

WYROK

z dnia 13 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2017 r. przez Wykonawcę **R. P.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **MEGAMASZYNY R. P.**, ul. Guznera 55, 47-175 Spórok w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Sinevia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim przy ul. Ignacego Paderewskiego 6 (05-100 Nowy Dwór Mazowiecki)

przy udziale

Wykonawcy **Wypożyczenie Stacji Obsługi Pojazdów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gliwicach przy ul. Pszczyńskiej 306 (44-100 Gliwice) przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 09.01.2017 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, a także nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy W.S.O.P Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp i powtórzenie czynności oceny ofert nie podlegających odrzuceniu.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Sinevia Sp. z o.o. z/s w Nowym Dworze Mazowieckim i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę – R. P. (MEGAMASZYNY R. P.), tytułem wpisu od odwołania;

2.3 Zasądza od Zamawiającego – Sinevia Sp. z o.o. z/s w Nowym Dworze Mazowieckim na rzecz Wykonawcy – R. P. (MEGAMASZYNY R. P.), kwotę **18 600 zł.00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

Sygn. Akt: KIO 133/17

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Sinevia Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę wyposażenia stacji diagnostycznej (Kraków, ul. Tyniecka 45)* (nr postępowania SVA/J/4620/218/2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 10 grudnia 2016 r., 2016/S 239-435379, Wykonawca – R. P. prowadzący działalność pod nazwą MEGAMASZYNY R. P. (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 19 stycznia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 133/17). Odwołanie dotyczy czynności podjętych w postępowaniu, tj. badania i oceny oferty Wykonawcy W.S.O.P. Sp. z o.o., zakończonej jej wyborem jako najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował o podjętych czynnościach w informacji o wyniku postępowania przekazanej w dniu 9 stycznia 2017 r. drogą mailową.

Odwołanie wskazuje na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

1. bezpodstawnym zaniechaniu odrzucenia oferty Wypożyczenie Stacji Obsługi Pojazdów Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej: „WSOP”), pomimo że w wymienionym poniżej zakresie jest ona niezgodna z wymaganiami odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”):

1.1. Zintegrowany system do montażu/demontażu sprężyn układów zawieszenia wg karty katalogowej (poz. 9 z wypełnionego Załącznika nr 8 do SIWZ),

1.2. HDL 98 Szlifierka oscylacyjno-obrotowa oraz,

1.3. Wózek napęd ręczny z windą elektryczno-hydrauliczną EAN-4025091;

2.prowadzeniu negocjacji z WSOP poprzez wezwanie WSOP do wyjaśnień, a następnie uznanie ich za zasadne, co w sposób istotny zmieniło treść oferty WSOP w zakresie zaoferowanego urządzenia HDL 98 Szlifierka oscylacyjno-obrotowa;

3.bezpodstawnym zaniechaniu wykluczenia WSOP, choć wykonawca ten w wyniku swojej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje dotyczące się oferowanych urządzeń: HDL 98 Szlifierka oscylacyjno-obrotowa oraz Wózek napęd ręczny z windą elektryczno-hydrauliczną EAN-4025091, które to informacje wprowadziły Zamawiającego w błąd, co istotnie wpłynęło na decyzję Zamawiającego, gdyż oferta WSOP została wybrana jako najkorzystniejsza,

z ostrożności:

4.zaniechanie wezwania WSOP do uzupełnień w zakresie poniżej wskazanym:

4.1.analizy porównawczej pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym, wskazanym w poz. 1 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ,

4.2zaświadczenia niezależnego podmiotu, uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że produkt równoważny, wskazany w poz. 1 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ, odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym, określonym przez Zamawiającego w SIWZ,

4.3analizy porównawczej pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym, wskazanym w poz. 2 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ,

4.4zaświadczenia niezależnego podmiotu, uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że produkt równoważny, wskazany w poz. 2 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ, odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym, określonym przez Zamawiającego w SIWZ,

4.5analizy porównawczej pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym, wskazanym w poz. 3 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ,

4.6zaświadczenia niezależnego podmiotu, uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że produkt równoważny, wskazany w poz. 3 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ, odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym, określonym przez Zamawiającego w SIWZ,

4.7analizy porównawczej pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym, wskazanym w poz. 4 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ,

4.8zaświadczenia niezależnego podmiotu, uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że produkt równoważny, wskazany w poz. 4 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ, odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym, określonym przez Zamawiającego w SIWZ,

4.9analizy porównawczej pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym, wskazanym w poz. 5 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ,

4.10zaświadczenia niezależnego podmiotu, uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że produkt równoważny, wskazany w poz. 5 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ, odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym, określonym przez Zamawiającego w SIWZ,

4.11analizy porównawczej pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym, wskazanym w poz. 6 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ,

4.12zaświadczenia niezależnego podmiotu, uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że produkt równoważny, wskazany w poz. 6 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ, odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym, określonym przez Zamawiającego w SIWZ,

4.13analizy porównawczej pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym, wskazanym w poz. 7 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ,

4.14zaświadczenia niezależnego podmiotu, uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że produkt równoważny, wskazany w poz. 7 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ, odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym, określonym przez Zamawiającego w SIWZ,

4.15analizy porównawczej pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym, wskazanym w poz. 8 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ,

4.16zaświadczenia niezależnego podmiotu, uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że produkt równoważny, wskazany w poz. 8 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ, odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym, określonym przez Zamawiającego w SIWZ,

4.17karty katalogowej lub specyfikacji technicznej dla urządzenia wskazanego w poz. 9 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ,

4.18analizy porównawczej pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym, wskazanym w poz. 9 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ,

4.19zaświadczenia niezależnego podmiotu, uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że produkt równoważny, wskazany w poz. 9 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ, odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym, określonym przez Zamawiającego w SIWZ,

oraz:

5.zaniechanie równego traktowania wykonawców, biorących udział w postępowaniu, oraz prowadzenia postępowania w sposób konkurencyjny,

6.zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Na skutek opisanych powyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścić się miał naruszenia przepisów Ustawy Pzp:

