

Sygn. akt XIX Ga 407/19



DzK-KIO-9664119
2019 -05- 2 B

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 maja 2019 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Dariusz Chrapoński
Sędziowie: SO Piotr Semper
SR del. Marcin Popiołek (spr.)
Protokolant: Protokolant sądowy Beata Kobyłańska

po rozpoznaniu w dniu 25 kwietnia 2019 r. w Katowicach, na rozprawie sprawy
z odwołania [REDAKTED] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w [REDAKTED]
przeciwko zamawiającemu Gminie Miasto [REDAKTED]
[REDAKTED]
z udziałem przystępującego po stronie zamawiającego [REDAKTED]
[REDAKTED]
o udzielenie zamówienia publicznego
na skutek skargi wniesionej przez [REDAKTED]
[REDAKTED]
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie z dnia 12 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 143/19

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego [REDAKTED]
[REDAKTED] na rzecz uczestnika [REDAKTED]
z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 12.500 złotych
(dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania.

Piotr Semper



Dariusz Chrapoński

Marcin Popiołek

Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM

stwierdzam
Starszy sekretarz sądowy
SEKRETARZ

Agnieszka Nowak

Uzasadnienie

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 12 lutego 2019r. Krajowa Izba Odwoławcza na skutek odwołania wniesionego przez wykonawcę [REDAKTOWANE] (dalej: odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto [REDAKTOWANE] (dalej: zamawiający) przy udziale wykonawcy [REDAKTOWANE] (dalej: przystępujący lub skarżący) w punkcie 1 uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności i badania oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oddalając pozostałe zarzuty, w punkcie 2 kosztami postępowania obciążyła zamawiającego, w tym w punkcie 2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania. w punkcie 2.2. zasądziła na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty [REDAKTOWANE] i uznanie, że oferta [REDAKTOWANE] jest zgodna z treścią SIWZ, pomimo, że wykonawca ten zaproponował w ofercie rozwiązania niezgodne z SIWZ.

Izba ustaliła, że zamawiający w pkt. 3.5.4.2 SIWZ wymagał zastosowania czujników dokonujących pomiaru temperatury zamrażania z dokładnością $\pm 0,5$ °C (dla zakresu -15°C do 0°C) i $\pm 1,5$ °C (dla zakresu -30 °C do -15 °C), przy czym pomiar ma być dokonywany z rozdzielczością $0,1^{\circ}\text{C}$. [REDAKTOWANE] zadeklarował użycie czujnika IRS31-UMB, którego dokładność, zgodnie z dołączoną kartą katalogową, wynosi $\pm 0,5$ °C (dla zakresu $-2,5^{\circ}\text{C}$ do 0°C), a w pozostałym zakresie $\pm 20\%$ średniej wartości. Na rozprawie przystępujący przyznał, że parametry czujnika nie odpowiadają wymogom SIWZ, natomiast możliwe jest korygowanie charakterystyk pomiarowych na poziomie urządzenia.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu. Izba wskazała, że nie był sporny brak spełnienia wymogów zamawiającego przez czujnik zaferowany przez przystępującego, podnoszącego, że zamierza on przeprowadzić stosowne modyfikacje. Zdaniem Izby przedmiotowa deklaracja nie wynika z treści oferty, która nie przewidywała możliwości dokonywania modyfikacji, a oświadczenie przystępującego złożone zostało dopiero na rozprawie. Z uwagi na niezgodność oferty z warunkami SIWZ Izba odrzuciła ofertę przystępującego na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Skargę na przedmiotowy wyrok wniósł przystępujący zaskarżając orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej co do punktu 1 w zakresie uwzględniającym odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i nakazującym zamawiającemu powtórzenie czynności i badania oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i co do punktu 2.2., wnosząc o jego zmianę poprzez orzeczenie oddaleniu odwołania złożonego przez [REDAKTOWANE]

