzednio, a więc dopiero po przedłużeniu przez Odwołującego (tym razem - z własnej inicjatywy) terminu związania ofertą. Odwołujący odczytuje okoliczności tego działania w następujący sposób: Zamawiający nie mogąc unieważnić postępowania pod pretekstem braku wiążących ofert zdecydował się ofertę Odwołującego odrzucić na innej podstawie. Zamawiający skorzystał równocześnie z okazji, aby pozostałych wykonawców wykluczyć z postępowania właśnie pod pretekstem upływu terminu związania w przypadku ich ofert (chociaż wobec braku obowiązku przedłużenia tych terminów trudno jest tu mówić o jakiejkolwiek wadliwości ofert, a już tym bardziej o „niezgodności ofert z ustawą", co zarzucał Zamawiający). Na nierzetelny charakter podjętej czynności wskazuje także to, że Zamawiający przygotował uzasadnienie swojego pisma metodą „kopiuj - wklej", umieszczając w nim (bez wskazywania źródła) cytat z uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2010 roku (sygn. akt KIO/KD 46/10) oraz trzykrotnie powtarzając uzasadnienie wykluczenia wykonawcy *MIG IMPORTEKSPORT G…… Sp. J.* i nie podając jednocześnie uzasadnienia wykluczenia wykonawców *RM GASTRO POLSKA Sp. z o.o.* oraz *PPHU PRZEMKO P……... B……...* Zamawiający w piśmie z dnia 22 marca 2013 r., (wysłanym tym razem do Odwołującego już nie faksem ale pocztą) dokonał „sprostowania" swojego poprzedniego pisma z 19 marca 2013 r. Mając na uwadze całokształt działań Zamawiającego można się zastanawiać, czy takie „sprostowanie" (dokonane zamiast wymaganego unieważnienia wadliwej czynności i ewentualnego ponownego jej dokonania) mogło mieć na celu wprowadzenie Odwołującego w błąd co do początku biegu terminu na wniesienie odwołania, a w konsekwencji -doprowadzenie do odrzucenia ewentualnego odwołania z przyczyn formalnych (uchybienie co do terminu zawitego). Przypuszczenie to jest uprawnione tym bardziej, że ledwie kilkanaście dni wcześniej udostępniono publicznie na stronie internetowej UZP treść uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. (sygn. akt III CZP 107/12), która podważa dotychczas przyjętą praktykę w tym zakresie. Niezależnie od rzeczywistych intencji, takie działanie Zamawiającego również musi być ocenione negatywnie z punktu widzenia zgodności z zasadami udzielania zamówień. W piśmie zawiadamiającym o ponownym odrzuceniu oferty Odwołującego oraz ponownym unieważnieniu postępowania, jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty Zamawiający wskazał m.in, na informacje, które przekazał mu *„przedstawiciel firmy Roboqbo, w bezpośrednich kontaktach mailowych z zamawiającym".* śadne tego rodzaju informacje nie były wcześniej przekazane Odwołującemu, choć powinien mieć możliwość odniesienia się do nich w ramach wyjaśnień składanych przecież w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

---

(2) Wcześniejsze działania Zamawiającego jednoznacznie wskazywały na jego złą wolę. Odwołujący uznał zatem za konieczne zweryfikowanie samego faktu istnienia takich informacji jak również treści tych informacji oraz sposobu ich uzyskania (ze szczególnym uwzględnieniem sposobu zadawania pytań, jako działania mogącego prowadzić do zmanipulowania przekazywanych treści). W tym celu w dniu 21 marca 2013 r. Odwołujący wystąpił na podstawie § 5 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223 poz. 1458) z wnioskiem o niezwłoczne przesłanie faksem kopii *„załączników do protokołu postępowania, o których mowa w treści pisma Zamawiającego z dnia 19.03.2013 (pt. Informacja o unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty Wykonawcy) w słowach „przedstawiciel firmy Roboqbo w bezpośrednich kontaktach mailowych z zamawiającym" - to jest kompletnej korespondencji pomiędzy Zamawiającym u przedstawicielami firmy Roboąbo (w każdej formie), jaka była prowadzona w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia.* Zamawiający zareagował na ten wniosek dopiero następnego dnia (w piątek 22 marca 2013 r.), przesyłając faksem o godzinie 15.33 jednostronicowy wydruk jednej wiadomości mailowej z dnia 4 marca 2103 r. od przedstawiciela firmy Roboqbo (cytujący poprzednią wiadomość od przedstawiciela Zamawiającego z tego samego dnia). Zarówno treść obu wiadomości jak również liczba (trzech) prefiksów „Re:" wskazujących w tytule wiadomości na długotrwały charakter prowadzonej korespondencji jednoznacznie potwierdzają, że przekazana jedna strona wydruku nie stanowi kopii kompletnej korespondencji, o jakiej przekazanie wnosił Odwołujący.

Zamawiający próbuje zatem ukryć swoje działania, co potwierdza podnoszone powyżej przypuszczenia o jego złej woli. Zamawiający po raz kolejny narusza w ten sposób zasady udzielania zamówień określone w ustawie - zasadę uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1) oraz zasadę jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zaniechanie wykonania żądań objętych treścią wniosku stanowi również ewidentne naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223 poz. 1458).

(3) Na marginesie należy również wskazać, że Zamawiający prowadził korespondencję w języku angielskim i nie dokonał własnego tłumaczenia tej korespondencji na język polski - wbrew zasadzie określonej w art. 9 ust. 2 ustawy.

(4) W piśmie Informacja *o unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty Wykonawcy* z dnia 19 marca 2013 r. (co zostało powtórzone również w „sprostowanej" wersji pisma z dnia 22 marca 2013 r.), Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W wyniku powtórzonej czynności badania i oceny ofert Zamawiający wskazał tym razem aż cztery istniejące jego zdaniem rozbieżności treści oferty

względem treści SIWZ. Dotyczą one kolejno następujących czterech urządzeń (spośród kilkuset oferowanych urządzeń i sprzętów):

a) *Maszyna do obróbki fizycznej i mechanicznej i termicznej układów wielofazowych* (poz. 46 formularza technicznego przedmiotu zamówienia) - oferowane urządzenie: Roboqbo Qbo 150 (wpisane jako 150);
b) *Wilk do mięsa* (poz. 62) - oferowane urządzenie: TS-22;
c) *Kompaktowa maszyna wielofunkcyjna do produkcji lodziarskiej i cukierniczej* (poz. 25) -oferowane urządzenie: Trittico Bio Bravo;
d) *Urządzenie sous-vide* (poz. 52) - oferowane urządzenie: Sous-vide CSVT - 66 EM;

(5) co do urządzenia Roboqbo - Ponieważ ocena oferowanego urządzenia (dokonana uprzednio przez Zamawiającego bez wzywania do jakichkolwiek wyjaśnień) była jedyną kwestią sporną przy poprzedniej czynności badania i oceny ofert, a w trakcie powtórzonej czynności badania i oceny ofert Odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia, należałoby w tym miejscu zestawić treść tych wyjaśnień z uzasadnieniem powtórnego odrzucenia oferty. W swoim zawiadomieniu Zamawiający pisze m.in.: *„Zamawiający stwierdza następujące niezgodności oferty w stosunku do specyfikacji. Zamawiający widzi dużo sprzeczności w wyjaśnieniach dotyczących pozycji 46 oferty. Wykonawca twierdzi, iż na chwilę składania ofert, w materiałach informacyjnych urządzenie figurowało pod nazwą handlową „QBO 150 (model pierwszej generacji, którego produkcja została zakończona w 2009 r)" i materiały udostępnione przez przedstawiciela pochodzą z 2008 roku. Jednak w 2 innych ofertach złożonych w tymże przetargu, zaoferowano model urządzenia 3 -generacji (oznaczenie 153 lub 15-3), obecnie produkowany." Z* treści pisma wynika, że „dużo sprzeczności w wyjaśnieniach" oznacza rozbieżność w sposobie oznaczenia oferowanego urządzenia pomiędzy ofertą Odwołującego oraz pozostałych wykonawców. W treści wyjaśnień Odwołujący wskazał, że obecnie stosowanym oznaczeniem jest „Qbo 15 O", w związku z czym oznaczenia stosowane w innych ofertach nie są aktualne - pomimo tego wszystkie oferty mają za przedmiot to samo urządzenie, zgodne z wymogami S1WZ. Zamawiający pisze dalej: *„Zaznaczam, że jest tylko jedna Firma w Polsce, która jest przedstawicielem producenta urządzenia, zatem wszystkie oferty musiały pochodzić z jednego źródła.* " Rzeczywiście jest tylko jeden dystrybutor wskazanego urządzenia na Polskę, ale oferty składają wykonawcy a nie producent urządzenia czyjego przedstawiciel. Pochodzenie jednakowych urządzeń z tego samego źródła nie powoduje automatycznie, **że** zostaną w identyczny sposób oznaczone w ofertach. Odwołujący potwierdza natomiast, że oferując urządzenie Qbo o pojemności 15 1. (pochodzące z tego samego źródła, co w przypadku pozostałych ofert) oferuje dokładnie to samo urządzenie, co pozostali wykonawcy. Zamawiający pisze dalej w zawiadomieniu: „ *W wyjaśnieniu do pytań Wykonawca wskazuje na pomyłkę literową, która spowodowała, że oznaczenie QBO 150 pojawiło się zamiast*

oznaczenia Qbo 15-0. Jednak dołączono opis urządzenia (w druku) dotyczy urządzenia QBO 150, co wskazuje na świadomą ofertę, a nie literówkę. W wyjaśnieniu Wykonawca zapewnia,