1.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do stwierdzenia, że oferta WSOP jest zgodna z treścią SIWZ, choć w ramach tej oferty WSOP:

1.1.zaniechała zaoferowania zintegrowanego systemu do montażu/demontażu sprężyn układów zawieszenia wg karty katalogowej (poz. 9 z wypełnionego Załącznika nr 8 do SIWZ), gdyż nie wskazała, jakie urządzenie zaoferowała (brak jakichkolwiek danych, mogących zidentyfikować urządzenie, chociażby takich jak marka, nazwa, model, numer serii, parametry techniczne itp.),

1.2.zaoferowała urządzenie HDL-98 szlifierka oscylacyjno-obrotowa, które nie spełnia wymogu pochodzenia z bieżącej produkcji,

1.3.zaoferowała wózek z napędem ręcznym z windą elektryczno-hydrauliczną EAN- 4025091, które nie spełnia wymogu pochodzenia z bieżącej produkcji;

2.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do przyjęcia, iż nie stanowi niedozwolonych negocjacji z Wykonawcą przyjęcie za zasadne wyjaśnień WSOP, w których WSOP dokonuje faktycznej zmiany oferowanego urządzenia z HDL - 98 szlifierka oscylacyjno- obrotowa, które nie jest już produkowane, na urządzenie inne urządzenie, o odmiennych parametrach, HD 98 szlifierka oscylacyjno-obrotowa, które jest w bieżącej produkcji;

3.art. 7 ust. 11 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz wyjaśnień udzielonych przez WSOP, a co za tym idzie jest uprawniony do bezkrytycznego przyjęcia wszystkich informacji podawanych przez WSOP, gdyż nie ma obowiązku badania ich pod kątem złożenia nieprawdziwych informacji / informacji wprowadzających w błąd, skutkiem czego przyjął za prawdziwe twierdzenia, że WSOP jest w stanie dostarczyć urządzenia, które nie są w bieżącej produkcji.

z ostrożności:

4.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do wyboru oferty niekompletnej, zawierającej szereg braków w dokumentacji dotyczącej się zaoferowanych produktów równoważnych,

oraz:

5.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, w tym również w zakresie spełnienia przez oferowane urządzenia warunki SIWZ, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo że po zastosowaniu przedstawionych w CZEŚCI XIV kryteriów oceny ofert uzyskuje ona najwyższą ilość punktów.

W związku z opisanymi naruszeniami, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem:

2.1.wykluczenia WSOP z postępowania z uwagi na lekkomyślne lub niedbałe przekazanie informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do parametrów oferowanych urządzeń, c o miało istotny wpływ na wynik postępowania,

2.2.odrzucenia oferty WSOP z uwagi na jej niezgodność z SIWZ w zakresie:

2.2.1.zaniechania zaoferowania zintegrowanego systemu do montażu / demontażu sprężyn układów zawieszenia zgodnego z Załącznikiem nr 1 SIWZ lub urządzenia równoważnego,

2.2.2.zaoferowanie urządzenia HDL 98 Szlifierka oscylacyjno-obrotowa, które nie jest obecnie produkowane, zamiast urządzenia równoważnego np. HD 98 Szlifierka oscylacyjno- obrotowa,

2.2.3.zaoferowanie urządzenia Wózek napęd ręczny z windą elektryczno- hydrauliczną EAN-4025091, które nie jest

obecnie produkowane, zamiast urządzenia równoważnego,
3.dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ad. 1 – ocena oferty WSOP jako zgodnej z siwz, co powadzić miało do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp.

Zamawiający w załączniku nr 7 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” przedstawił

„szczegółową ilość i opis zamówienia”, równocześnie zastrzegając, że „w każdym przypadku, gdzie w SIWZ przedmiot zamówienia został opisany za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia (nazw handlowych), Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych. Zamawiający za produkt równoważny uważa produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada takie same lub lepsze do produktu referencyjnego cechy i parametry” (Część III, Opis przedmiotu zamówienia ust. 2 SIWZ).

Dalej Zamawiający zastrzegł, że w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został opisany przez podanie produktu referencyjnego, a wykonawca oferuje produkt równoważny, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wraz z ofertą:

(a)wypełniony załącznik nr 8 do SIWZ, ze wskazaniem, które materiały lub urządzenia wykonawca oferuje w ramach oferty równoważnej,

(b)zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym,

(c)karty katalogowe lub specyfikacje techniczne, charakteryzujące parametry techniczne oferowanych materiałów lub urządzeń równoważnych,

(d)analizę porównawczą, z której jednoznacznie będzie wynikać że zaoferowane materiały / urządzenia są w pełni równoważne do tych wskazanych w dokumentacji projektowej / technicznej (patrz: Część VII „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie dostarczyć mają Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia” ust. 1 pkt 6 SIWZ).

W odniesieniu do pierwszego z kwestionowanych urządzeń opisanych jako zintegrowany system do montażu/demontażu sprężyn układów zawieszenia wg karty katalogowej (poz. 9 z wypełnionego Załącznika nr 8 do SIWZ), stwierdzić należy, że tak wskazany przedmiot oferty

nie pozwala Zamawiającemu na weryfikację, jakie urządzenie zostało zaoferowane, a tym bardziej, czy zaoferowany produkt równoważny rzeczywiście spełnia warunki SIWZ. Brak bowiem jest jakichkolwiek danych pozwalających na identyfikację zaoferowanego sprzętu. W treści Załącznika nr 8 do SIWZ WSOP napisała jedynie:

„Zintegrowany system do montażu / demontażu sprężyn układów zawieszenia. Z wyposażeniem do montażu/demontażu sprężyn zawieszenia - wg zał. Nr 1, Poz. 5 (dział napraw podzespołów i układów zasilania) - Zintegrowany system do montażu/demontażu sprężyn układów zawieszenia wg karty katalogowej”.

