

Trzebinia, dnia 29.06.2015 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17 a ,

02-676 Warszawa

Odwołujący: Robert Lipnicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Robert Lipnicki
EPS System z siedzibą : ul. Harcerska 16, 32-540 Trzebinia ,
NIP: 628 100 09 04.

tel. **+48 32 623 66 88**
fax: **+48 32 623 69 53**
e-mail: **biuro@epssystem.pl**

Zamawiający: Akademia Górniczo- Hutnicza w Krakowie, Akademickie Centrum
Komputerowe Cyfronet AGH , ul. Nawojki 11, 30-950 Kraków.

Dotyczy: Postępowania przetargu nieograniczonego na dostawę i instalację agregatów
prądotwórczych 2,5 MVA (ACK-DA-ZP-222-2/15.

ODWOŁANIE

**na czynności Zamawiającego w zakresie wadliwego rozstrzygnięcia przetargu
oraz odrzucenia oferty odwołującego**

Działając w imieniu własnym , na podstawie art. 179 ust. 1, 180 ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, (tekst jednolity Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, składam odwołanie od czynności Zamawiającego – Akademii Górniczo Hutniczej w Krakowie , Akademickie Centrum Komputerowe Cyfronet AGH związanych z badaniem i oceną ofert, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację agregatów prądotwórczych 2,5 MVA prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

W tym zakresie podnoszę zarzuty:

1. wadliwego rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu poprzez wybranie oferty niespełniającej istotnych wymagań SIWZ ,
2. wadliwej oceny oferty i wyboru tej, która nie spienia kryterium oferty najkorzystniejszej ,
3. wadliwego odrzucenia oferty odwołującego.

Zaskarżonym czynnością zarzucam:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Delta Power Sp. z o.o. z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada SIWZ - nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego ;przedstawienie oferty wariantowej pomimo wyraźnego wykluczenia takiej formy oferty w SIWZ,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. art. 9 ust. 2 i 3 ustawy PZP, poprzez sporządzenie części dokumentacji w języku innym niż polski, bez odpowiedniej zgody zamawiającego;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP i art. 91 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Delta Power Sp. z o.o., która w świetle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest ofertą najkorzystniejszą,

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) ponownej oceny ofert;
- 2) odrzucenie oferty Delta Power Sp. z o.o.
- 3) nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 4) dopuszczenie dowodów wnioskowanych w uzasadnieniu.

UZASADNIENIE

W dniu **19 czerwca 2015 r.** wnoszący odwołanie został poinformowany, o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że termin złożenia niniejszego odwołania został zachowany.

Wykonawca posiada interes prawny w złożeniu odwołania ponieważ w przypadku odrzucenia oferty spółki Delta Power Sp. z o.o., oferta Odwołującego się zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co wynika wprost z protokołu postępowania przetargowego.

Dowód: protokół z postępowania przetargowego.

I Zarzut wadliwego rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu poprzez wybranie oferty niespełniającej istotnych wymagań SIWZ.

W ocenie odwołującego przy wyborze oferty przez Zamawiającego w toku przedmiotowego przetargu doszło do szeregu nieprawidłowości, które dotyczyły wyboru oferty wykonawcy Delta Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako najkorzystniejszej, która nie spełniała istotnych wymagań SIWZ.

Co więcej zdaniem odwołującego zarzucane nieprawidłowości stanowiły przyczynę wadliwości całokształtu postępowania przetargowego, w ramach którego wybrana oferta **nie spełnia** kryterium najbardziej korzystnej propozycji wykonania agregatów, spośród wszystkich biorących udział w przetargu.

Poniżej przedstawione przez odwołującego zarzuty świadczą o **niewykonalności** poszczególnych rozwiązań proponowanych w wybranej ofercie oraz o **nieprecyzyjności** jej treści, jak również o stopniu **ogólnikowości i niedopuszczalnej alternatywności** poszczególnych rozwiązań oferowanego wykonania.

Precyzując zarzucaną wadliwość niniejszego postępowania polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty niespełniającej istotnych warunków SIWZ, należy wskazać następujące uchybienia, pozostające w związku z nieprawidłowym wyborem oferty firmy Delta Power Sp. z o.o.:

1. Na załączonej przez firmę Delta Power Sp. z o.o. karcie katalogowej agregatu/silnika/prądnicy podano **wariantowo** typ kontrolera sterowania i nadzoru DeepSea/Comap. Zapis ten oznacza, że zastosowany może być w agregacie prądotwórczym sterownik firmy DeepSea lub firmy Comap i pozostawia firmie Delta Power Sp. z o.o. możliwość swobodnego wyboru układu sterowania, co niewątpliwie wpływa także na wycenę oferty w ramach zamówienia publicznego.

Dowód: dokumentacja przetargowa.