że na stronach internetowych oraz katalogach producenta, używane jest oznaczenie Qbo 15-0. Zamawiającemu: nie udało się takiego oznaczenia znaleźć zarówno na stronie www firmy K-2 - przedstawiciela producenta, jak i producenta bezpośredniego, firmy Roboqbo, ani w katalogach firmy. W materiałach dostarczonych przez innych Wykonawców w ramach wyjaśnień, również takie oznaczenie nie występuje."
Przyczyny i nieistotny charakter omyłki (polegającej na wpisaniu „,QUBO 150" zamiast „Qbo 15 0" zostały szeroko i wyczerpująco wykazane w treści wyjaśnień. Odwołujący wyjaśnił również powód załączenia (niewymaganych) materiałów reklamowych polskiego przedstawiciela producenta z nieaktualnymi oznaczeniami oraz wyjaśnił, dlaczego oznaczenia zawarte w tych materiałach nie decydują o rzeczywistej treści oferty, pisząc m.in.: ,, *Wyłącznym przedstawicielem producenta - włoskiej spółki Roboqbo s.r.ł. - na Polskę jest firma K-2 z siedzibą w Warszawie. Na chwilę przygotowania i składania oferty, w materiałach informacyjnych tego przedstawiciela urządzenie figurowało pod nazwą handlową „Qbol50" (...) pracownik zasugerował się materiałami elektronicznymi udostępnianymi w tym czasie na stronie internetowej dystrybutora, szczególnie że samodzielnie zdecydował się je wydrukować i załączyć do oferty -pomimo, że nie był to dokument żądany przez Zamawiającego. (...) Ponieważ (w związku ze zmiennością nazwy handlowej) w obrocie używano w tym czasie różnych oznaczeń urządzenia (...), w naszej ocenie zapis „Qbol50" zamiast „Qho 15 O" nie ma charakteru omyłki w treści oferty - w myśl zasady „falsa demonstratio non nocet" - czyli „ (prawn.) fałszywe oznaczenie (przedmiotu) nie szkodzi, nie ma znaczenia (jeśli strony zawierające umowę wiedzą, o jaką rzecz idzie) ". (...) przedmiotem oferty jest urządzenie serii Qho o pojemności zbiornika 15 litrów zamawiane do wyprodukowania u producenta Roboqbo s.r.l. ~ z wymaganymi wg S1WZ cechami, funkcjonalnościami i opcjami, oznaczone nazwą handlową stosowaną na dzień złożenia przez Wykonawcę zamówienia u producenta lub jego przedstawiciela. "*
Na potwierdzenie prawidłowości oznaczenia „Qbo 15 O" Odwołujący przedstawił zarówno fakturę proforma od dystrybutora urządzenia zawierającą takie oznaczenie jak również wskazał na oświadczenie p. F…… P……, Export Menagera firmy Roboqbo (przekazane na tę datę w formie elektronicznej) i załączył jego wydruk do wyjaśnień.
Zamawiający pisze dalej: *„Wykonawca firma Conrad przedstawiła fakturę proforma, na maszynę Qbo 15-0 + 4 opcje do tej maszyny, przy czym na każdą, pozycję wyznaczona jest cena, co świadczy o niezależności tych elementów. Przyjmując za obowiązujące oznaczenie z faktury, oferta na urządzenie powinna być Qbo 15-0 +0.1+0.2+0.3+0.4. W ofercie znalazło się tylko Qbo 150 (wg oferenta powinno być Qbo 15-0), zatem nic zostały zaoferowane opcje wymagane przez oferenta. Uzupełnienie o nie oferty*

---

powoduje zmianę ofert) w sposób istotny." Odwołujący tym twierdzeniom zaprzecza - wskazując w ofercie urządzenie Qbo zaoferował wszystkie wymagane opcje - obok nazwy urządzenia Odwołujący wyliczył obok wszystkie jego wymagane i oferowane cechy i funkcjonalności. Złożona oferta nie wymagała uzupełnienia co do tego urządzenia w żadnym zakresie. W piśmie Zamawiającego czytamy dalej: *„Faktura proforma została wystawiona z 26 lutego 2013 roku, a więc na potrzeby wyjaśnienia. Nie zawiera podpisu jej wystawcy. "* Faktura proforma została złożona w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, trudno zatem aby nosiła datę sprzed wezwania. Faktura proforma nie wymaga podpisu wystawcy. Stanowisko Zamawiającego jest zresztą niekonsekwentne - Zamawiający kwestionuje jakąkolwiek moc dowodową faktury proforma, podczas gdy w zdaniu poprzedzającym konstruuje na jej podstawie zastrzeżenia względem złożonej oferty. Odwołujący potwierdza natomiast, że oferowane urządzenie zostało przez niego już zamówione u producenta i zaliczkowane - ponieważ tylko w ten sposób, wobec przeciągającego się postępowania, można było zachować zdolność do wykonania zamówienia w wymaganym terminie (o terminie realizacji zlecenia u producenta decyduje kolejność ich złożenia). Na marginesie należy wskazać, że przewlekłość postępowania spowodowała wzrost cen urządzeń w okresie przedłużonego terminu związania ofertą o około 10% (dotyczy to w szczególności także zaliczkowanego urządzenia Qbo). Odwołujący nadal jest związany złożoną ofertą i wykona zamówienie za wskazaną kwotę - kosztem własnego zysku. Zamawiający pisze następnie: *„Faktura proforma oferuje urządzenie Qbo 15 o kodzie 1419020030, które nie spełnia SIWZ, gdyż brak w niej konfiguracji pozwalającej na schładzanie. Schładzanie wodą występuje w kilku konfiguracjach, np. 1419020080; 1419020810; 1419020380. Dostarczoną kopię pisma informującego o zmianie oznaczeń zal*

nr 6 do wyjaśnień, nie przyjmujemy, gdyż nie zawiera ono podpisu osoby przekazującej informację. Zresztą przedstawiciel firmy Roboqbo. w bezpośrednich kontaktach mailowych z zamawiającym, nie używa określenia 15-0, wskazuje na używanie kodów producenta (np. 1419020080; 1419020810; 1419020380) do określenie konfiguracji urządzenia." Odnosząc się do zarzutu „braku konfiguracji pozwalającej na schładzanie" Odwołujący wskazuje, że każde urządzenie Qbo posiada chłodzenie wodą (w standardzie). Najciekawsze jest jednak to, że Zamawiający w ogóle nie podał takiego wymogu w opisie przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 5a do SIWZ pt. *„FORMULARZ TECHNICZNY PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - Wyposażanie pracowni technologicznej"* - w kolumnie *„Opis techniczny i funkcjonalny przedmiotu zamówienia oraz minimalne wymagania Zamawiającego"* wskazał tylko punkt: *„Regulacja temperatury".* Treść oferty Odwołującego nie może być siłą rzeczy niezgodna z tym, czego w treści SIWZ nie ma. Kopia pisma przedstawiciela firmy Roboqbo stanowiła element wyjaśnień, dla których forma pisemna nie jest zastrzeżona. Zamawiający wykazuje

zresztą zupełną niekonsekwencję, powołując się ze swojej strony już w następnym zdaniu na własne „kontakty mailowe", które formy pisemnej przecież także nie zachowują.
Ze względu na nieudostępnienie pełnej treści „kontaktów mailowych z Zamawiającym" -jak to już wykazano w punkcie *ad 2* niniejszego Odwołania - Odwołujący nie może się ustosunkować do ewentualnych informacji tam zawartych. W zakresie części informacji przekazanej przez Zamawiającego, Odwołujący wskazuje, że sam producent potwierdził wyjaśnienia Odwołującego w ten sposób, że oznaczenie Qbo 15-3 oznacza jedynie urządzenie Qbo 15 litrów 3. generacji - a więc że to oznaczenie samo w sobie nie przesądza o zgodności ofertowanego urządzenia z wymogami SIWZ ani też nie specyfikuje tego urządzenia co do wszystkich możliwych jego wersji (opcji).

(6) w zakresie urządzenia „wilk do mięsa" TS-22

W wezwaniu do wyjaśnień z dnia 26 lutego 2013 r. Zamawiający żądał: *„Proszę o wyjaśnienie niezgodności w ofercie w stosunku do wymagań wyszczególnionych poniżej; (...) 62 - Wilk do mięsa - 1- Brak systemu UNO ER "* Zamawiający nie wskazywał zatem na żadne wątpliwości co do sposobu oznaczenia oferowanego urządzenia, a jedynie na wątpliwości co do jego wyposażenia. W treści złożonej oferty Odwołujący napisał: • *dwustopniowa, umożliwiająca mielenie wstępne i właściwe (system UNGER).* W treści wyjaśnień udzielonych w dniu 1 marca 2013 r. Odwołujący napisał: *„Potwierdzamy, że Wilk do mięsa spełnia wymóg systemu UNGER. Zgodnie z treścią załącznika „formularz techniczny przedmiotu zamówienia" oferujemy urządzenie posiadające tę wymaganą funkcjonalność (dodatkowa opcja względem modelu podstawowego)."* Zamawiający wskazał jako podstawę domniemanej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ następujące uzasadnienie faktyczne: „Wykonawca *zaoferował w poz. 62 SIWZ wilk TS-22 RM Gastro. WG katalogu firmy RM Gastro na rok 2012/1013 (aktualny) pod tym symbolem oferowane jest urządzenie bez systemu UNGER. Wymagane przez zamawiającego parametry w tym system UNGER. Spełnia np. urządzenie o symbolu TS-22/D RM Gastro.* " Zamawiający pomija zatem w swoim uzasadnieniu wyraźne brzmienie treści oferty i treść udzielonych wyjaśnień. Jeżeli Zamawiający traktuje brak wskazania w symbolu urządzenia dodatkowej litery „D" (czego w wezwaniu do wyjaśnień w ogóle nie sygnalizował, nie dając tym samym wcześniej możliwości odniesienia się do tej kwestii), to w ocenie Odwołującego - wobec wyraźnego zaoferowania w treści oferty urządzenia z systemem UNGER - brakująca litera powinna być potraktowana co najwyżej jako nieistotna omyłka. Oferowane urządzenie spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ, w szczególności posiada także system UNGER.