Dla porównania, w każdej z pozostałych ośmiu pozycji, WSOP dokładnie wskazuje jakie urządzenie oferuje, poprzez odniesienie się do marki, modelu oraz numeru danego urządzenia. Jedynie w odniesieniu do zintegrowanego systemu do montażu / demontażu sprężyn układów zawieszenia WSOP nie wskazał co właściwie oferuje. Zaś zamiast specyfikacji technicznej czy kart katalogowych, WSOP przekazała własne, bardzo zdawkowe oświadczenie, opisujące całą kategorię sprzętów, nie zaś jedno, konkretne urządzenie. Oświadczenie to nie zawiera jakichkolwiek danych, pozwalających na zidentyfikowanie urządzenia, takich chociażby jak marka, nazwa i model urządzenia czy też indywidualny numer serii / numer EAN czy też parametry techniczne wskazujący na jeden, konkretny sprzęt. W ofercie W O S P wskazano: *„Zintegrowany system do montażu i demontażu układów zawieszenia oparty jest na stole montażowym, który wyposażony jest w kratownicę (panel narzędziowy) oraz system oświetlenia LED. W skład systemu wchodzi nowy ściągacz, który pracuje z kluczem udarowym, ale bez konieczności używania nasadki. System jest także wyposażony w imadło warsztatowe. Cała konstrukcja gwarantuje bezpieczeństwo oraz komfort pracy.”*

Dla porównania, w odniesieniu do każdej z pozostałych ośmiu pozycji Załącznika nr 8 do SIWZ, WSOP dołączyła do oferty karty katalogowe lub specyfikacje techniczne, które potwierdzają, że model wskazany w treści oferty spełnia wymagania SIWZ. Takie różnicowanie omawianego urządzenia nasuwa przypuszczenie, że w dniu składania ofert WSOP nie miała wiedzy, co będzie przedmiotem dostawy w ramach omawianego żądania, gdyż w ofercie nie sprecyzowała, jakie urządzenie oferuje.

Innymi słowy, zaniechanie wskazania przez WSOP, jakie urządzenie zostało zaoferowane w poz. 9 wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ, powoduje konieczność odrzucenia tej oferty, gdyż brak tej treści nie może zostać nadpisany przez Zamawiającego, ani uzupełniony przez WSOP. Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie ocenia podobne stany faktyczne (przykładowo, wyrok z dnia 18 listopada 2013 r., sygn. akt: KIO 2574/13).

W odniesieniu do dwóch kolejnych urządzeń, tj. HDL - 98 szlifierka oscylacyjno-obrotowa oraz wózek napęd ręczny z windą elektryczno-hydrauliczną EAN-4025091, Odwołujący wskazał, że przyczyną odrzucenia oferty jest zaoferowanie produktów, które nie spełniają

warunku, aby przedmiot zamówienia pochodził z „bieżącej produkcji”. Termin „bieżąca produkcja” należy rozumieć jako przypadająca na obecną chwilę zorganizowana działalność, mająca na celu wytwarzanie jakichś towarów. Innymi słowy, linia produkcyjna urządzenia wskazanego w ofercie musi być w toku. Przeciwnieństwem linii produkcyjnej w toku, jest linia produkcyjna, która jeszcze nie została uruchomiona (urządzenie prototypowe) lub linia produkcyjna zakończona (produkt już nie produkowany, np. z uwagi na wady urządzenia lub znaczny postęp technologiczny). Zarówno w odniesieniu do urządzenia HDL - 98 jak i wózek napęd ręczny z windą elektryczno-hydrauliczną EAN-4025091, warunek produkcji bieżącej nie jest spełniony. Producent HAMACH zakończył produkcję szlifierki oscylacyjno-obrotowej HDL - 98 zakończył produkcję modelu oznaczonego numerem 000216 w 2010 roku. Zaś w odniesieniu do wózka napęd ręczny z windą elektryczno-hydrauliczną EAN-4025091 producent Columbus McKinnon Industrial Products GmbH, zakończył produkcję modelu oznaczonego tym numerem EAN w 2011 roku.

Zatem, wykonawcy, chcąc złożyć ofertę zgodną z treścią SIWZ, nie byli uprawnieni do zaoferowania produktu referencyjnego w omawianych, dwóch zakresach, lecz winni byli zaoferować produkty równoważne, celem spełnienia wszystkich wymogów SIWZ, w tym również dotyczącego się „bieżącej produkcji” urządzeń. Zaoferowanie zaś przez WSOP produktów referencyjnych, które nie spełniają warunku „bieżącej produkcji” powoduje konieczność odrzucenia tej oferty.

Oferta WSOP podlega odrzuceniu z uwagi na wystąpienie trzech niezależnych niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Zatem, Zamawiający powinien był wskazać w informacji o wyniku postępowania, iż odrzuca ofertę WSOP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na istotne niezgodności oferty z warunkami dotyczącymi się (a) zintegrowanego systemu do montażu/demontażu sprężyn układów zawieszenia wg karty katalogowej (poz. 9 z wypełnionego Załącznika nr 8 do SIWZ), (b) HDL - 98 szlifierki oscylacyjno-obrotowej oraz (c) wózka napęd ręczny z windą elektryczno-hydrauliczną EAN-4025091.

Ad. 2 – prowadzenie niedozwolonych negocjacji i dopuszczenie zmiany oferowanego urządzenia HDL – 98, jako podstawa zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 zdanie drugie Ustawy Pzp.

W świetle treści oferty WSOP oraz przepisów ustawy Pzp i ich wykładni Odwołujący stwierdził, że względem oferty WSOP nie zachodzą podstawy pozwalające Zamawiającemu na zastosowanie trybu z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem, Zamawiający słusznie postąpił nie ingerując fizycznie w treść oferty WSOP. Jednakże, treść oferty WSOP w dniu jej otwarcia była inna niż w dniu jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej. Mianowicie, w dniu składania ofert, WSOP zaoferowała produkt referencyjny HDL 98 szlifierka oscylacyjno-obrotowa.