[REDAKCYJNE] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie „[REDAKCYJNE]” – sprawa I/DDA/35/18 w całości, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust.10 w zw. z art. 198f ust. 5 pzp, zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie prawa materialnego, a to art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez błędne zastosowanie wskutek niezasadnego uznania, że oferta skarżącego nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy wadliwym ustaleniu treści oferty tego wykonawcy jedynie na podstawie dołączonej do oferty karty katalogowej czujnika LUFFT IRS31-UMB z pominięciem oświadczeń wykonawcy złożonych w treści formularza ofertowego oraz opisu technicznego dla oferowanego urządzenia w załączniku nr 8.6 do oferty.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi [REDAKCYJNE] wniósł o oddalenie wniosków dowodowych zawartych w skardze, oddalenie skargi na podstawie art. 198f ust. 1 pzp jako bezzasadnej i zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Nieuzasadnione okazały się zarzuty skarżącego podważające poczynione przez Izbę założenie o bezspornym charakterze okoliczności niespełniania przez czujnik zaproponowany przez skarżącego wymogów określonych w SIWZ. Skarżący wyjaśniał, że w toku rozprawy przyznał on jedynie, że karta katalogowa rzeczonoego urządzenia ujawniała niezgodność jego parametrów z warunkami zamówienia, natomiast w istocie sam czujnik zgodnie z deklaracjami skarżącego zapewniał możliwość osiągnięcia cech o których wspomiano w SIWZ. Rzeczono twierdzenia odzwierciedlają całokształt argumentacji skarżącego, sprowadzającej się do poglądu, że oświadczenie i deklaracje złożone przez skarżącego na formularzu znajdują pierwszeństwo nad informacjami ujawnionymi w karcie katalogowej, stanowiącej dokument drugorzędnej kategorii. Sąd Okręgowy nie podziela przedmiotowego stanowiska. Karta katalogowa urządzenia stanowi bowiem obiektywne źródło informacji pochodzące bezpośrednio od producenta, który zobowiązany jest do zapewnienia określonych parametrów urządzenia pod rygorem odpowiedzialności za niezgodność rzeczywistych funkcji produktu z deklarowanymi przez producenta. Oświadczeniom wykonawcy, jakkolwiek szczegółowym, nie sposób przypisać tożsamości charakteru. Jasne jest bowiem, że dążąc do dochowania zgodności z warunkami zamówienia uczestnik przetargu zapewni o spełnieniu wszystkich podanych wymogów i sama tylko deklaracja nie przesądza, że jest tak w rzeczywistości. Okoliczność tą dostrzegł również zamawiający, wymagając w ramach przetargu poparcia podanych w formularzach danych dokumentacją pochodzącą od producentów poszczególnych urządzeń, celem weryfikacji twierdzeń potencjalnych wykonawców. Ewentualne rozbieżności, dotyczące danych technicznych urządzenia, pomiędzy oświadczeniem przystępującego a dokumentacją techniczną należy w konkluzji

rozstrzygać na korzyść tej drugiej – karta producenta stanowi bowiem w przekonaniu Sądu Okręgowego bardziej wiarygodny materiał dowodowy.

Przeciwny pogląd co do wartościowania obydwu źródeł informacji, wywodzony przez skarżącego z uzasadnienia wyroku Izby z dnia 10 lipca 2015 r. zapadłego w sprawie o sygn. KIO 1388/15 nie zasługiwał na uwzględnienie. Przytaczając obszerne fragmenty uzasadnienia dotyczące prymatu oświadczenia wykonawcy nad dokumentacją producenta skarżący pomija jednocześnie ogólny kontekst sprawy stanowiący kanwę do poczynionych takich rozważań. W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania Izba uznała, że jeśli karta katalogowa zawiera informacje operujące określonym poziomem ogólności, uniwersalnym opisem i charakterystyką przewidującą ewentualne opcje w zakresie możliwych rozwiązań to nie można wykonawcy stawiać zarzutów z tytułu przedstawienia ich w rzeczowym brzmieniu, a możliwość zastosowania alternatywnych rozwiązań danego produktu nie przemawia o jego niezgodności z określonymi wymogami SIWZ. Uważniejsza analiza rozważań Izby wskazuje, że omawiane orzeczenie nie formułuje generalnych reguł dotyczących wzajemnej hierarchii kart katalogowych i oświadczeń producenta, a jedynie wskazuje sposób rozstrzygnięcia różnic wynikających z ogólnych opisów producenta i sprecyzowanych wymogów zamawiającego. Rzeczone poglądy nie przystają zatem do realiów niniejszej sprawy, gdyż przedmiotem rozpoznania nie są wątpliwości płynące ze zbyt uniwersalnych opisów producenta czy zbyt szerokiego spektrum zastosowania lecz jednoznaczna niezgodność karty z oświadczeniem w zakresie konkretnych i łatwo mierzalnych parametrów technicznych, a to dokładności pomiaru temperatury w określonym przedziale. Raz jeszcze podkreślić należy, że karta katalogowa odpowiada technicznym parametrom danego czujnika i nie opisuje ona jego alternatywnych zastosowań – to przystępujący deklaruje inne właściwości tego urządzenia niż podane przez producenta. Dlatego też poczytanie poglądów Izby wyrażonych w przywołanym orzeczeniu za przejaw niemożności oparcia rozstrzygnięcia o treść karty katalogowej nie znajduje uznania Sądu Okręgowego.