(7) w zakresie urządzenia Trittico Bio Bravo

W wezwaniu do wyjaśnień z dnia 6 marca 2013 r., działając (co istotne) na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, Zamawiający żądał: „ *W pozycji 25„ Formularza technicznego przedmiotu zamówienia - wyposażanie pracowni technologicznej: wielofunkcyjna maszyna kompaktowa*

do produkcji lodziarskiej i cukierniczej nie podano typu oferowanego urządzenia - proszę o wyjaśnienie. W dokumentacji przetargowej nie znalazły się wszystkie wymagane certyfikaty - proszę o wyjaśnienie. " W treści wyjaśnień udzielonych w dniu 8 marca 2013 r. Odwołujący napisał: „ *w pozycji 25„ Formularza technicznego przedmiotu zamówienia - wyposażenie*

pracowni technologicznej": wielofunkcyjna maszyna kompaktowa do produkcji lodziarskiej i cukierniczej ***podaliśmy*** *w ofercie typ oferowanego urządzenia - cyt.: .. TRITTICO BIO BRAYO".* Spodziewając się, że Zamawiający może teraz stwierdzić, że pod pojęciem „typ urządzenia" rozumiał „dokładne oznaczenie urządzenia", Odwołujący udzielił dodatkowych wyjaśnień - poza zakresem żądanym przez Zamawiającego: *„Ze względu na nietypowe parametry urządzenia określone przez Zamawiającego, oferowane urządzenie Trttico Bio Bravo będzie konstruowane na specjalne zamówienie na bazie wersji podstawowej (katalogowej) Trittico Bio 30 Bravo i będzie posiadało wskazane w treści oferty parametry techniczne, w szczególności spełniające wszystkie wymogi SWIZ, z uwzględnieniem także zbiornika roboczego w przedziale 2 do 3 litrów."* Oferowane urządzenie w wersji standardowej może pracować z minimalnym wsadem o objętości 2 litrów (do max. 5 litrów). Wobec zawartego w opisie przedmiotu zamówienia wymogu „pojemność zbiornika roboczego w przedziale 2 do 3 litrów", jedyną możliwością było zaoferowanie urządzenia wyposażonego dodatkowo w nietypowy (nieznacznie zmniejszony) zbiornik albo ograniczenie pojemności zbiornika standardowego (adapterem, wkładką etc.). Ponieważ producent w kontaktach roboczych potwierdził wstępnie możliwość osiągnięcia takiego parametru, Odwołujący wskazał na tę okoliczność w swoich wyjaśnieniach, nie przesądzając jednak szczegółów technicznych (w braku wezwania w tym zakresie), a już na pewno nie zmienił swojej oferty w tym zakresie na „prototyp"' czy też urządzenie, które „dotychczas nie było produkowane". Dalej w treści wyjaśnień Odwołujący napisał również: ,, *W odpowiedzi na zawarte dalej w Państwa piśmie twierdzenie „ W dokumentacji przetargowej nie znalazły się wszystkie wymagane certyfikaty - proszę o wyjaśnienie"* ***wyjaśniamy,*** *że w naszej ocenie jest ono bezpodstawne. Zgodnie z naszą wiedzą wraz z ofertą złożyliśmy wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty, w tym wszystkie wymagane certyfikaty. Jeżeli Państwa zdaniem nie złożyliśmy wraz z ofertą wszystkich wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, prosimy o dokonanie obligatoryjnej czynności przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy, to jest dokonanie czynności wezwania do złożenia konkretnych oświadczeń lub dokumentów wymienionych w treści takiego wezwania - z podaniem wyraźnej podstawy faktycznej i prawnej takiego wezwania."* Zamawiający nie odniósł się do tego fragmentu wyjaśnień ani też nie wystosował do Odwołującego żadnego kolejnego wezwania. W dniu 19 marca 2013 r. Zamawiający wskazał jako podstawę domniemanej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ następujące uzasadnienie faktyczne: „Wykonawca *nie dostarczył certyfikatu na maszynę Bravo BIO (doi poz 25 SIWZ).*

Zamawiający w pytaniach nie wskazał precyzyjnie, którego certyfikatu brakuje, bo nie było wiadomo, jaki model urządzenia został zaoferowany. Wykonawca zadeklarował, że maszyna o parametrach podanych w SIWZ będzie wyprodukowana w oparciu o model Tritico Bio 30 ale oferowane urządzenie dotychczas nie było produkowane - ma być więc prototypem - Producent maszyn nie deklaruje możliwości produkcji urządzeń o niestandardowych pojemnościach. Zatem Zamawiający ma wątpliwości, czy urządzenie takie może być wyprodukowane i posiadać odpowiednie certyfikaty, zwłaszcza, że przedstawiciel firmy Bravo, podczas targów Expo Sweet 2013 w Warszawie, udzielił informacji, że urządzenie Tritico Bio nie może być wyprodukowane w wersji mniejszej niż model 30, który to model nie spełnia parametrów pojemności i wydajności podanych w SIWZ. Zmniejszanie lub zwiększanie wymiarów urządzenia, zgodnie z zasadami powiększania skali produkcji (scaling up) może spowodować uzyskiwanie innych parametrów, niż w maszynie wyjściowej, zatem potwierdzenie uzyskania parametrów pozwalających na bezpieczeństwo sanitarne produktu na bazie mleka niepasteryzowanego może wymagać dodatkowych badań i dodatkowego procesu certyfikacji, a ich rezultatu nie można przewidzieć. " Zamawiający podaje w uzasadnieniu - jako twierdzenia Odwołującego - informacje zmanipulowane i treści, które są niezgodne z treścią oferty oraz treścią wyjaśnień Odwołującego. Zamawiający nadal nie wskazuje, jakiego „certyfikatu na maszynę" brakowało w treści oferty (przy czym postanowienia SIWZ żadnego „certyfikatu na maszynę" nie wymagały).
Należy ponadto poddać w wątpliwość co do rzekomego „udzielenia informacji" przez bliżej niezidentyfikowanego „przedstawiciela firmy Bravo" - tym bardziej, że wbrew zasadzie pisemności postępowania (określonej w art. 9 ust. 1 ustawy) żadne tego rodzaju informacje nie zostały utrwalone w postaci pisemnej. Wywody Zamawiającego mają - jak wskazuje sam Zamawiający - charakter „wątpliwości Zamawiającego", które nie były przedmiotem żądania wyjaśnień od Odwołującego. Wątpliwości Zamawiającego co do „skalowania" parametrów

przy porównaniu
(8) W następstwie dokonania błędnej oceny, oferta Odwołującego została przez Zamawiającego bezpodstawnie odrzucona. W konsekwencji tego naruszenia, Zamawiający zaniechał następnie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, do czego był zobowiązany na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy. W następstwie bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, w związku z odrzuceniem wszystkich pozostałych ofert Zamawiający unieważnił postępowanie. Czynność unieważnienia postępowania została zatem dokonana z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Należy w tym miejscu przypomnieć, że bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, określony przez ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168). Zgodnie z art. 17 ust. 3 przywołanej ustawy:

„Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania. Brak uchylenia decyzji o unieważnieniu postępowania spowoduje, że hipoteza cytowanego powyżej przepisu zostanie spełniona.

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, argumentując, że powodami odrzucenia oferty Odwołującego były min. ssprzeczności w wyjaśnieniach dotyczących pozycji 46 oferty. Wykonawca twierdzi, iż na chwilę składania ofert, w materiałach informacyjnych urządzenie figurowało pod nazwą handlową „QBO 150 (model pierwszej generacji, którego produkcja została zakończona w 2009 r)" i materiały udostępnione przez przedstawiciela pochodzą z 2008 roku. Jednak w 2 innych ofertach złożonych w tymże przetargu, zaoferowano model urządzenia 3 - generacji (oznaczenie 153 lub 15-3), obecnie produkowany. Jest tylko jedna firma w Polsce, która jest przedstawicielem producenta urządzenia, zatem wszystkie oferty musiały pochodzić z jednego źródła. W wyjaśnieniu do pytań Wykonawca wskazuje na pomyłkę literową, która spowodowała, że oznaczenie QBO 150 pojawiło się zamiast oznaczenia Qbo 15-0. Jednak dołączono opis urządzenia (w druku) dotyczy urządzenia QBO 150, co wskazuje na świadomą ofertę, a nie literówkę. W wyjaśnieniu Wykonawca zapewnia, że na stronach internetowych oraz katalogach producenta, używane jest oznaczenie Qbo 15-0. Zamawiającemu: nie udało się takiego oznaczenia znaleźć zarówno na stronie www firmy K-2 - przedstawiciela producenta, jak i producenta bezpośredniego, firmy Roboqbo, ani w katalogach firmy. W materiałach dostarczonych przez innych Wykonawców w ramach wyjaśnień, również takie oznaczenie nie występuje. Wykonawca firma Conrad przedstawiła fakturę proforma, na maszynę Qbo 15-0 + 4 opcje do tej maszyny, przy czym na każdą pozycję wyznaczona jest cena, co świadczy o niezależności tych elementów. Przyjmując za obowiązujące oznaczenie z faktury, oferta na urządzenie powinna być Qbo 15-0 +o.l+o.2+o.3+o.4. W ofercie znalazło się tylko Qbo 150 (wg oferenta powinno być Qbo 15-0), zatem nie zostały zaoferowane opcje wymagane przez oferenta. Uzupełnienie o nie oferty powoduje zmianę oferty w sposób istotny. Faktura proforma została wystawiona z 26 lutego 2013 roku, a więc na potrzeby wyjaśnienia. Nie zawiera podpisu jej wystawcy. Oferuje ona urządzenie Qbo 15 o kodzie 1419020030, które nie spełnia SIWZ, gdyż brak w niej konfiguracji pozwalającej na schładzanie. Schładzanie wodą występuje w kilku konfiguracjach, np. 1419020080; 1419020810; 1419020380. Dostarczoną kopię pisma informującego o zmianie oznaczeń zał nr 6 do wyjaśnień, nie przyjęto, gdyż nie zawiera ono podpisu osoby przekazującej informację. Pprzedstawiciel firmy Roboqbo, w bezpośrednich kontaktach mailowych z zamawiającym, nie używa określenia 15-0, wskazuje na używanie

---

kodów producenta (np. 1419020080; 1419020810; 1419020380) do określenia konfiguracji urządzenia.
Ponadto, Wykonawca zaoferował w poz 62 SIWZ wilk TS-22 RM Gastro. WG katalogu firmy RM Gastro na rok 2012/1013 (aktualny) pod tym symbolem oferowane jest urządzenie bez systemu UNGER. Wymagane przez zamawiającego parametry, w tym system UNGER, spełnia np. urządzenie o symbolu TS-22/D RM Gastro. Wykonawca nie dostarczył certyfikatu

na maszynę Bravo BIO (dot poz 25 SIWZ). Zamawiający w pytaniach nie wskazał precyzyjnie, którego certyfikatu brakuje, bo nie było wiadomo, jaki model urządzenia został zaoferowany. Wykonawca zadeklarował, że maszyna o parametrach podanych w SIWZ będzie wyprodukowana w oparciu o model Tritico Bio 30, ale oferowane urządzenie dotychczas nie było produkowane - ma być więc prototypem. Producent maszyn nie deklaruje możliwości produkcji urządzeń o niestandardowych pojemnościach. Zatem Zamawiający ma wątpliwości, czy urządzenie takie może być wyprodukowane i posiadać odpowiednie certyfikaty, zwłaszcza, że przedstawiciel firmy Bravo, podczas targów Expo Sweet 2013 w Warszawie, udzielił informacji, że urządzenie Tritico Bio nie może być wyprodukowane w wersji mniejszej niż model 30, który to model nie spełnia parametrów pojemności i wydajności podanych w SIWZ. Zmniejszanie lub zwiększanie wymiarów urządzenia, zgodnie z zasadami powiększania skali produkcji (scaling up) może spowodować uzyskiwanie innych parametrów, niż w maszynie wyjściowej, zatem potwierdzenie uzyskania parametrów pozwalających na bezpieczeństwo sanitarne produktu na bazie mleka niepasteryzowanego może wymagać dodatkowych badań i dodatkowego procesu certyfikacji, a ich rezultatu nie można przewidzieć. Wszystkie katalogi podają pojemność Sous-vide CSVT - 66 EM jako 20 1 (dotyczy poz 55 SIWZ). Zatem nie jest wiarygodne stwierdzenie oferenta, że pod tym symbolem kryje się maszyna o pojemności 30 1. Ilość płynu, który może się zmieścić w zbiorniku, nie oznacza pojemności rozumianej jako objętość cieczy roboczej.