Natomiast, w wyniku prowadzonych z Zamawiającym negocjacji, w omawianym zakresie WSOP zaoferowała sprzęt równoważy, tj. HD 98 szlifierka oscylacyjno-obrotowa.

Negocjacje zostały przeprowadzone w wyniku wezwania do wyjaśnień z dnia 30.12.2016r., w których Zamawiający zapytuje WSOP w odniesieniu m.in. właśnie do urządzenia HDL 98 szlifierka oscylacyjno-obrotowa, „czy faktycznie zaoferowali Państwo właśnie to urządzenie w tych pozycjach Formularza cenowego, i czy będą pochodzić one z bieżącej produkcji i będą fabrycznie nowe”. Już samo sformułowanie pytania świadczy, że Zamawiający chciał niejako dać możliwość „wyjaśnienia” WSOP, że choć wskazała jako oferowany produkt HDL 98 szlifierkę oscylacyjno-obrotowa, to tak naprawę, choć tego nie napisała w swojej ofercie, zaoferowała zupełnie inny produkt, równoważny do referencyjnego. W „wyjaśnieniach” z dnia 02.01.2017r., bardzo pokrętnie stwierdza, że owszem, zaoferowała HDL 98 Szlifierka oscylacyjno-obrotowa, z tym że „producent wprowadził zmianę literową w oznaczeniu szlifierki (na HD 98) z zachowaniem wszystkich parametrów”. Po czym, WSOP raz jeszcze zadeklarowała „zrealizowanie dostawy urządzenia HDL 98”.

Zamawiający nie zweryfikował przedstawionych przez WSOP twierdzeń, lecz przyjął je bez zastrzeżeń. Tym samym, przyjął zamianę oferowanych urządzeń już po otwarciu ofert, pomimo że jest to niezgodne z prawem. Nie przeszkadzał Zamawiającemu nawet fakt, że WSOP nie wskazała w wypełnionym Załączniku nr 8 do SIWZ, że oferuje sprzęt równoważny w zakresie omawianego urządzenia, nie przekazała wraz z ofertą karty katalogowej lub specyfikacji technicznej HD98 szlifierki oscylacyjno-obrotowej, ani zaświadczenia niezależnego podmiotu, potwierdzającego równoważność HD98 szlifierki oscylacyjno- obrotowa do produktu referencyjnego, ani analizy porównawczej obydwu sprzętów.

Zdaniem Odwołującego opisane działania Zamawiającego - jako wprost niezgodne z treścią art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp, - nie zasługują na ochronę prawną. Dlatego też, Zamawiający powinien był ocenić oryginalną treść oferty WSOP względem treści SIWZ, zaś przyjęcie przez Zamawiającego, iż dostawa przez WSOP urządzenia HD 98 szlifierka oscylacyjno- obrotowa (tj. produktu odmiennego niż wskazany w ofercie WSOP) nie narusza przepisów ustawy Pzp, winno być ocenione jako nielegalne negocjacje Zamawiającego z Wykonawcą.

Ad. 3 – wprowadzenie Zamawiającego w błąd, jako podstawa zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp.

Wykonawca WSOP wprowadził Zamawiającego w błąd co do specyfikacji technicznej obu omawianych szlifierek, a Zamawiający, z uwagi na bezkrytyczne przyjęcie twierdzeń WSOP, miał ich zbadać pod kątem prawdziwości, wybrał ofertę WSOP jako najkorzystniejszą. Zamawiający zaniechał więc wykluczenia WSOP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Podobnie sytuacja wygląda z drugim urządzeniem, którego dotyczył wniosek o wyjaśnienie z dnia 30.12.2016r., tj. wózek napęd ręczny z windą elektryczno-hydrauliczną EAN-4025092. Na pytanie Zamawiającego (tj. czy WSOP oferując wózek o nr. EAN- 4025092 rzeczywiście zaoferował wózek o nr. EAN-4025092), WSOP oświadczyła: „*potwierdzamy zaoferowanie urządzenia Wózek napęd ręczny z windą elektryczno-hydrauliczną EAN-4025092 nowego fabryczne i z bieżącej produkcji w cenie 14268,00 pln brutto*”. Również i tym razem Zamawiający, zamiast zbadać treść oświadczenia WSOP przyjął ją bezkrytycznie.

Reakcja Zamawiającego na odpowiedź WSOP dziwi Odwołującego, gdyż sam fakt, że takie zapytanie Zamawiający skierował do WSOP wskazuje, że Zamawiający zdawał sobie sprawę z problemu z dostawą tych dwóch sprzętów „z bieżącej produkcji”. Mimo to, z uwagi na nie podjęcie się trudu zbadania prawdziwości oświadczeń WSOP z dnia 02.01.2017r., Zamawiający dał się wprowadzić w błąd co do zgodności zaoferowanych sprzętów z treścią SIWZ, i wybrał ofertę WSOP. Tymczasem, Zamawiający powinien był należycie zbadać ofertę WSOP i w konsekwencji wskazać w informacji z postępowania, iż wyklucza WSOP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z uwagi na przedstawienie przez WSOP informacji wprowadzających w błąd, które miały istotny wpływ na Zamawiającego, gdyż skutkowały uznaniem, że HDL 98 oraz HD 98 to produkty tożsame, będący w „bieżącej produkcji”, podobnie jak wózek napęd ręczny z windą elektryczno-hydrauliczną EAN- 4025091.

Ad 4. – zaniechanie wezwania WSOP do uzupełnienia dokumentów, jako podstawa zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający był zwolniony z obowiązku wezwania WSOP do uzupełnienia dokumentów wskazanych w petitum odwołania, z uwagi na podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy:

Pomimo powyższego, z najdalej idącej ostrożności, Odwołujący wskazał, że oprócz wymienionych błędów w ofercie, skutkujących koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oraz oprócz konieczności wykluczenia WSOP z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, oferta WSOP jest niezgodna z treścią SIWZ również w zakresie wymogu przedstawienia do wszystkich produktów równoważnych kompletu trzech dokumentów:

- (a) karty katalogowej lub specyfikacji technicznej (dokumentacja nie dostarczona dla 1 ww. urządzenia równoważnego),
- (b) analizy porównawczej pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym, (dokumentacja nie dostarczona dla żadnego z 9 zaoferowanych urządzeń równoważnych),
- (c) zaświadczenia niezależnego podmiotu, uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzające, że produkt równoważny odpowiada normom lub specyfikacjom technicznym, określonym przez Zamawiającego w SIWZ (dokumentacja nie dostarczona dla żadnego z 9 zaoferowanych urządzeń równoważnych).