2. Firma Delta Power Sp. z o.o. w swojej ofercie podaje, że „Do realizacji potrzeb własnych agregatu, zostaną przygotowane odpływy odbiorów 20kW w ramach rozdzielni głównej agregatu”. Tymczasem w opisie „Wentylacji i chłodzenia zespołu prądotwórczego” punkt 2.1.2 oferent podaje, że „Powietrze będzie doprowadzane do pomieszczenia za pośrednictwem wentylatorów kanałowych 2x2x11kW...”, **co sumarycznie daje moc 44 kW**, a więc **znacznie więcej niż Delta Power Sp. z o.o. udostępni na potrzeby własne agregatu**. Dodatkowo należy pamiętać, że to nie wszystkie odbiorniki agregatu zasilane z potrzeb własnych, ponieważ doliczyć należy także moce wentylatorów chłodnicy, moce grzałek pynu chłodzącego, moc pompy paliwa. Na podstawie tak przedstawionych danych należy stwierdzić, że **rozwiązanie zaproponowane przez w/w Spółkę nie będzie funkcjonowało prawidłowo**, a ograniczenia w ilości mocy zabezpieczeń na potrzeby własne miały wpływ na zmniejszenie oferowanej ceny.

Dowód: dokumentacja przetargowa.

3. Zamawiający w sposób jednoznaczny poprzez załączenie do SIWZ szczegółów dotyczących układu dylatacyjnego pod agregaty załącznik nr 9A oraz rzutów pomieszczeń agregatów załącznik 9B określił sposób usytuowania agregatów w pomieszczeniu. Tymczasem zgodnie z załączonym do oferty rysunkiem firma Delta Power Sp. z o.o. oferuje układ z obróconym o 90 stopni agregatem prądotwórczym, co **uniemożliwia prawidłowe posadowienie agregatów zgodnie z projektem Zamawiającego, rzutując tym samym na cenę złożonej oferty**, ponieważ skraca odcinki układu wydechowego wykonanego w poziomie. Inaczej mówiąc, w SIWZ na stronie 3 użyte zostało określenie „W miejscu posadowienia agregatu istnieje dylatacja... szczegóły określa załącznik 9A”, tym samym w ocenie odwołującego Zamawiający jednoznacznie narzucił miejsce lokalizacji. Natomiast na przedstawionej koncepcji zabudowy przez Delta Power Sp. z o.o. agregat jest obrócony o kąt. 90 stopni, tym samym nie jest przewidziane posadowienie go na istniejącym fundamencie. Wymagane jest zatem **zamiana projektu budowlanego i przebudowa całej podłogi w obydwu agregatowniach**.

W tym miejscu należy podnieść, iż w punkcie XXI warunków przetargu Zamawiający **nie dopuścił do składania ofert wariantowych**, a **właśnie w tej formule została przygotowana oferta uznana za ja korzystniejszą.**

W zakresie legalnej definicja oferty wariantowej należy sięgnąć do regulacji art. 2 pkt 7) ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, (zwanym dalej w skrócie PZP), który definiuje ją jako ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, **odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego**. Przedstawiony zatem przez Deltę Power Sp. z o.o. sposób realizacji jest **ewidentnie odmienny – wariantowy**.

Dowód: dokumentacja przetargowa.

4. W tym miejscu należy także podnieść, iż Delta Power Sp. z o.o. także w sposób niezgodny z SIWZ- **w sposób wariantowy** podaje wymiary oferowanego przez siebie agregatu prądotwórczego. Na karcie katalogowej agregatu/silnika/prądnicy podano wymiary (dł. x szer. x wys.) 4510x1680x2680mm, podczas gdy na anglojęzycznej karcie silnika podaje dwa warianty wykonania tego silnika w wersji Temperate gdzie podano, że wymiary samego silnika wynoszą (dł. x szer. x wys.) 4542x2185x3175mm oraz w wersji Tropical, gdzie podano, że wymiary silnika wynoszą (dł. x szer. x wys.) 4562x2185x3736mm. Ponadto w/w Spółka nie określiła w sposób jednoznaczny, która z wymienionych opcji silników jest oferowana. Podane na karcie katalogowej silnika wymiary uniemożliwiają ze względu na wysokość instalację agregatu w pomieszczeniu Zamawiającego.
5. Silnik Perkins 4016-61TRG3 występuje w 3 wersjach chłodzenia: TROPICAL, TEMPERATE, oraz w wersji bez chłodnicy, czyli do układów z „wyniesionym układem chłodzenia”. Zamawiający natomiast oczekiwał rozwiązania z „wyniesionym układem chłodzenia” (Załącznik nr 1, strona 4, punkt 4), co stoi w oczywistej sprzeczności z rozwiązaniem wybranej oferty, przez wzgląd na proponowany przez Delta Power Sp. z o.o. silnik (zgodnie z załączoną kartą - na dodatek angielskojęzyczną) TEMPERATE lub TROPICAL - co również przedstawione zostało wariantowo, jednakże bez wskazania silnika zgodnego z wymaganiami SIWZ, a zatem silnika do układów z „wyniesionym układem chłodzenia”.