W każdym z organizowanych przetargów Zamawiający żąda podania modelu, typu oferowanego urządzenia i jego producenta, gdyż jest to najbardziej skuteczny sposób na weryfikację deklaracji składanych przez oferentów, dotyczących istotnych parametrów zamówienia.

Oferenci najczęściej w rubryce „Parametry techniczne przedmiotu zamówienia - Oferowane przez Wykonawcę kopiują wymagania zamawiającego, co czasami pozostaje w niezgodności z parametrami urządzenia oferowanego. Zamawiający w każdym przypadku sprawdza zgodność deklarowanych parametrów z parametrami oferowanego urządzenia, aby w sytuacji odbioru urządzenia nie stanąć w obliczu konfliktu, że oferowany model /typ nie odpowiada wymaganiom, lub, że dostarczony model/typ jest inny niż model/typ

oferowany. Nie wszystkie parametry urządzenia można sprawdzić w czasie odbioru urządzenia, zatem należy bazować na opisie technicznym producenta. Podobnie Urzędnik Państwowy, w czasie kontroli realizacji zamówienia publicznego, który nie zawsze zna specyfikę urządzenia, będzie porównywał głównie model/typ urządzenia oferowanego i dostarczonego.

Odwołujący zaoferował w poz 46 SIWZ urządzenie QBO 150, a obecnie chce zaoferować aparat QBO 153 (QBO 15-3), i aby uniknąć konieczności zmiany oferty, czyni różne kroki, aby przekonać, że wykonał tylko błąd literowy i stwarza fikcyjną maszynę OBO 15 O. Aby to uwiarygodnić, przedstawia fakturę proforma oraz oświadczenie przedstawiciela firmy Roboqbo. Działanie to ma charakter zmowy cenowej pomiędzy odwołującym się, przedstawicielem firmy Roboąbo w Polsce, oraz, być może, również osobą odpowiedzialną za eksport w Firmie Roboqbo. Pierwszym zabiegiem mającym uwiarygodnić istnienie OBO 15 O były zmiany wprowadzone na stronie internetowej przedstawiciela firmy poczynione po ogłoszeniu wyników przetargu przez zamawiającego. Zorientowawszy się w tych działaniach , Pani dr inż. D…… N…….. - Dyrektor Instytutu Technologii żywienia i Gastronomi, Ekspert-Rzeczoznawca Polskiego Towarzystwa Inżynierii i Techniki Przetwórstwa Spożywczego SPOMASZ (leg nr 13), wystosowała przedstawiciela firmy Roboqbo w Polsce maila, w którym zadała pytanie. Wyżej wspomniana korespondencja miała miejsce 13 lutego w nocy, natomiast już 13 lutego przedstawiciel firmy w Polsce przystąpił do usuwania tych oznaczeń. Na stronie kluzek.pl pojawiły się aktualne oznaczenia, na stronie K-2 com.pl jeszcze te spreparowane. Odzewem na to był mail z rzekomym pismem od pana F…….. P…….. z dnia 13 lutego 2013 godz. 12:22. Kopię tego pisma przedstawia odwołujący się jako sposób na uwiarygodnienie swojej wersji. Jednak pozostaje pytanie - Oferta składana była w grudniu 2012, a pismo to wpłynęło mailem 13 lutego 2013. Skąd więc odwołujący wiedział o nim na ponad dwa miesiące, zanim ono przyszło do firmy? Pismo przyszło w załączniku w formacie pdf, a więc jako skan, dlaczego więc nie jest podpisane oraz nie zawiera daty? Nie zawiera podpisu również kopia wersji pisemnej (nie elektronicznej) dostarczona przed odwołującego. Pytania te stały się przyczynkiem do podjęcia

korespondencji, w której wskazuje się między innymi na fakt, że oznaczenie Qbo 15 O nie jest używane na żadnej stronie internetowej, ani w katalogach. Stąd zadane zostało pytanie, czy oznaczenie Qbo 15 O oznacza konkretną wersję urządzenia? W odpowiedzi uzyskano informację, iż należy się posługiwać kodami i wskazane zostało jako oznaczenie maszyny Qbo 15-3. Warto zwrócić uwagę, że w całej korespondencji nie użyto określenia Qbo 15 O.

Pozostaje kwestia faktury proforma przez firmę K-2 . Została ona wystawiona w dniu 26 lutego 2013 roku, a wobec braku rozstrzygnięcia przetargu, nie miała służyć czynnością zakupu, a tylko na potrzeby odwołania Odwołującego, A jeśli została wystawiona na potrzeby wykonania przedpłaty (zrealizowanej -przez odwołującego , zgodnie z Jego stwierdzeniem w odwołaniu). W warunkach SIWZ jest wymóg 3-letniej gwarancji i Odwołujący potwierdził ją w odpowiedziach na zapytania zamawiającego. Na fakturze proforma brak jest jednak pozycji kosztów związanych z opłaceniem przedłużonego z 1 roku do 3 lat okresu gwarancji. I jeszcze jeden fakt niezgodności. Faktura jest wystawiona z dn. 26 lutego 2013 roku, natomiast jej numer wskazuje na wystawienie w lutym 2012, kiedy w ogóle jeszcze nie było działań Zamawiającego związanych z realizacją zadania pracowni gastronomicznej. Reasumując - oznaczenie Qbo 15 O istnieje tylko w fakturze proforma, w tłumaczeniu pana K……. i w mało wiarygodnym piśmie przedstawiciela producenta, a wiec tylko u osób bezpośrednio zainteresowanych sprzedażą maszyny. Aby zweryfikować sprawę poza tymi osobami, Zamawiający poprosił włoską firmę, aby wystąpiła o ofertę cenową na sporne urządzenie. Chodziło o to, aby ominąć osobę, odpowiedzialną za eksport. Prośba o utajnienie nazwy firmy na którą wystawiono ofertę oraz jej numeru, aby zapobiec zablokowaniu możliwości zakupu, urządzenia tą drogą, gdyby można było powtórzyć przetarg, co, w ocenie zamawiającego, jest jedynym sposobem na wyeliminowanie wrażenia zmowy cenowej. Uzyskano ofertę z 19 marca 2013 , w której warto zwrócić uwagę na dwie kwestie: po pierwsze, używane są oznaczenia 153 lub 15-3, nie funkcjonuję 15 O, druga kwestia to cena. Maszynę można kupić za 27 690 Euro netto, podczas gdy polski przedstawiciel chce ją sprzedać za 44 890 Euro (kwota na fakturze proforma). Z kolei oferta przedstawiona na całość zadania przez Odwołującego opiewa na kwotę ponad 2,1 min PLN. Warto zauważyć, że inna oferta złożona na przetarg, odrzucona tylko z powodu jednego uchybienia, opiewała na kwotę ponad 400 000 PLN niższą. Mimo to Odwołującego jest na tyle pewny swojej wygranej, że przed ogłoszeniem wyników zamawia i zaliczkuje maszyny. Z faktury cenowej proforma wynika że zaliczka wynosiła 50 % wartości zamówienia, co w przypadku tej maszyny daje sumę ok. 30 tyś Euro, a biorąc kwestie całości zamówienia realizowanego przez firmę K-2 - jest to suma 2-3 krotnie większa. Zatem odwołujący miał pewność, że uzyska to zamówienie. Pytanie tylko na jakiej podstawie? W odczuciu Zamawiającego ma to znamiona zmowy cenowej. Informacja ta była również sprawdzana na stronie internetowej bezpośredniego producenta, http://www.roboqbo.com/cgi-bin/pub/used.cgi? action^load^used (dostęp 15 stycznia 2013 roku oraz 16 lutego 2013), na której jest informacja o niedostępności modelu Qbo 150.

W pliku: dok 4_Robo przedstawiono również zdjęcia pokazujące, że maszyna Obo 150 i Qbo 15-3 to dwie zupełnie różne maszyny, natomiast oznaczenia Qbo 15-3 i Qbo 153 są jednoznaczne. W odwołaniu, Odwołujący się twierdzi, że w czasie przygotowywania oferty Dystrybutor oferował właśnie model Qbo 150. Trudno uznać to za prawdę, gdyż zamawiający w maju 2012 roku poprosił bezpośrednio od dystrybutora o ofertę na interesujące go urządzenia, w którym oferował urządzenie miedzy innymi Qbo 153. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dniu 26.10.2012r., zatem odwołujący przygotowywał ofertę dużo później. Również inne firmy składające oferty, zaoferowały urządzenie obecnie znajdujące się w dystrybucji, tj Qbo 153 (tożsame określenie Qbol5-3). Obecnie Odwołujący twierdzi, że nie jest nic dziwnego w tym, że przedstawiciel używa różnych oznaczeń dla tego samego urządzenia dla różnych firm pytających o to samo urządzenie. Zatem znów pytanie? Dlaczego tak postępuje, dlaczego dla Firmy Conrad stosuje inne oznaczenia niż dla pozostałych? Odwołujący twierdzi że zamawiający nie podał wymogu chłodzenia produktu, co jest nieprawdą. Pierwszy akapit opisu w formularz technicznym brzmi:

Maszyna wielozadaniowa, kompaktowa do obróbki fizycznej (próżnia i wysokie ciśnienie), mechanicznej (mieszanie i homogenizacja) i termicznej (możliwość uzyskania temperatury sterylizacji + 120°C oraz chłodzenie) układów wielofazowych. Analizując opis wariantów urządzenia łatwo zauważyć, że chłodzenia nie ma w standardzie, nie ma go również urządzenie wymienione w fakturze proforma.
Co do zarzutu dot. urządzenia sous vide, ad d odwołania, Zamawiający wycofuje swój zarzut wobec ofert Odwołującego, ponieważ pomyłkowo użył w SIWZ określenia objętość zamiast pojemność Pytanie dotyczące urządzenia Trittico Brawo zostało postawione, ponieważ zamawiający podał tylko model Bio, dla którego określone są 3 typy Bio 30, Bio 60 i Bio 120, różniące się pojemnością, przy czym żadne nie spełnia warunków podanych w SIWZ.. Stąd było to pytanie. Odwołujący twierdzi, ze urządzenie będzie specjalnie konstruowane na zamówienie na bazie wersji Bio 30 Bravo. W obecnym odwołaniu Odwołujący deklaruje zaopatrzenie w dodatkowy zbiornik, co jest niezrozumiałe, bo oznacza to co najmniej dwa, wymienne zbiorniki przy jednym mieszadle. Druga propozycja to ograniczenie pojemności przez wkładkę lub adapter. Rozwiązanie takie jest nie do przyjęcia ze względów sanitarno higienicznych i bezpieczeństwa mikrobiologicznego produktu tworzonego w tym urządzeniu. I z pewnością wymaga certyfikatu właśnie dla konkretnej konstrukcji zbiornika, bo każda zmiana geometrii zbiornika może powodować inne warunki procesu.