Odwołujący w piśmie procesowym złożonym przed otwarciem rozprawy przedstawił dalszą argumentację wraz z dowodami mającymi potwierdzać okoliczności, z których wywodził podstawę zarzutów kierowanych wobec badania i oceny oferty WSOP (pismo z dnia 31.01.2017 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca WSOP. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie (pismo z 08.02.2017 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. W tym zakresie Izba uwzględniła zakres zarzutów, które dotyczyły czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, a których konsekwencją było ustalenie niekorzystnego dla Odwołującego wyniku postępowania. Odwołaniem wykonawca zmierza do wzruszenia czynności kończących postępowanie, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej, która w ocenie Odwołującego powinna być odrzucona. Oceniając zatem interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia wystarczającym było ustalenie, czy

kwestionowane czynności powodowałyby tego rodzaju konsekwencje, w których oferta Odwołującego nie może być wskazana jako najkorzystniejsza. W momencie wniesienia odwołania sytuacja faktyczna w postępowaniu uzasadniała skorzystanie z ochrony prawnej jaką daje odwołanie wobec nieprawidłowej czynności oceny i wyboru oferty wybranej, kończącej postępowanie. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zasadniczo ustalenia Izby skupiały się wokół opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w siwz i załącznikach oraz treści oferty wybranej WSOP w odniesieniu oferowanych urządzeń, tj. szlifierki oscylacyjno –obrotowej (poz. 114), wózka z napędem ręcznym z windą elektryczno-hydrauliczną (poz. 138), zintegrowany system do montażu/demontażu układów zawieszenia (poz. 9) oraz dokumentów potwierdzających ich parametry techniczne.

Zamawiający w załączniku nr 7 do siwz opisał szczegółowe parametry urządzeń w części opatrzone pieczęcią o treści „urządzenia zaprojektowano jako przykładowe, istnieje możliwość ich zmiany na równoważne po konsultacji z projektantem” opatrzone parafą. Dodatkowo w siwz (część III ust. 2 OPZ) Zamawiający zastrzegł, że w każdym przypadku, gdzie w SIWZ przedmiot zamówienia został opisany za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia (nazw handlowych), Zamawiający dopuszcza składania ofert równoważnych. Zamawiający za produkt równoważny uważa produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada takie same lub lepsze do produktu referencyjnego cechy i parametry.

Dalej, w części III OPZ Zamawiający zastrzegł, że w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został opisany przez podanie produktu referencyjnego, a wykonawca oferuje produkt równoważny, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wraz z ofertą:

- (a)wypełniony Załącznik nr 8 do SIWZ, ze wskazaniem, które materiały lub urządzenia wykonawca oferuje w ramach oferty równoważnej,
- (b)zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym,
- (c)karty katalogowe lub specyfikacje techniczne, charakteryzujące parametry techniczne oferowanych materiałów lub urządzeń równoważnych,
- (d)analizę porównawczą, z której jednoznacznie będzie wynikać że zaoferowane materiały / urządzenia są w pełni równoważne do tych wskazanych w dokumentacji projektowej / technicznej (patrz: Część VII „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie dostarczyć mają Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia” ust. 1 pkt 6 SIWZ).

W części VII pkt 1 ppkt 6 SIWZ Zamawiający wymagała złożenia wraz z ofertą: *w przypadku złożenia oferty równoważnej – kart katalogowych lub specyfikacji technicznych charakteryzujących parametry oferowanych materiałów równoważnych, dokumenty potwierdzające parametry techniczne i analizę porównawczą, z której jednoznacznie będzie wynikać, że są one w pełni równoważne do materiałów i urządzeń wskazanych w dokumentacji projektowej/technicznej – zgodnie z ww. złożonym oświadczeniem.* Oświadczenie do którego odsyła zapis dotyczy oświadczenia o zastosowanych materiałach lub urządzeniach składanego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ.

W części III.2 siwz (OPZ) Zamawiający zastrzegł, iż przedmiot zamówienia ma pochodzić z bieżącej produkcji i być fabrycznie nowy.

Zamawiający w ramach zintegrowanego systemu do montażu/demontażu układów zawieszenia wymagał, aby *w skład systemu wchodził nowy ściągacz oraz stół montażowy przystosowany do pracy 2-in-1. Ściągacz posiada patent, dzięki któremu możliwe jest zastosowanie do wszystkich rodzajów sprężyn. Ściągacz pracuje z kluczem udarowym, ale bez konieczności używania nasadki. Można zakupić sam ściągacz bez stołu. Stół montażowy posiada samodzielny napęd bez konieczności używania klucza udarowego. Scangrip 1 powoduje bezpieczny montaż i demontaż kolumn McPherson, który odbywa się łatwiej i szybciej. Nie trzeba inwestować w różne szczęki, unikając tym samym nadmiaru narzędzi w warsztacie, ponieważ wystarczą tylko jedno o odpowiednim kształcie i zabezpieczeniach.*

W odniesieniu do szlifierki oscylacyjno-obrotowej Zamawiający wprost w opisie wskazał na przykładowe urządzenie: HDL 98 Szlifierka oscylacyjno-obrotowa art. nr 000216 – pneumatyczna do uniwersalnego zastosowania, szlifierka dwuręczna i zamieścił jej zdjęcie i opis cech produktu w tabeli. Obok opisu brak jest pieczęci Zamawiającego informującej o możliwości zmiany na równoważne po konsultacji z projektantem.