Niewątpliwie niesłuszne pozostaje stwierdzenie jakoby brak sformułowania w karcie katalogowej wskazań co do modyfikacji nie przesądzał o niezgodności oferty z SIWZ. Takie wnioskowanie pozostaje bowiem sprzeczne z regułami logicznego rozumowania – z oferty wynikać mają konkretne informacje wskazujące na dane zastosowanie, a brak wzmianek o modyfikacjach nie oznacza, że są one możliwe. Ewentualne możliwości wprowadzenia pewnych zmian co do parametrów urządzenia powinny zostać wykazane przez skarżącego, który jednakże nie tylko nie zaoferował żadnych środków dowodowych na taką okoliczność, ale ograniczył się jedynie do ogólnego twierdzenia o możliwości dostosowania czujnika do potrzeb zamawiającego, bez wskazania w jaki sposób może to nastąpić i czy w ogóle jest to możliwe.

W odpowiedzi na dalsze zastrzeżenia skarżącego dotyczące problematyki modyfikacji specyfikacji urządzenia zgodzić się należy z ustaleniami Izby przyjmującej, że treść złożonej przez skarżącego oferty nie dostarczała podstaw do uznania, by dopasował on czujnik do wymogów wyznaczonych przez zamawiającego. Stwierdzenia takiego nie można bowiem, wbrew stanowisku wyrażonemu w skardze, wywodzić jedynie z deklaracji przystępującego, który w odpowiednich rubrykach formularza potwierdził spełnianie przez urządzenie istotnych warunków zamówienia. Spółka [REDAKTOWANE] w ofercie nie wspominała bowiem

o modyfikacjach, a jedynie zadeklarowała zgodność urządzenia z potrzebami zamawiającego. Stwierdzenie „spełnia wymogi”, które użyte zostało w rubryce „D” formularza, w ocenie Sądu Okręgowego interpretować należy jako potwierdzenie już istniejącego stanu rzeczy, a więc przedstawienie urządzenia które posiadało w tym momencie pożądane cechy, nie zaś możliwość zaistnienia danej sytuacji w przyszłości – „spełnia wymogi” niewątpliwie odbiega od „będzie spełniać wymogi”. Rubryka „C” rzeczonoego formularza wymagała z kolei podania parametrów urządzenia, a więc jego rzeczywistych cech użytkowych, a nie jedynie potencjalnego sposobu działania urządzenia. Ze złożonych oświadczeń nie wynika zaś konieczność wprowadzenia jakichkolwiek modyfikacji. Skarżący nie może się przy tym zasłaniać sposobem przygotowania przez zamawiającego formularzy ofertowych, które w ocenie Sądu Okręgowego nie uniemożliwiały umieszczenia dodatkowych wyjaśnień, przykładowo w rubryce „C”, nic nie stało na przeszkodzie, aby oferent przestawił sposób modyfikacji czujników, aby dostosować ich parametry do wymogów zamawiającego. Trafne pozostaje spostrzeżenie Izby, która zauważyła, że o możliwości i potrzebie modyfikacji przystępujący wspomniał dopiero na rozprawie poprzedzającej wydanie zaskarżonego orzeczenia.