W SIWZ , dla urządzenia w poz. 25 był wymóg m.in.: Bezpieczeństwo sanitarne potwierdzone certyfikatem Proces pasteryzacji/ produkcji w zgodny z dyrektywami Unii Europejskiej 92/46 i 92/47 dot. Przetwarzania świeżego mleka. Odwołujący nie dostarczył dla oferowanego urządzenia certyfikatu ani też deklaracji zgodności z dyrektywami UE, mimo takiego wymogu w SIWZ oraz mimo kierowanych zapytań. Nie spełnił zatem wymogów SIWZ

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego wraz z jej wyjaśnieniami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także przeprowadzone na rozprawie dowody, ustalono i zważono, co następuje.

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzuty oraz spostrzeżenia formułowane w odwołaniu, które dotyczą czynności historycznych, poprzedzających unieważnienie postępowania dokonane przez Zamawiającego oraz odrzucenie oferty Odwołującego, w dniu 19 marca 2013 r. nie mogły być brane pod uwagę jako spóźnione. W myśl art. 182 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 3 pkt 1) ustawy, odwołanie powinno zostać wniesione w terminie 10 dni od powzięcia informacji (lub możliwości powzięcia wiadomości) o czynnościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Nie uzasadnia możliwości kwestionowania czynności wykonanych wcześniej (uprzednich wezwań do wyjaśnień treści oferty) okoliczność podniesienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, *poprzez prowadzenie postępowania w sposób rażąco naruszający zasadę wyrażoną w treści tego przepisu.* Powołany przepis formułuje zasadę postępowania, pewną uniwersalną wytyczną, przez pryzmat której powinny być postrzegane zachowania Zamawiającego. Przepis ten, podobnie jak na gruncie przepisów kodeku cywilnego klauzula generalna wyrażona w art. 5, jedynie wyjątkowo mógłby stanowić samodzielną podstawę do oparcia na jego brzmieniu zarzutu. Zauważenia przy tym wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, nakierowanym na ochronę sytuacji własnej wykonawcy, nie zaś służącym weryfikacji poprawności zachowań Zamawiającego w ogóle. Odwołanie nie jest środkiem, który może stanowić substytut postępowania kontrolnego (tu właściwe są inne organy: przykładowo Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Najwyższa Izba Kontroli, organy

właściwe w sprawach odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych).

Przepisy wymagają bowiem dla efektywnego wniesienia odwołania wykazania przesłanek materialno prawnych, stanowiących – po myśli art. 179 ust. 1 ustawy – interesu w uzyskaniu przez Odwołującego danego zamówienia, a także poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Wreszcie, przepis art. 192 ust. 2 ustawy, dla uwzględnienia odwołania wymaga potwierdzenia zarzutów mających wpływ na wynik postępowania. Bez znaczenia w postępowaniu odwoławczym pozostają zatem rozważania i spostrzeżenia wobec nieprawidłowości, jakich ewentualnie nie ustrzegł się Zamawiający, jeśli nie przekładają się one na sytuację Odwołującego w sposób, który pozwoli mu uzyskać zamówienie. Hipotetyczne nieprawidłowości w zakresie oceny innych ofert, czy nie zasługujące na aprobatę inne czynności Zamawiającego, nawet rozpatrywane przez pryzmat zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy, nie uzasadniają zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu, jeśli nie dotykają sytuacji Odwołującego, w tym nie dają podstawy do stwierdzenia, że w ich wyniku oferta Odwołującego została bezpodstawnie odrzucona.

Skutku tego nie wywołuje także postawienie zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy, polegającego na wykonaniu prze Zamawiającego czynności w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi we wcześniejszych odwołaniach: w odniesieniu do odwołania złożonego przez Odwołującego nie sposób mówić naruszeniu wskazanego przepisu, skoro – po pierwsze – Zamawiający nie uwzględnił wszystkich zarzutów tego odwołania (sprawa o sygn. akt KIO 328/13), a jedynie niektóre, pozostałe zaś Odwołujący cofnął; po drugie – Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowania odwoławcze nie w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania ale wobec jego cofnięcia, czego Odwołujący we właściwym trybie (skarga do Sądu na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej) nie kwestionował. Jeśli zatem przepis ten nie został zastosowany wobec Odwołującego, nie sposób upatrywać jego naruszenia. Tym samym, zarzuty skierowane wobec *„dokonanych przez Zamawiającego dwóch nowych czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnienia treści złożonej oferty - jako czynności wykonanych niezgodnie z żądaniami zawartymi we wniesionych wcześniej odwołaniach, które zostały przez Zamawiającego uwzględnione w całości; obie wskazane czynności wykraczały znacznie poza zakres istniejących uprzednio zastrzeżeń i wątpliwości Zamawiającego względem treści oferty Odwołującego i zostały podjęte nie w celu dokonania rzetelnych ustaleń ale z usilnym zamiarem doprowadzenia do odrzucenia oferty Odwołującego”,* skoro czynności wezwania do wyjaśnienia treści oferty (z dnia 26 lutego 2013 r. oraz 6 marca 2013 r.) nie zostały zakwestionowane we właściwym terminie, na obecnym etapie należy uznać za spóźnione.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów, w szczególności tych, dotyczących odrzucenia Jego oferty, Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia. Wprawdzie w petitum odwołania Odwołujący nie stawia żądania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, to w treści odwołania został wyartykułowany zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, a także podniesiona argumentacja, wskazująca na nieprawidłowe dokonanie tej czynności. Rozstrzygnięcie w sposób pozytywny o żądaniach postawionych w odwołaniu, to jest nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego a także czynności wyboru oferty Odwołującego niesie w sobie skutek w postaci konieczności uchylenia czynności unieważnienia postępowania.

Podkreślenia dalej wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia (wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu). Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia

oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż *(…) przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia" oraz o „szkodzie", ale z konstrukcji całego*

postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia" i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego

pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. Odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi, w odniesieniu do zarzutów wskazujących ogólnie na nieprawidłowe prowadzenie postępowania przez Zamawiającego, przykładowo przewlekłe, w ocenie Odwołującego, prowadzenie postepowania, wyznaczanie zbyt krótkich

terminów na złożenie wyjaśnienia treści ofert, czy niezamieszczenie pełnego uzasadnienia odrzucenia ofert w uprzedniej, uchylonej decyzji z dnia 4 lutego 2013 r. o unieważnieniu postępowania. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody.

III. ZAKRES ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA

Na wstępie zaakcentowania wymaga kilka uwag natury ogólnej, mających zasadnicze znaczenie dla zakresu rozstrzygnięcia.

(1) Po pierwsze, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, nie może przy dokonywaniu rozstrzygnięcia brać pod uwagę okoliczności nie objętych zarzutami odwołania.

(2) Po drugie, Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami, jakie skierowane zostały wobec czynności zamawiającego, uzasadnionych i zakomunikowanych wykonawcy (w analizowanej sprawie, w piśmie z 19 marca 2013 r., dopełnionym o podstawy odrzucenia innych ofert pismem z dnia 22 marca 2013 r.). Biorąc pod uwagę treść odpowiedzi na odwołanie i prezentowane tam a także na rozprawie przez Zamawiającego stanowisko, wskazujące dodatkowo inne powody, jakie mogłyby przemawiać za odrzuceniem oferty (niespełnienie przez kompaktową maszynę wielofunkcyjną do produkcji lodziarskiej i cukierniczej wymagania „pojemność *zbiornika roboczego w przedziale od 2 do 3 litrów"),* dostrzeżenia wymaga, że nie znalazły one odzwierciedlenia w pismach z 19 marca 2013 r, oraz 22 marca 2013 r., nie mogły więc być brane pod uwagę – Izba rozstrzyga odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w kształcie i dacie ich dokonania. Powyższe pozostawiono więc Zamawiającemu.

(3) Po trzecie, rozpoznane mogą być jedynie te zarzuty, kierowane wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, co do których odwołanie wniesiono z zachowaniem dziesięciodniowego terminu, po myśli art. 182 ust. 1 pkt 1) i ust. 3 pkt 1) ustawy. Dotyczy to więc unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego. Nie mogły podlegać analizie i rozpatrzeniu zarzuty dotyczące ogólnych nieprawidłowości, czy zakresu i terminu do wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty (z dnia 26 lutego 2013 r. oraz

z dnia 6 marca 2013 r.) - Odwołujący nie kwestionował tych czynności w ustawowym terminie, liczonym od daty wezwania, co mógł uczynić. W wyroku z dnia 18 listopada 2011 r. w spr. o sygn. akt V Ca 2059/11 Sąd Okręgowy w Warszawie potwierdził, że zasadność kwestionowania w drodze środka ochrony prawnej wezwania do uzupełnienia dokumentów, jeśli godzi ono w interes wykonawcy, co pozwala przyjąć, że także ewentualne wezwanie do wyjaśnienia treści oferty – jeśli w ocenie Odwołującego jest bezpodstawne – może i powinno być kwestionowane w drodze odwołania.