Wymagania dla wózka z napędem ręcznym z windą, elektryczno-hydrauliczną zostały opisane w następujący sposób *wózek nadaje się do sporadycznych zastosowań średnich i układania przewożu ładunków na paletach, także w pomieszczeniach zamkniętych. Ładowność obsługi przez tie-rod przewodniki oba koła kierownicy. Kompaktowa elektryczno- hydrauliczna urządzenie do podnoszenia z zabezpieczeniami przed przeciążeniem i regulowane obniżenie zaworu. Doskonała mierzona poprzez obniżenie obciążania zaworów bezpieczeństwa i regulowane obniżenie zaworu. Solidna rama z dwoma ładowaniami, i dwie mini rolki, urządzenie przechowywane na parkingu. Bateria i ładowarka wliczona w cenę.* Po tym opisie zamieszczona jest tabela z danymi technicznymi produktu rozpoczynająca się od opisu pozycji EAN-No. 4025092. Przy opisie tej pozycji Zamawiający zamieścił pieczęć informująca o możliwości zamiany wskazane w opisie urządzenia na równoważne po konsultacji z projektantem.

Wykonawca W S O P zaoferował *zintegrowany system do montażu i demontażu układów zawieszenia wg karty katalogowej* – wskazując je jako urządzenie równoważne zgodne z dokumentacją projektową w załączniku nr 8 do siwz, poz. 9. Do oferty załączył opis produktu sporządzony samodzielnie *zintegrowany system do montażu i demontażu układów*

zawieszenia oparty jest na stole montażowym, który wyposażony jest w kratownicę (panel narzędziowy) oraz system oświetlenia LED. W skład systemu wchodzi ściągacz, który pracuje z kluczem udarowym, ale bez konieczności używania nasadki. System jest także wyposażony w imadło warsztatowe. Cała konstrukcja gwarantuje bezpieczeństwo oraz komfort pracy. W ofercie nie wskazano nazwy producenta, czy też innego oznaczenia identyfikującego oferowany produkt. Na rozprawie wykonawca przedłożył dokument sporządzony samodzielnie zawierający identyczny opis, jak w ofercie z tą różnicą, iż przedstawił trzy zdjęcia obrazujące elementy systemu.

W pozycji 114 formularza cenowego WSOP wskazano urządzenie *HDL 98 Szlifierka oscylacyjno-obrotowa*, a w poz. 138 urządzenie – *wózek napęd ręczny z windą elektryczno- hydrauliczną EAN-4025092*. W ofercie nie załączono dodatkowych dokumentów (kart katalogowych, zaświadczeń, czy też porównań, jakie należało złożyć w przypadku oferowania urządzenia równoważnego).

Zamawiający pismem z dnia 30.12.2016 r. poprosił w trybie art. 87 ust.1 Ustawy o wyjaśnienie, czy *faktycznie zaoferowali Państwo to urządzenia w tych poz. Formularza cenowego i czy będą pochodzić one z bieżącej produkcji będą fabrycznie nowe?* W odpowiedzi, pismem z dnia 2.01.2017 r. wykonawca WSOP potwierdził, że zaoferowane urządzenie HDL 98 szlifierka oscylacyjno-obrotowa jest fabrycznie nowym, dostępnym u kilku dystrybutorów europejskich, a jego produkcja jest kontynuowana bez przerw przez tego samego wytwórcę (firma EMM International). Producent wprowadził zmianę literową w oznaczeniu szlifierki (na HD 98) z zachowaniem wszystkich parametrów. Szlifierki te – fabrycznie nowe – są dostępne obecnie w sprzedaży pod obydwojma nazwami handlowymi. Mając na względzie dobro Zamawiającego potwierdzamy aktualność oferty złożonej w pozycji 114 oferty oraz deklarujemy zrealizowanie dostawy urządzenia HDL 98 oraz oświadczenie dla niej 36-miesięcznej gwarancji. Również potwierdził zaoferowanie urządzenia wózek napęd ręczny z windą elektryczno-hydrauliczną EAN-4025092 nowego fabrycznie i z bieżącej produkcji w zaoferowanej cenie.

Na rozprawie Odwołujący przedłożył kartę katalogową produktu wózek z napędem ręcznym Little Mule ®Transport Materiałów z opisem danych technicznych modelu HV TM o numerze EAN 4025092 (tabela z parametrami zamieszczonymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz opis urządzenia przedstawionego na zdjęciu oraz rysunku technicznym). Dodatkowo przedłożył oświadczenia producenta wózka Little Mule HV TM 15-25 (Columbus McKinnon Industrial Products GmbH), w którym potwierdza, iż nie jest on już dostępny. *Model ten był sprzedawany przez naszą firmę do roku 2011. Alternatywą dla tych modeli są wózki EHHPS.* Prosimy zwrócić uwagę na różnice w udźwigach oraz wysokościach pracy wózków EHHPS.

WSOP przedłożył na rozprawie oświadczenie Przedsiębiorstwa Techniczno – Produkcyjno- Handlowego „L.Z.” z dnia 20.01.2017 r., w którym potwierdza możliwość dostarczenia WSOP wózka podnośnikowego o podanych parametrach, które będzie urządzeniem nowym oraz pochodzącym z bieżącej produkcji. WSOP na rozprawie deklarował, iż wózek zostanie wyprodukowany przez PTPH „L.Z.”, o parametrach opisanych w oświadczeniu z 20.01.17r.. Stąd nie ma potrzeby badania czy wózek będzie pochodził z produkcji bieżącej.