Również rozróżnienie na dokumenty przedmiotowe i składające się na ofertę na które powołuje się skarżący nie zmienia w ocenie Sądu Okręgowego oceny co do wzajemnej relacji karty i oświadczeń skarżącego. Warto w tym miejscu wskazać, iż karta katalogowa stanowiła załącznik do opisu technicznego oferowanego urządzenia, stanowiła zatem część składową oferty. Zakwalifikowanie karty katalogowej jako dokumentu przedmiotowego nie przedstawia większego znaczenia dla sprawy, gdyż nawet gdyby przyjąć, że nie stanowiła ona treści oferty to nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego, że w jednoznaczny sposób ujawnia ona niezgodność treści oferty z rzeczywistym stanem faktycznym, a więc prowadzi do uznania o niewypełnieniu wymogów określonych przez zamawiającego. Ostatecznie zatem ponieważ zaproponowane przez przystępującego urządzenie nie odpowiada istotnym warunkom zamówienia złożona przezeń oferta winna ulec odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Jednocześnie nie zachodzi wyjątek określony w art.87 ust.2 pkt 3 pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Należy jeszcze raz podkreślić, iż na etapie składania ofert skarżący nie składał oświadczenia, iż należy przeprowadzić modyfikację czujnika czy też zastosować dodatkowy czujnik temperatury zamrażania, nie wynikało to z treści oferty.

Ponadto zgodzić się należy ze stanowiskiem uczestnika, iż co do zasady art.87 ust.1 pzp zakazuje modyfikacji oferty w ramach negocjacji z zamawiającym, stanowi on, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z drugiej strony zamawiający może w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Treść oferty może być wyjaśniana wyłącznie w trybie wynikającym z art. 87 ust.1 ustawy pzp. W wyroku z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/10 Sąd

Okręgowy we Wrocławiu wskazał, że art. 87 ust.1 ustawy pzp odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. Obowiązkiem wykonawcy było zatem, już na etapie składania ofert, przedstawienie sposobu modyfikacji czujników, aby dostosować ich parametry do wymogów zamawiającego. Oświadczenie takie skarżący złożył dopiero na rozprawie przed KIO, przy czym warto podkreślić, iż oświadczenia te nie zostały poparte deklaracją producenta, iż taka modyfikacja czułości, precyzji pomiarowej czujnika jest technicznie możliwa. Jak zauważono w wyroku KIO z 30.06.2016 r., KIO 1045/16, LEX nr 2111837, zgodność treści oferty z treścią SIWZ oceniana jest według stanu na dzień złożenia oferty. Po złożeniu oferty możliwe jest jedynie wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, z wyłączeniem negocjacji oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego artykułu.

Ponadto przyjmuje się, iż instytucja wyjaśnień treści oferty przewidziana w art. 87 ust. 1 pzp ma charakter fakultatywny i zależy od powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści oferty, a ponadto poprawienie oferty nie może prowadzić jednak do dowolnego wypełnienia oświadczenia woli wykonawcy dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji, zamawiający nie może zastępować wykonawcy w tworzeniu treści oferty, dlatego poprawienie omyłki jest uzasadnione wyłącznie w sytuacji, gdy możliwe jest wywiedzenie wyraźnej woli wykonawcy z treści oferty i nie może prowadzić do wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści. W tym przypadku wymagania co do dokładności pomiarowej czujników były wymaganiami jasno wyrażonymi w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe skarga, jako bezzasadna, podlegała oddaleniu na podstawie art. 198f ust. 2 pzp

O kosztach postępowania orzeczono w punkcie 2 sentencji wyroku zgodnie z art.198f ust 5 ustawy p.z.p. w związku z 391§1 k.p.c. w zw. z art.98§1 i §3 k.p.c. i art. 107 k.p.c., zasądzając je od skarżącego (przed Izbą przystępującego po stronie zamawiającego, obecnie zajmującego pozycję zbliżoną do interwenienta ubocznego) na rzecz uczestnika Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, jako faktycznego przeciwnika skargi, w kwocie 12.500 złotych, odpowiadającej wynagrodzeniu pełnomocnika przeciwnika skargi określonego według stawki minimalnej, wynikającej z §2 ust. 9 w zw. z §10 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 265).

SSO Piotr Semper

SSO Dariusz Chrapoński

SSR del. Marcin Popiolek



Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM

stwierdzam

SEKRETARZ
Starszy sekretarz sądowy

5

Agnieszka Nowak