(4) Po czwarte, nie mogły odnosić skutku dla rozstrzygnięcia odwołania rozważania dotyczące ofert innych wykonawców, czy też uwagi ogólne co do samego postępowania, jeśli bezpośrednio nie rzutują one na pozycję Odwołującego w postępowaniu, tym nie sposób bowiem przypisać Odwołującemu przesłanek materialnoprawnych.

Zatem zawarte w odwołaniu ogólne spostrzeżenia wskazujące na nieprawidłowe działanie i nie zasługujące na akceptację intencje zamawiającego unieważnienia postępowania, jak przykładowo wykroczenie poza zakres uwzględnionych po wcześniejszym unieważnieniu postępowania (z dnia 4 lutego 2013 r.) zarzutów, przedłużanie postępowania celem upływu terminu związania ofertami czy relatywnie krótkie terminy na wyjaśnienie treści oferty, nie mogą mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wprawdzie Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, to jednak powyższe nie może wywołać samodzielnie skutku w postaci uwzględnienia odwołania - te okoliczności mogą przemawiać co najwyżej za negatywną oceną działań Zamawiającego, nie mogą jednakże mieć wpływu na wynik postępowania, rozumianego jako możliwość zmiany czynności Zamawiającego, w sposób który pozwoli Odwołującemu uzyskać zamówienie. Następnie, 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania przesłanek materialno prawnych. To oznacza tyle, że odwołanie nie jest środkiem służącym do kontroli poprawności działań zamawiającego a ma służyć realizacji interesu wykonawcy zmierzającego do uzyskania danego zamówienia.

Podkreślenia dalej wymaga, że ewentualne niedoskonałości postępowania

prowadzonego przez Zamawiającego mogły - jeśli naruszały interes odpowiednich wykonawców i pozbawiały ich możliwości uzyskania zamówienia być kwestionowane w drodze odwołań składanych przez tych wykonawców odwołań. Nie jest więc tak, że Zamawiający poza wszelką kontrolą, w celu realizacji nieakceptowalnego celu unieważnienia postępowania dokonywał czynności w sposób naruszają zasady postępowania.

Odwołujący zdaje się też pomijać okoliczność (a także Zamawiający, dokonując odrzucenia ofert innych niż Odwołujący wykonawców), że sam fakt upływu terminu związania ofertą nie musi wywoływać skutku w postaci odrzucenia tych ofert . Dostrzeżenia wymaga, że wyrażany jest pogląd, iż upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca

jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania. Wskazuje się również, że upływ terminu związania ofertą, rodzi ten skutek, że wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie jest do tego uprawniony. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ograniczenie związania ofertą terminem określonym w myśl art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienie mu możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie. A zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jest na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalne. Wyraz takiego stanowiska dawała Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z dnia 7 stycznia 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1581/09), gdzie stwierdzono, iż *„art. 94 ust. 1 ustawy, nie obliguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. Tym samym przekroczenie tego terminu nie może być ocenione, jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy"* oraz z dnia 10 października 2009 r. (sygn. KIO/UZP 1261/09): *„art. 94 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga, by zawarcie umowy nastąpiło w terminie związania ofertą. Tym samym możliwy jest wybór, jako najkorzystniejszej oferty, dla której upłynął termin związania, a w konsekwencji, zachowując określone w powołanym przepisie minimalne terminy liczone od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy przy tym wskazać, że oferta Przystępującego mimo upływu terminu związania ofertą, jest zabezpieczona wadium, co stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy przez wykonawcę".* W uzasadnieniu wyroku z 15 czerwca 2010 r. w spr. KIO 1070/10 podkreślono, iż „(…) *Ustawa w brzmieniu obowiązującym, w tym również jej art. 94 ust. 1, nie obliguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. W konsekwencji zatem przekroczenie tego terminu nie może być ocenione jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Izba nie podziela poglądu, jakoby zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po*

okresie związania ofertą stanowiło naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 Pzp i skutkowało nieważnością umowy z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, wskazując, że przepis art. 94 ust. 1 Pzp nie pozostaje w żadnym związku z terminem związania ofertą oraz biorąc pod uwagę fakt, iż podstawowym celem postępowania jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne, a Odwołujący wyraził wolę zawarcia umowy m.in. składając odpowiednie oświadczenie w tym zakresie na rozprawie a także przedłużając okres związania ofertą oraz przedłużając okres ważności wadium." Pogląd dopuszczający

zawarcie umowy z wykonawcą mimo upływu terminu związania ofertą wyrażają także uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie KIO/KD 44/11, a także z dnia 2 listopada 2012 r. w sprawie KIO/KD 85/12, dotyczące zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wobec informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 655/13. W uchwale z dnia 2 listopada 2012 r. w sprawie KIO/KD 85/12 wskazano, że nie jest prawidłową praktyka unieważnienia przez zamawiającego postępowania tylko z tego względu, że wobec ważnej oferty upłynął termin związania ofertą, a także podano, że brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy.

(5) Odwołujący postawił także zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy, wskazujący na niewłaściwe wykonanie wynikających z niego obowiązków, oparty na tezie, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego niektórych zarzutów uprzednio złożonego odwołania oraz cofnięcia niektórych (m.in. żądania unieważnienia czynności unieważnienia oraz żądania dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej), za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie ich zastosowania w stosunku do Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do dalszego wyjaśniania treści oferty, w zakresie wykraczającym poza kwestie wynikające z uwzględnionego odwołania.

Wbrew twierdzeniom odwołania, w sprawie wcześniejszego odwołania (spr. o sygn. akt KIO 328/13) nie mamy do czynienia z naruszeniem 186 ust 2 ustawy – postępowanie odwoławcze wynikłe z odwołania złożonego przez Odwołującego zostało umorzone ze względu na cofnięcie odwołania, a nie jego uwzględnienie przez Zamawiającego. Wynika to wyraźnie z treści wydanego postanowienia. Odwołujący - jeśli to postanowienie nie oddawało jego intencji lub przebiegu zdarzeń w postępowaniu odwoławczym - mógł je kwestionować składając skargę, czego nie uczynił.

Ponadto, zamawiający jest uprawniony do podejmowania dodatkowo innych, aniżeli wynikające z uwzględnienia czynności, w tym samodzielnego unieważniania dokonanych przez siebie czynności lub ich powtórzenia, jeśli dostrzeże w ich zakresie uchybienia.

Jak bowiem wskazuje orzecznictwo, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia

---

z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatrzy się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest także uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postepowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegająca odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć więc na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo (analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, z dnia 10 października

2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12). Jeśli zatem Zamawiający dostrzeże nieprawidłowości oferty (przykładowo jej niezgodność z SIWZ) później, nie może przejść nad tym do porządku, choćby wcześniej traktował w tym zakresie ofertę za poprawną, niezależnie czy dostrzeżenie tych niedoskonałości jest wynikiem rozstrzygnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, czy też własnego dostrzeżenia ich przez zamawiającego. Zamawiający obowiązany jest bowiem traktować wszystkich wykonawców równo, zaś postawione przez siebie w SIWZ wymagania konsekwentnie egzekwować. Gdyby miało być inaczej, i ocena ofert wbrew wymaganiom stawianym w SIWZ miałaby następczo pomijać wyartykułowane w SIWZ wymagania, stanowiłoby to przejaw dyskryminującego

traktowania wykonawców: może bowiem być tak, że część wykonawców potencjalnie zainteresowanych uczestnictwem w postępowaniu nie złożyła ofert zapoznając się z wymaganiami stawianymi w SIWZ, co uczyniliby, gdyby tych wymagań nie było, czy też gdyby nie były one brane pod uwagę przy ocenie ofert. Tym samym, Zamawiający obowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, zaś jeśli dostrzeże, choćby po dokonanym wcześniej wyborze oferty, że jest ona obarczona wadami uzasadniającymi jej odrzucenie, ma prawo uchylić dokonane czynności celem doprowadzenia postępowania do zgodności z przepisami.

Stąd podniesienie odpowiednich zarzutów w stosunku do wcześniejszych czynności Zamawiającego, to jest unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a także podzielenie ich przez Zamawiającego, nie zamyka Zamawiającemu prawa do dalszego badania oferty, w tym brania pod uwagę później dostrzeżonych jej niedoskonałości.

Dla oceny zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu, oraz jego uwzględnienia, istotne są czynności oraz zarzuty skierowane wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego a w konsekwencji - unieważnienia postępowania, te bowiem jedynie naruszają interes Odwołującego i oraz mogą skutkować poniesieniem przez niego szkody (art. 179 ust. 1 ustawy). Konsekwentnie, jedynie potwierdzenie tych zarzutów może mieć wpływ na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy.

IV. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wskazano wcześniej, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu jedynie w zakresie tych zarzutów, które nakierowane są na zmianę sytuacji wykonawcy, wyrażająca się możliwością uzyskania p[rzez Odwołującego zamówienia, będącego przedmiotem tego postępowania o zamówienie. Ten rezultat osiągnięty być może jedynie przez skuteczne zakwestionowanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego.

(1) W zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, podkreślenia wymaga uzasadnienie decyzji Zamawiającego z dnia 19 marca 2013 r. (następnie dopełnionej pismem z dnia 22 marca 2013 r. o motywy odrzucenia ofert pozostałych trzech wykonawców).