Ponadto, w poczet materiału dowodowego zostały złożone przez Odwołującego karty katalogowe szlifierek pneumatycznych HDL 98 nr artykułu 000216 – szlifierka dwuręczna oraz HD 98 nr artykułu 00214 – szlifierka jednoręczna, oświadczenie dystrybutora szlifierki Hamach HDL 98 w którym stwierdza, iż jej produkcja zakończyła się w 2010 r. a ostatnie modele wyprzedażowe były dostępne w roku 2015. oraz ofertę cenową na zamiennik szlifierkę Hamach HD 98. Odwołujący złożył wydruk ze strony internetowej periodyku motofocus opisującego innowacyjny system do obsługi sprężyn zawieszenia „2-in-1” ScanGrip: *W skład systemu wchodzi zupełnie nowy ściągacz, oraz stół montażowy przystosowany do pracy „2-in-1”. Ściągacz posiada unikalny patent, dzięki któremu możliwe jest*

zastosowanie do wszystkich rodzaju sprężyn. Ściągacz pracuje z kluczem udarowym, ale bez konieczności używania nasadki. Oczywiście można zakupić sam ściągacz bez konieczności zakupu stołu montażowego.

Przystępujący WSOP przedłożył oświadczenie importera marki Hamach firmy EMM International z 02.01.2017 r., w którym potwierdza, iż szlifierka pneumatyczna Hamach HDL

98 jest już niedostępna i nie znajduje się w ofercie. Ponadto importer potwierdza, że szlifierka pneumatyczna HD 98 nr katalogowy 000214 ma dokładnie takie same parametry techniczne jak szlifierka HDL 98, jest to ten sam typoszereg urządzenia. W oświadczeniu z 26.01.2017 r. importer dodatkowo wskazał na różnice pomiędzy obydwooma urządzeniami, które dotyczą budowy uchwytu, tj. szlifierka HDL 98 nr katalogowy 000216 jest urządzeniem dwuręcznym a szlifierka HD 98 nr katalogowy 000214 jest urządzeniem jednoręcznym, a jej produkcja nie została wycofana. WSOP przedłożyło ofertę handlową z 16.12.2016 r. na sprzedaż szlifierki HDL 98 wraz z fakturą zakupu tego produktu oraz fragment dokumentacji technicznej obu szlifierek pneumatycznych z zaznaczonymi częściami (elementami konstrukcyjnymi).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na zasadność zarzutu dotyczącego podstawy odrzucenia oferty WSOP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Izba ustaliła w oparciu o dokumentację postępowania i zgromadzony materiał dowodowy, potwierdzony wyjaśnieniami stron, iż zaoferowane produkty szlifierka HDL 98 oraz wózek z

napędem ręcznym jako produkty wycofane z produkcji nie spełniają wymagania wskazanego w siwz, tj. *sprzęt ma pochodzić z bieżącej produkcji (...).*

Na wstępie należy zauważyć, iż nie budziła wątpliwości treść oferty, w której wskazano w poz. 114 szlifierkę HDL 98, a w poz. 138 wózek model HV TM. Odnośnie szlifierek w treści oferty wprost wskazano urządzenie HDL 98, które występuje pod nr katalogowym 000216, a wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 02.01.2016 r. potwierdził, iż oferuje ten właśnie produkt. Natomiast model HV TM wózka z napędem ręcznym możliwy jest do ustalenia w oparciu o przedłożoną kartę katalogową, w której wskazano nr EAN 4025092, którym to numerem Zamawiający i Wykonawca WSOP posługiwali się odpowiednio w siwz oraz ofercie i wyjaśnieniach. Izba uznała, iż oba produkty zostały wycofane z produkcji, co potwierdziły oświadczenia producenta, dystrybutora, a także wyjaśnienia stron. Izba uznała, jako wiarygodne oświadczenie dystrybutora szlifierek HAMACH, iż produkcja szlifierki HDL 98 zakończyła się w 2010 r., przeciwko której to okoliczności wykonawca WSOP, ani Zamawiający nie przedłożyli kontr dowodu, a ich wypowiedzi skłaniały do przyjęcia, iż okoliczność ta nie jest kwestionowana. Przystępujący WSOP podjął jedynie próbę wykazania, iż szlifierka HDL 98, jako urządzenie tego samego typoszeregu co produkowana nadal szlifierka HD 98, może być uznana za produkt znajdujący się w bieżącej produkcji. Również na podstawie oświadczenia producenta wózka Little Mule HV TM Izba przyjęła, że jego produkcja zakończyła się w 2011 r. Powyższe stanowiło podstawę do uznania, iż oba produkty nie mogły być zaoferowane, jako spełniające wymóg bycia w bieżącej produkcji.

Odnosząc się do wymagania Zamawiającego, aby urządzenie pochodziło z bieżącej produkcji Izba przyjęła, iż nawet ustalenie, że zaoferowane urządzenia stanowiły wzorcowe urządzenia wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, nie pozbawiało to znaczenia wymogu, którego celem było zagwarantowanie Zamawiającemu, że oferowane produkty będą nadal w produkcji, a contrario – ich produkcja nie została zakończona. W ocenie Izby na obecnym etapie postępowania, nie ma miejsca na modyfikację zapisów siwz, co o którego wykonawcy nie zgłaszali wcześniej pytań. Należy natomiast dokonać wykładni siwz w kontekście również tego wymagania. Oznaczało ono konieczność sprawdzenia, czy urządzenia referencyjne wskazane w opisie przedmiotu zamówienia nadal znajdują się w produkcji, której to wiedzy nie musi mieć Zamawiający. Zastrzeżenie tego warunku miało zatem na celu zabezpieczenie Zamawiającego przed sytuacją, jaka wystąpiła w ofercie WSOP, tj. zaoferowania wycofanych z produkcji urządzeń. Należy również zauważyć, że wykonawcy mogli zaoferować urządzenia równoważne, o parametrach nie gorszych i jednocześnie będące w bieżącej produkcji, np. szlifierkę HD 98, czy też wózek EHPS producentów urządzeń opisanych w siwz. Izba nie przychyliła się do argumentu WSOP o istnieniu jednego typoszeregu szlifierek, co miałoby uzasadniać przyjęcie, że szlifierka HDL 98 (wycofana z produkcji), jako urządzenie tego

samemu typoszeregu co szlifierka HD 98 (nadal w produkcji) pochodzi z bieżącej produkcji. Powyższe, w ocenie Izby nie daje się pogodzić z zasadami logiki, które wskazują, że produkty wycofane z produkcji nie mogą być traktowane jako znajdujące się w bieżącej produkcji. Faktycznie wyjaśnienia WSOP skłaniają do uznania, iż jego zamiarem może być zmiana produktu wskazanego w ofercie na szlifierkę HD 98, co wykraczałoby poza możliwy do akceptacji jako wyjaśnienie zakres ingerencji w treść oferty po jej otwarciu. To że wykonawca zakupił szlifierkę HDL 98 w grudniu 2016 r. nie oznacza, że może być zaoferowana w postępowaniu, w którym wymagano, aby dostarczone urządzenia pochodziły z bieżącej produkcji.