Dowód: dokumentacja przetargowa.

Podsumowując powyższe argumenty, zwracamy uwagę, że Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, a zatem oferta firmy Delta Power jest niezgodna z wymaganiami SIWZ tym samym podlega odrzuceniu na podstawie PZP art.89.1 ust.2.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem „przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych **nakazuje** Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada SIWZ. Utrwalony jest w orzecznictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile **nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym**. Przy czym nie chodzi o jakiekolwiek wymogi Zamawiającego, ale **wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy**. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiekolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia.” (tak wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 754/14) .

Z powyższego orzeczenia należy wnioskować, iż rozbieżnościami w ofercie, które mogą spowodować jej odrzucenie, są te, pozostające w bezpośrednim związku z treścią oferty – tak, że wywierają wpływ na nią wpływ. W ocenie odwołującego właśnie z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia w niniejszej sprawie. W wyniku wpływu owych rozbieżności ze SIWZ na treść oferty, stała się ona mniej korzystna od innych ofert zgłoszonych do przetargu. Chodzi zatem o **związek przyczynowy** pomiędzy niezgodnością oferty (rozumianej jako całokształt dokumentów określających jej treść) a oceną jej korzystności dokonywaną przez zamawiającego. Aby przeprowadzić wspomniany związek przyczynowy, należy rozstrzygnąć zagadnienie, czy jeżeli oferta złożona zostałaby w zgodzie ze SIWZ (w omawianym przypadku – w języku polskim oraz bez alternatywnych rozwiązań), to nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą, ustępując miejsca innym biorącym udział w tym samym przetargu.

Zdaniem odwołującego oferta złożona przez spółkę Delta Power sp. z o.o. w zgodzie z zapisami SIWZ nie byłaby uznana za najkorzystniejszą.

W wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 734/14 wskazano, iż „(...) rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter **zasadniczy i nieusuwalny** (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna

sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc **wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy**, które również tradycyjnie są umieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym **konkretnie** niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (w tym próbek), potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4).”

W wyroku KIO z dnia 2 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 851/13, KIO 854/13 zawarto zapis zgodnie , z którym „(...) zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Jednak **nie każda niezgodność skutkuje odrzuceniem oferty** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, **a jedynie ta, która dotyczy materialnej sfery oferty**. Jak wskazuje się w orzecznictwie użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na **aspekt merytoryczny** obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością

umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie (tak wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 297/11).”

Warto zwrócić również uwagę na wyrok KIO z dnia KIO z dnia 23 grudnia 2013 r., sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, w którego treści wskazano, iż „Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu oferta należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. Jednakże nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (...). Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na

sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z.”

II Zarzut wadliwej oceny oferty i wyboru tej, która nie spienia kryterium oferty najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego wybrana oferta wykonawcy Delta Power Sp. z o.o. stanowi wielowariantową, nieprecyzyjną, a w niektórych przypadkach wręcz niewykonalną propozycję realizacji zamówienia agregatów, co w konsekwencji przesądza o zasadności zarzutu wadliwości zakończonego postępowania przetargowego, w wyniku którego **nie doszło** do wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem do naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy PZP, narzucającego na Zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

III Zarzut wadliwego odrzucenia oferty odwołującego.

Wyżej opisane nieprawidłowości, które miały miejsce w zakresie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty niespełniającej istotnych warunków SIWZ skutkowały wadliwym odrzuceniem oferty złożonej przez odwołującego, która została oceniona na drugim miejscu.

IV Wnioski końcowe.

W ocenie odwołującego przytoczone powyżej zarzuty pozwalają na wyprowadzenia dalej idących konsekwencji, legitymujących zaskarżenie prawidłowości przedmiotowego przetargu na mocy art. 180 ust. 1 ustawy PZP w drodze odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z dostatecznie wykazaną powyżej „niezgodną z przepisami ustawy czynnością Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Z uwagi na powyższe ustalone faktyczne i prawne odwołujący wnosi o :

- nakazanie Zamawiającemu ponownej weryfikacji złożonych w toku przetargu ofert,
- unieważnienie czynności Zamawiającego związanych z wyborem oferty firmy Delta Power Sp. z o.o. jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na brak zgodności z wymaganiami SIWZ ,
- nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z tych względów wnoszę i wywodzę jak na wstępie .

Niniejsze odwołanie zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 29.06.2015 r. w formie wiadomości mailowej wysłanej na adres: cyfronet@cyfronet.krakow.pl

Dowód: mail skierowany do Zamawiającego w dniu 29.06.2015 r.

Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący ,
Robert Lipnicki

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia opłaty od odwołania,
2. mail do Zamawiającego z dnia 29.06.2015 r.
3. Odpis pisma.