W informacji o unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty Odwołującego oraz pozostałych wykonawców, zostały podane następujące powody tej decyzji:
„Zamawiający widzi dużo sprzeczności w wyjaśnieniach dotyczących pozycji 46 oferty. Wykonawca twierdzi, iż na chwilę składania ofert, w materiałach informacyjnych urządzenie

figurowało pod nazwą handlową „QBO 150 (model pierwszej generacji, którego produkcja została zakończona w 2009 r)" i materiały udostępnione przez przedstawiciela pochodzą z 2008 roku. Jednak w 2 innych ofertach złożonych w tymże przetargu, zaoferowano model urządzenia 3 -generacji (oznaczenie 153 lub 15-3), obecnie produkowany. Zaznaczam, że jest tylko jedna firma w Polsce, która jest przedstawicielem producenta urządzenia, zatem wszystkie oferty musiały pochodzić z jednego źródła.
W wyjaśnieniu do pytań Wykonawca wskazuje na pomyłkę literową, która spowodowała, że oznaczenie QBO 150 pojawiło się zamiast oznaczenia Qbo 15-0. Jednak dołączono opis urządzenia (w druku) dotyczy urządzenia QBO 150, co wskazuje na świadomą ofertę, a nie literówkę. W wyjaśnieniu Wykonawca zapewnia, że na stronach internetowych oraz katalogach producenta, używane jest oznaczenie Qbo 15-0. Zamawiającemu: nie udało się

takiego oznaczenia znaleźć zarówno na stronie www firmy K-2 - przedstawiciela producenta, jak i producenta bezpośredniego, firmy Roboqbo, ani w katalogach firmy. W materiałach dostarczonych przez innych Wykonawców w ramach wyjaśnień, również takie oznaczenie nie występuje.
Wykonawca firma Conrad przedstawiła fakturę proforma, na maszynę Qbo 15-0 + 4 opcje do tej maszyny, przy czym na każdą pozycję wyznaczona jest cena, co świadczy o niezależności tych elementów. Przyjmując za obowiązujące oznaczenie z faktury, oferta na urządzenie powinna być Qbo 15-0 +o. l-f-o.2+0.3+0.4. W ofercie znalazło się tylko Qbo 150 (wg oferenta powinno być Qbo 15-0), zatem nie zostały zaoferowane opcje wymagane przez oferenta. Uzupełnienie o nie oferty powoduje zmianę oferty w sposób istotny. Faktura proforma została wystawiona z 26 lutego 2013 roku, a więc na potrzeby wyjaśnienia. Nie zawiera podpisu jej wystawcy. Faktura proforma oferuje urządzenie Qbo 15 o kodzie 1419020030, które nie spełnia SIWZ, gdyż brak w niej konfiguracji pozwalającej na schładzanie. Schładzanie wodą występuje w kilku konfiguracjach, np. 1419020080; 1419020810; 1419020380.
Dostarczoną kopię pisma informującego o zmianie oznaczeń zał nr 6 do wyjaśnień, nie przyjmujemy, gdyż nie zawiera ono podpisu osoby przekazującej informację. Zresztą przedstawiciel firmy Roboqbo, w bezpośrednich kontaktach mailowych z zamawiającym, nie używa określenia 15-0, wskazuje na używanie kodów producenta (np. 1419020080; 1419020810; 1419020380) do określenie konfiguracji urządzenia.
Wykonawca zaoferował w poz 62 SIWZ wilk TS-22 RM Gastro. WG katalogu firmy RM Gastro na rok 2012/1013 (aktualny) pod tym symbolem oferowane jest urządzenie bez systemu UNGER. Wymagane przez zamawiającego parametry, w tym system UNGER, spełnia np. urządzenie o symbolu TS-22/D RM Gastro.

Wykonawca nie dostarczył certyfikatu na maszynę Bravo BIO (dot poz 25 SIWZ).

Zamawiający w pytaniach nie wskazał precyzyjnie, którego certyfikatu brakuje, bo nie było wiadomo, jaki model urządzenia został zaoferowany. Wykonawca zadeklarował, że maszyna o parametrach podanych w SIWZ będzie wyprodukowana."
Odwołujący zakwestionował każdy z tych powodów, przy czym Zamawiający, w złożonej odpowiedzi na odwołanie uznał zarzut dotyczący urządzenia sous vide, zauważając, że mylnie posłużył się w SIWZ pojęciem objętości, podczas gdy w powinno się w niej mówić o pojemności. Zasadność zarzutu stawianego w tej mierze została zatem przez Zamawiającego przyznana.

(2) Biorąc pod uwagę postawione zarzuty a także podane przez Zamawiającego powody odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, podkreślenia wymaga, że oceny treści oferty, jej zgodności z SIWZ należy dokonywać na podstawie całokształtu złożonych dokumentów i oświadczeń, jakich wymaga Zamawiający.

Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za nie odpowiadającą treści SIWZ, na podstawie wskazania niewłaściwych oznaczeń oferowanych urządzeń, to jest wskazania modelu, typu urządzeń, które w rzeczywistości nie posiadają wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności, czy nie funkcjonują w obrocie pod oznaczeniem podanym przez Odwołującego.

(3) Pierwsze z kwestionowanych urządzeń – maszyna do obróbki fizycznej i termicznej przez i mechanicznej układów wielofazowych zostało uznane Zamawiającego za niezgodne z SIWZ, wobec podania modelu maszyny firmy ROBOQBO, która nie jest od 2009 r. produkowana.

Odwołujący, wezwany do wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy treści oferty w zakresie oznaczenia tej maszyny, wytłumaczył powyższe dwoma literówkami w nazwie podanej w złożonym formularzu a także odbywającymi się pod koniec 2012 r. zmianami przez producenta w oznaczeniach maszyn tego rodzaju. Odwołujący podał, że oferowana przez niego maszyna, w rzeczywistości ma inne oznaczenie. Jednocześnie w formularzu Odwołujący opisał cechy i parametry maszyny, zgodne z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w SIWZ.
Zamawiający uznał, że Odwołujący zaoferował maszynę, której odpowiada oznaczenie modelu podane w ofercie, uznając że oferta nie odpowiada SIWZ.

(4) Natomiast w odniesieniu do wilka do mięsa, wobec którego Zamawiający wymagał, by był dwustopniowy, umożliwiający mielenie wstępne i właściwe (system UNGER),

wykonawca podał oznaczenie modelu urządzenia, które standardowo nie posiada tej funkcjonalności, przy czym jednocześnie w kolumnie wskazującej na cechy i parametry oferowanego urządzenia opisał urządzenie wskazując – bez żadnych

zastrzeżeń - że oferowana maszyna posiada system UNGER.
Wykonawca wezwany do wyjaśnienia w tej mierze oferty, potwierdził posiadanie przez oferowane urządzenie systemu UNGER. Na rozprawie Odwołujący, który stawił się osobiście, przesłuchany w charakterze strony podał, że zaoferował: „urządzenie *producenta ROBOQBO, maszyna nazywa się QBO, seria 15 z opcjami zawartymi w SIWZ, rok produkcji 2013, oznaczenie typu to podana przy nazwie liczba15; drugą istotną maszyną jest kompaktowa maszyna do produkcji lodów opisana w poz. 25 zał. nr 5a do SIWZ – Odwołujący zaoferował maszynę firmy BRAVO, typ TRITTICO BIO, model 30. Trzecią maszyną zaoferowaną jest wilk do mięsa opisany w poz. 62 zał. nr 5a do SIWZ - tu Odwołujący zaoferował urządzenie firmy RM GASTRO, typ TS-22/D.”.*
Poddając analizie dokonaną przez Zamawiającego ocenę oferty Odwołującego oraz uznanie jej za niezgodną z SIWZ, podkreślenia wymaga, że ofertę trzeba czytać w całości i każde z oświadczeń złożonych w jej ramach jest pełnowartościowym źródłem wiedzy o oferowanym przedmiocie. Zamawiający zaś wymagał podania nie tylko podania nazwy producenta i typu oferowanego urządzenia, ale także wyspecyfikowania cech i właściwości, jakimi oferowane urządzenie dysponuje. Na podstawie podanych informacji o producencie i typie urządzeń, Zamawiający samodzielnie, w oparciu o zdobyte przez siebie źródła (na konferencjach, targach, z powszechnie dostępnych, choć nie wymaganych w postępowaniu od wykonawców katalogów) identyfikował przedmiot i posiadane przez niego cechy i właściwości. Jeśli więc zachodziła w treści oferty niespójność polegająca na wskazaniu nazwy urządzenia, jego oznaczenia (typ, model), o którym Zamawiający wie, że nie jest już produkowane od 2009 r. i że zostało zastąpione urządzeniem nowszej generacji a zarazem wykonawca podał wszystkie wymagane przez Zamawiającego cechy i funkcjonalności urządzenia, które odpowiadają treści SIWZ, Zamawiający uprawniony jest do wyjaśnienia powyższej kwestii, co też w niniejszej sprawie miało miejsce. Nie jest jednak tak, że udzielone wyjaśnienia, wskazujące prawidłowe, aktualne oznaczenia urządzenia a także potwierdzające posiadanie przez urządzenia wymaganych przez Zamawiającego właściwości (co też zostało wyraźnie wyartykułowane w samej ofercie) oznaczają niedopuszczalną – w myśl art. 87 ust. 1 ustawy – zmianę treści oferty lub jej negocjowanie. Wciąż mieszczą się one w treści złożonej oferty.
Podkreślenia wymaga, że ofertę należy traktować jako całość, zespół zawartych w złożonych dokumentach oświadczeń i informacji, które mówią o oferowanym przedmiocie. Podstawę oceny w przedmiocie zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powinno stanowić nie tylko jednostkowe, ujęte w formularzu oświadczenie wykonawcy dotyczące niewłaściwie oznaczonego urządzenia, ale całokształt dokumentów, jakie się na ofertę składają, a które opisują oferowany przedmiot.
Należy bowiem mieć na uwadze, że postępowanie o zamówienie publiczne realizuje

się, co do zasady, przez przystąpienie przez wykonawcę do jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu. Zasadą jest bowiem, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i składając w nim swoją ofertę chce uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom i oczekiwaniom stawianym przez zamawiającego, w tym przede wszystkim w zakresie oferowanego przedmiotu, tak by odpowiadał on treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślenia wymaga bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwania. W tym miejscu należy powołać stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia

23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (…)".* Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia.

Konsekwentnie, celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trudno, w świetle zasad doświadczenia życiowego, uznać za racjonalne działanie wykonawcy, polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Innymi słowy, zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki czy przeoczenia.

Tym samym, należy przyjąć, że w postępowaniu o zamówienie publiczne, służącym do wyłonienia wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa nie zostały wyłączone, charakterystyczne dla prawa cywilnego mechanizmy, służące ustaleniu treści składanego oświadczenia woli (oferty). W myśl art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisy ustawy – Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez

zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z brzmieniem art. 65 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje; w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się jej dosłownym brzmieniu. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera instrumenty, mające służyć ustaleniu treści oświadczenia woli, w tym ocenie, czy oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W pierwszym rzędzie przepis art. 87 ust. 1 przewiduje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 87 ust. 2 ustawy obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich; oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie w takim wypadku zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty – w razie braku wyrażenia braku zgody na taką poprawę (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy). Opisane instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Osiągnięciu tego celu służą również, opracowywane przez zamawiającego dokumenty mające służyć prezentacji oświadczenia woli, w tym zwyczajowo stosowane wszelkiego rodzaju formularze ofertowe, formularze opisujące w jednakowym, ustandaryzowanym kształcie oferowany przedmiot.