WSOP na rozprawie podjął próbę wykazania, iż zaoferowany wózek opisany w ofercie nr EAN 4025092, faktycznie nie jest tym na jaki wskazuje karta katalogowa modelu HV TM, ale innym wózkiem, jaki zostanie wyprodukowany przez Przedsiębiorstwo L.Z. . Izba nie dała wiary tym wyjaśnieniom, które stały w sprzeczności z treścią oferty i złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, w których wykonawca posługiwał się oznaczeniem nr EAN, który przypisany jest do danego modelu wózka Little Mule. Co ważne, również oświadczenie Przedsiębiorstwa L.Z. nie posługuje się tym oznaczeniem, co skłania do przyjęcia, iż dotyczyć ma innego produktu, niż wskazany w treści oferty. Ponownie należy wskazać, iż takie wyjaśnienia, gdyby były złożone Zamawiającemu na etapie badania oferty, nie mogłyby odnieść skutku, w postaci zmiany pierwotnie wskazanego urządzenia na inny spełniający wszystkie wymagania po otwarciu oferty.

Odnosząc się do trzeciego elementu oferty – zintegrowany system do montażu i demontażu układów zawieszenia – Izba kierowała się oświadczeniem własnym WSOP, który produkt ten oferował jako równoważny w poz. 9 załącznika nr 8 do siwz. Ponownie należy zauważyć, iż po upływie terminu składania ofert treść siwz staje się wiążąca i wyznacza kryteria, jakimi musi kierować się Zamawiający w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie może odstępować od ustalonych zasad, które w niniejszej sprawie związane były z oceną oferty na produkt równoważny do opisanego w siwz. Izba uznała, iż naniesiona pieczęć przy opisie przedmiotu zamówienia „urządzenia zaprojektowano jako przykładowe, istnieje możliwość ich zmiany na równoważne po konsultacji z projektantem” przy wybranych produktach miało charakter pomocniczy dla wykonawcy przy ustaleniu jakie urządzenia mogą być oferowane jako równoważne do opisanych. Skoro sam wykonawca WSOP w ofercie ten przedmiot oferował jako równoważny, to jednocześnie zobowiązany był załączyć dokumenty wymagane w siwz, tj. zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, kartę katalogową lub specyfikację techniczną oraz analizę porównawczą pomiędzy produktem referencyjnym a produktem równoważnym. Wykonawca dokumentów tych nie złożył, a Zamawiający nie wzywał go do ich uzupełnienia. Ponadto, słuszne były zastrzeżenia

Odwolującego co do sposobu oznaczenia produktu w treści oferty, który uniemożliwiał faktycznie zidentyfikowanie jakie urządzenia zostały zaoferowane i będą dostarczone. Wyjaśnienia jakie składał na rozprawie wskazują, iż miałyby to być zestawy produkcji własnej WSOP, jednak nie potwierdza tego treść oferty, w której nie oznaczono ani produktu oznaczeniem własnym, pod jakim występuje w obrocie, ani nie wskazano jego producenta. Faktycznie zatem nie było możliwe ustalenie treści oferty poprzez identyfikację zaoferowanych urządzeń, co stanowiło istotną treść oferty, ocenianą pod kątem zgodności z siwz.

Ponieważ, w ocenie Izby zachodziła podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy (omówiona powyżej) nie było podstaw do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających, że zaoferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów, w tym zgłoszonych z ostrożności, Izba oddaliła odwołanie. W ocenie Izby Zamawiający nie doprowadził do niedozwolonych negocjacji co do oferowanego urządzenia w poz. 114 formularza cenowego. Wyjaśnienia o których złożenie wystąpił Zamawiający miały na celu jedynie ustalenie, czy oferowany produkt HDL 98 nadal jest w produkcji. Złożone wyjaśnienia nie prowadziły do zmiany oferowanego produktu na inny, tj., HD 98, a miały na celu wykazanie, iż możliwe jest przyjęcie, że oferowana szlifierka spełnia warunek bieżącej produkcji w związku z kontynuacją produkcji szlifierki HD 98. Izba oceniała te wyjaśnienia jako niemożliwe do przyjęcia z uwagi na opisane wcześniej przyczyny. Nie oznacza to jednak, że wykonawca dokonał zmiany w treści oferty, na którą Zamawiający wyraziłby zgodę. Izba nie stwierdziła także, aby wykonawca wprowadzał Zamawiającego w błąd co do właściwości oferowanych produktów, oferując te na których wzorował się sam Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia. Skutkiem natomiast ustalenia, że produkt ten nie mógł być zaoferowany z uwagi na zaprzestanie jego produkcji jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Podsumowując, Izba uznała, iż odwołanie podlega uwzględnieniu z uwagi na zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy i zaniechanie odrzucenia oferty WSOP, w której oba oferowane urządzenia (szlifierka HDL 98 i wózek) odpowiadają pod względem parametrów technicznych opisanych w załączniku do siwz, jednak jako wycofane z produkcji, nie mogły być oferowane.

W związku z tym, Izba uwzględniała odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy, gdyż naruszenia jakich dopuścił się Zamawiający przy badaniu oferty WSOP doprowadziły do ustalenia nieprawidłowego wyniku postępowania, tj. wyboru oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba zaliczyła do kosztów

postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem złożonymi przed zamknięciem rozprawy obejmującym koszty wynagrodzenia pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący:

Członkowie:.....

.....