Istotne jest bowiem, czy na podstawie treści oferty możliwe jest ustalenie, czy oferowany przedmiot spełnia stawiane przez zamawiającego wymagania. Dla ustalenia powyższego konieczne jest uwzględnienie wszystkich dokumentów składających się na ofertę i prezentujących oferowany pojazd, nie wystarczy poprzestanie na wybranym elemencie tej oferty, nawet jeśli pomiędzy dokumentami opisującymi oferowany przedmiot zachodzi niespójność. Wyeliminowaniu tej niespójności służą przewidziane przepisami instrumenty służące ustaleniu treści oświadczenia woli w zakresie oferowanego pojazdu.

Koniecznym jest zatem ustalenie, czy na gruncie analizowanej sprawy, na podstawie wszystkich dokumentów składających się na ofertę można stwierdzić, że wykonawca zaoferował urządzenia niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Na podstawie treści oferty, na powyższe pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

W tych warunkach brak było podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że oferta jest

niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a tym samym automatycznego rozpatrywania jej w kategorii art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

(5) W zakresie kompaktowej maszyny wielofunkcyjnej do produkcji lodziarskiej i cukierniczej Zamawiający uznał, iż nie odpowiada ona treści SIWZ, z uwagi na to, że wykonawca nie złożył wymaganych certyfikatów.

Zgodzić się trzeba z Zamawiającym, iż wbrew twierdzeniu Odwołującego, w postępowaniu było stawiane wymaganie złożenia certyfikatu wobec tej maszyny. W odpowiedzi na odwołanie a także na rozprawie Zamawiający prezentował stanowisko że nie dookreślał rodzaju certyfikatu, z uwagi na to, że nie wiedział, jakie urządzenia zostaną zaoferowane. Na rozprawie Zamawiający wskazał, że wykonawcy obowiązani byli złożyć certyfikat dotyczący bezpieczeństwa sanitarnego a także certyfikat (oświadczenie) odnoszący się do zgodności oferowanego urządzenia (procesu wykonywanego za jego pomocą) z Dyrektywami Unii Europejskiej 92/46 i 92/47 dotyczącymi przetwarzania świeżego mleka. W sekcji III.2 pkt 1 SIWZ (Wykaz dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego), Zamawiający postawił wymaganie, zgodnie z którym, „Wraz *z ofertą należy załączyć wszystkie wymagane w opisie certyfikaty i atesty. Zamawiający podał, że certyfikaty mają być wystawione przez niezależną jednostkę uprawniona do wydawania tego rodzaju zaświadczeń, dokumenty te mają być opisane w sposób niebudzący wątpliwości, do jakich urządzeń są dedykowane".*
Następnie, w załączniku 1 do SIWZ, stanowiącym Specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia, w części dotyczącej kompaktowej maszyny wielofunkcyjnej do produkcji lodziarskiej i cukierniczej (poz. 25 tej Specyfikacji), Zamawiający postawił między innymi wymagania:
„(…)
- *bezpieczeństwo sanitarne potwierdzone certyfikatem*
- *proces pasteryzacji/produkcji w zgodny z Dyrektywami Unii Europejskiej 92/46 i 92/47 dot. Przetwarzania świeżego mleka.*
(…)"

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SIWZ stwierdzenia wymaga, że, istotnie Zamawiający postawił wymaganie złożenia certyfikatu dotyczącego bezpieczeństwa sanitarnego. Wprawdzie nie zostało dookreślone, jaki certyfikat uczyni zadość wymaganiu Zamawiającego, niemniej jakikolwiek certyfikat, który potwierdzi bezpieczeństwo sanitarne oferowanego przedmiotu wykonawcy obowiązani byli złożyć. SIWZ nie została w powyższym zakresie na odpowiednim etapie zakwestionowana, w związku z czym powyższe wymaganie

wiąże wykonawców. Literalne brzmienie SIWZ: postanowienia zawartego w sekcji III.2 pkt 1 SIWZ odsyłającego do opisu (Specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia) nie pozostawia wątpliwości, że w Specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia mówi się o certyfikacie dotyczącym bezpieczeństwa sanitarnego. Ewentualne wątpliwości co do tego certyfikatu wykonawcy mogli rozwiać, składając wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ wyrażającej powyższe wymaganie. Na obecnym etapie, wszyscy – zarówno wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, jak i Zamawiający dokonując oceny ofert a także Krajowa Izba Odwoławcza oceniając czynności Zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej, są związani tak ukształtowanymi, definitywnymi postanowieniami SIWZ. W przeciwnym bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców: jeśli postawione i zakomunikowane wykonawcom w SIWZ postanowienia miałyby być elastycznie traktowane i w praktyce nierespektowane, nie można wyłączyć, że w postępowaniu znaleźliby się wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, którzy jednak nie złożyli ofert uznając, że w postępowaniu postawiono wymagania, które okazały się zbyt trudne do spełnienia.

Tym samym, wykonawcy obowiązani byli złożyć wspomniany certyfikat dotyczący kompaktowej maszyny wielofunkcyjnej do produkcji lodziarskiej i cukierniczej.

Nie dotyczy to jednak, wbrew stanowisku Zamawiającego, potwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu (wykonywanego za jego pomocą procesu pasteryzacji/produkcji) z Dyrektywami Unii Europejskiej 92/46 i 92/47, dotyczącymi przetwarzania świeżego mleka. Analiza literalnego brzmienia Specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie, wskazuje, że nie ma w nim mowy o udokumentowaniu zgodności z właściwymi dyrektywami jakimkolwiek certyfikatem czy nawet oświadczeniem. Jeśli intencją

Zamawiającego było uzyskanie potwierdzenia tej zgodności – wymaganie złożenia odpowiedniego certyfikatu powinno zostać wyraźnie, czy to w SIWZ czy w Specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia, wyartykułowane.

Reasumując, zasadnym jest stanowisko Zamawiającego co do istnienia w SIWZ wymagania złożenia certyfikatu dotyczącego bezpieczeństwa sanitarnego w zakresie kompaktowej maszyny wielofunkcyjnej do produkcji lodziarskiej i cukierniczej. Niezłożenie takiego certyfikatu – dotyczącego bezpieczeństwa higienicznego - nie mogło jednak automatycznie skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy). Powyższy certyfikat, jako dokument potwierdzający, że oferowany przedmiot spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy) powinien podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Nie może stanowić substytutu tego wezwania, wystosowane przez Zamawiającego w dniu 6 marca 2013 r. wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Podkreślenia dalej

wymaga, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter obligatoryjny, zamawiający jest zwolniony z obowiązku jego zastosowania jedynie wtedy, gdy mimo uzupełnianie dokumentów oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis ten stanowi, że zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z kolei z art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wynika obowiązek Zamawiającego do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych mają charakter bezwzględnie obowiązujących i nakładają na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Powyższe determinuje wniosek, że Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia spornego certyfikatu dotyczącego bezpieczeństwa sanitarnego, na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przesądzanie o powyższym jest na obecnym etapie niemożliwe i pozostaje w sferze oceny dokonywanej przez Zamawiającego w ramach nakazanego ponownego badania i oceny ofert.

(6) Odwołujący postawił także zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy oraz naruszenie § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223 poz. 1458) - polegające na niewykonaniu obowiązków wynikających z tych przepisów.

W powyższym zakresie podkreślenia wymaga, że okoliczność, że Zamawiający „dopiero” dnia następnego udostępnił wnioskowany załącznik do protokołu, pomimo wniosku wykonawcy o „niezwłoczne” jego udostępnienie, nie stanowi jeszcze o naruszeniu wskazanego przepisu. Istotnie, Zamawiający powinien udostępnić pełną korespondencję, jaką prowadził w postępowaniu z podmiotami trzecimi, szczególnie jeśli miałaby być ona podstawą dokonywanej w postępowaniu oceny oferty. Powyższe jednak pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy.

V. ROZSTRZYGNIĘCIE O śĄDANIACH ODWOŁANIA:

Opisane wyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy. Ocena rzeczywistego wpływu na wynik nastąpić jednak może dopiero po uwzględnieniu wszystkich okoliczności analizowanej sprawy: skutku wezwania do uzupełnienia dokumentu, oceny oferty Odwołującego, ewentualnie innych czynności przedsięwziętych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Wskazane wyżej okoliczności przemawiają za uznaniem, że negatywna ocena oferty

Odwołującego była przedwczesną. Potwierdziły się zarzuty wskazujące na niewłaściwą ocenę przez Zamawiającego polegającą na uznaniu oferty Odwołującego za niezgodną z SIWZ w zakresie oznaczenia typu/modelu maszyny do obróbki fizycznej i mechanicznej i termicznej układów wielofazowych a także w zakresie uznania, że urządzenie – wilk do mięsa nie posiada zapewnionej funkcjonalności UNGER.

Powyższe decydowało o uwzględnieniu odwołania i nakazaniu Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w zakresie, jaki wynika z uwzględnienia zarzutów odwołania. Nakazano zatem o unieważnieniu uczynności odrzucenia oferty Odwołującego, która nie znalazła potwierdzenia w podstawach podanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 19 marca 2013 r. (a następnie z 22 marca 2013 r.) a także o nakazaniu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, mimo że Odwołujący takiego żądania nie postawił, jako że powyższe jest naturalną konsekwencją uchylenia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy.

W ramach ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający obowiązany jest do wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentu w postaci certyfikatu dotyczącego bezpieczeństwa sanitarnego, o którym mowa w sekcji III. 2 pkt 1 SIWZ w związku z treścią Specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia, w części dotyczącej kompaktowej maszyny wielofunkcyjnej do produkcji lodziarskiej i cukierniczej (poz. 25 tej Specyfikacji), jeśli spełnione zostaną przesłanki wskazane w powołanym przepisie (oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu; postępowanie nie podlega unieważnieniu), co jednak zależy od wyników dokonywanej ponownej oceny i badania ofert. Nie uwzględniono żądania nakazania Zamawiającemu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej – powyższe jest bowiem konsekwencją badania i oceny oferty i zależy od jej wyniku. Na obecnym etapie jego przesądzanie jest przedwczesne, zależy od wyniku uzupełnienia treści dokumentu (certyfikatu dotyczącego bezpieczeństwa sanitarnego) a także ewentualnych innych czynności Zamawiającego, zatem zostało pozostawione do oceny Zamawiającego.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł, maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Przewodniczący: