

Sygn. akt KIO 1638/12

Sygn. akt: KIO 1638/12

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2012 r. przez **odwołującego** Firma Handlowo Usługowa „RD-Professional” Robert Dziedzic ul. M.J. Piłsudskiego 11 A; 32-800 Brzesko postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Zakłady Remontowo Budowlane WAM sp. z o.o. ul. Chałubińskiego 3A lok.43; 02-004 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy Tanake Group sp. z o.o. ul. Puławska 426; 02-884 Warszawa
 2. kosztami postępowania obciąża Zakłady Remontowo Budowlane WAM sp. z o.o. ul. Chałubińskiego 3A lok.43; 02-004 Warszawa
- i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł** (słownie: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez Firma Handlowo Usługowa „RD-Professional” Robert Dziedzic ul. M.J. Piłsudskiego 11 A; 32-800 Brzesko tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zakłady Remontowo Budowlane WAM sp. z o.o. ul. Chałubińskiego 3A lok.43; 02-004 Warszawa na rzecz Firma Handlowo Usługowa „RD-Professional” Robert Dziedzic ul. M.J. Piłsudskiego 11 A; 32-800 Brzesko kwotę 15.000,00 **zł** (słownie:

1

Sygn. akt KIO 1638/12

piętnaście tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 Warszawie

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1638/12

Uzasadnienie

Odwołujący składając odwołanie zarzucił naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był zakup wyposażenia stołówki w Nowa Dęba.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.04.2012r. pod poz.2012/S 82-134390.

Odwolujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą”: art. 82.ust.3 ustawy zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji oraz art.89 ust.1 pkt 2 ustawy zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Bowiem zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty Firmy Tanake Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (wykonawca wybrany) naruszył powyżej wskazane zasady.

W związku powyższym odwołujący zażądał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący żądał także nakazania zatrzymania wadium wpłaconego przez wykonawcę wybranego oraz obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Z uzasadnienia odwołania wynika, że zamawiający według oceny odwołującego dokonując wyjaśniania czy uzupełniania dokumentów oferty wykonawcy wybranego naruszył przepisy ustawy dotyczące trybu udzielania wyjaśnień czy uzupełnień dokumentów.

Odwolujący jak wskazuje w odwołaniu powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty z pisma zamawiającego z dnia 19 lipca 2012r. Z pisma tego wynika, że oferta odwołującego jest prawidłowa i zamawiający przyznał jej 97 punktów.

3

Sygn. akt KIO 1638/12

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Odwolujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy, ponieważ w wyniku badania i oceny ofert zamawiający na cztery złożone oferty pozostawił jako ważne dwie oferty w tym ofertę odwołującego. W ramach przyznawanej punktacji ofercie wybranej zamawiający przyznał 100 punktów a ofercie odwołującego przyznał 97 punktów. Przy czym jedynym kryterium oceny ofert była cena.

W tym stanie rzeczy, jeżeli odwołujący uważa, że niesłusznie wybrano ofertę najkorzystniejszą bo z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy a odwołujący zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert to ma uzasadniony interes do wniesienia odwołania, ponieważ naruszenie przepisów podniesionych w odwołaniu naraża jego na szkodę poprzez niemożność uzyskania zamówienia.

O zamówienie ubiegało się czterech wykonawców, ale dwóch z nich oferty odrzucono z powodu sprzeczności treści ich ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwolujący przedstawił następujące zarzuty.

Zarzut nr 1

Zgodnie z siwz w pomieszczeniu 133 – przygotowalnia mięsa, zamawiający wymagał maszyny do formowania kotletów o następujących właściwościach:2 komplety stalowych ostrzy po 44 tarcze w każdym walcu, urządzenie wyposażone w bieg wsteczny – przełącznik kierunku obrotu wałków. W złożonej ofercie wykonawca wybrany zaoferował urządzenie produkcji Avery Berkel model T 707. Odwołujący sformułował zarzut zaoferowania urządzenia, którego nie produkuje ten producent. Według wiedzy odwołującego producent Avery Berkel zajmuje się produkcją kralajnic i wag, a nie maszyn do formowania kotletów.

Izba ustaliła.

Z oferty wykonawcy wybranego wynika, że zaoferował w poz. 10 maszynę do formowania kotletów. Z opisu maszyny wynika, że jest między innymi wyposażona w wymagany bieg wsteczny („urządzenie wyposażone jest również w bieg wsteczny-przełącznik kierunku obrotu wałków.”) W tabeli ofertowej zamieszczono również następująca informację : T 707

Avery Berkel.

W dniu 5 lipca 2012r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy wybranego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentacji techniczno - ruchowej urządzeń lub kart katalogowych odnośnie zaoferowanych urządzeń równoważnych. W piśmie tym

4

Sygn. akt KIO 1638/12

zamawiający przywołał część VI ust.10 SIWZ zgodnie z którym w celu potwierdzenia, że oferowane równoważne dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał dołączenia do oferty równoważnej dokumentów określonych to jest dokumentacji techniczno-ruchowej urządzeń, kart katalogowych charakteryzujących parametry techniczne oferowanych materiałów równoważnych, potwierdzających, że zaproponowany asortyment posiada parametry nie gorsze od wymienionych w formularzu cenowym. Dalej w piśmie do wykonawcy wybranego, zamawiający wskazał, że wykonawcaabrany załączył do oferty karty katalogowe (opisy) zawierające parametry techniczne urządzeń sporządzonych przez proponowanych wykonawcę, a winny być to dokumenty wystawione tylko i wyłącznie przez producenta danego urządzenia.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w dniu 09.07.2012r. wykonawcaabrany za pismem przewodnim przesłał karty katalogowe oraz DTR producentów. W spornym zakresie wykonawcaabrany do pisma z dnia 09.07.2012r. załączył karty katalogowe Kotleciarki producenta INOXXI w tym trzy modele to jest: kotleciarka INOXXI T 404, kotleciarka INOXXI T 707, kotleciarka INOXXI T 707 ALU ROT. Przy czym z opisu parametrów technicznych nie wynika aby którakolwiek z nich była wyposażona w bieg wsteczny.

W dniu 17.07.2012r. zamawiający wystosował do wykonawcy wybranego kolejne pismo, tym razem na podstawie art.87 ust.1 ustawy, żądając wyjaśnień. Z treści tego pisma wynika, że odnosi się ono do pom.133 poz.10 maszyna do formowania kotletów tzw. kotleciarka. Odnosząc się do złożonej oferty zamawiający stwierdza, że wykonawcaabrany zaoferował urządzenie oznaczone symbolem T 707, podając producenta Avery Berkel. Natomiast wśród uzupełnionych dokumentów znajduje się karta katalogowa producenta kotleciarek INNOXI. Zamawiający w piśmie tym stwierdza, że maszyna do formowania kotletów nie jest wyposażona w bieg wsteczny (INNOXI T 707), a zamawiający wymagał tego parametru opisując przedmiot zamówienia. W związku z tym zamawiający wzywa do wyjaśnienia czy zaoferowana kotleciarka o symbolu T 707 może zostać dodatkowo wyposażona w funkcję biegu wstecznego i czy takie urządzenie zgodnie z wymogami zamawiającego zostanie dostarczone zamawiającemu.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, pismem z dnia 18.07.2012r. wykonawcaabrany informuje, że kotleciarka T 707 produkowana jest przez firmę INOXXI (firma Uniscale jest także dystrybutorem urządzeń produkowanych przez firmę Avery Berkel, stąd zaistniała pomyłka), może być wyposażona w bieg wsteczny zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, na potwierdzenie czego w załączeniu przesyłamy pismo wyjaśniające wystawione przez firmę Uniscale, jako dystrybutora urządzenia na Polskę. Jednocześnie potwierdzający, że w przypadku wyboru oferty zostanie dostarczona zamawiającemu kotleciarka T 707 wyposażona w bieg wsteczny. Do pisma wyjaśniającego

5

Sygn. akt KIO 1638/12

wykonawcaabrany załączył pismo dystrybutora Uniscale, z którego wynika, że kotleciarka INOXXI 707 jest bez biegu wstecznego, ale na życzenie klienta może być wyposażona w bieg wsteczny.

Izba zważyła

Zarzut jest zasadny.

Zgodnie z wymogiem siwz maszyna do formowania kotletów ma być wyposażona w bieg wsteczny.

Na potwierdzenie równoważności oferowanej maszyny wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia zarówno dokumentacji techniczno ruchowej jak i karty katalogowej.

Takie są wymogi siwz.

Przy czym zamawiający jest zobowiązany wezwać do uzupełnienia brakujących dokumentów, co wynika wprost z brzmienia art. 26 ust.3 ustawy. W przedmiotowej sprawie brakującymi dokumentami były karty katalogowe i dokumentacja techniczno ruchowa. Bezspornym w sprawie jest, że na wezwanie zamawiającego wykonawca wybrany nie dostarczył dokumentacji techniczno ruchowej. Wobec nie wypełnienia wezwania zamawiającego wykonawca wybrany zostaje wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona w myśl art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z ust. 4 tegoż artykułu ustawy. Interpretacja zamawiającego czyniona na rozprawie jako by wykonawca nie miał obowiązku dostarczenia zarówno DTR jak i karty katalogowej nie zasługuje na uwzględnienie wobec jednoznacznego zapisu siwz. Brzmienie Części VI SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów , jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu ust. 10 o treści : Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć 10.wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żąda inne: dokumentacja techniczno-ruchowa urządzeń, karty katalogowe charakteryzujące parametry techniczne oferowanych materiałów równoważnych, jest jednoznaczna. Tym bardziej, że innemu celowi służy dokumentacja techniczno-ruchowa a czemu innemu służy karta katalogowa urządzenia. Zamawiający nie ma prawa w toku postępowania, po złożeniu ofert zmieniać ustalonych przez siebie warunków specyfikacji. Takie postępowanie narusza zasadę równego traktowania wykonawców zagwarantowaną w art. 7 ustawy, co słusznie podniósł odwołujący. W związku z powyższym już z tego powodu, to jest nie wykonania wezwania w trybie art. 26 ust.3 ustawy wykonawca wybrany podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu o czym stanowi powyżej przywołany art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy w związku z ust.4 tegoż artykułu ustawy. Ponadto wykonawca wybrany składając kartę katalogową producenta INOXXI dokonał nieuprawnionej zmiany oferty w zakresie obowiązującego formularza asortymentowo-

6

Sygn. akt KIO 1638/12

cenowego pom.133 poz. 10 maszyna do formowania kotletów, gdzie w ofercie podał model T 707 producent Avery Berkel a w związku ze złożoną kartą katalogową dokonał nieuprawnionej zmiany. Dokonanej zmiany nie można zakwalifikować do żadnego przypadku wyspecyfikowanego w art. 87 ust. 2 pkt od 1 do 3 ustawy. Bezspornie w sprawie ustalono, że producent Avery Berkel nie produkuje maszyn do formowania kotletów a jest producentem wag i krajalnic. Brak jakichkolwiek podstaw do zmiany producenta wymienionego w formularzu asortymentowo cenowym z Avery Berkel na INOXXI. Taka zmiana stanowiła by również naruszenie art. 87 ust.1 ustawy, na podstawie którego można żądać wyjaśnień, a nie zmieniać treści oferty. Bowiem wskazanie w ofercie producenta stanowi o treści oferty to jest o jej istotnym elemencie jakim jest przedmiot zamówienia a w szczególności sprecyzowanie marki producenta maszyny do formowania kotletów. Zatem dokonywanie w formularzu asortymentowo cenowym zmiany z Avery Berkel na INOXXI stanowiłoby nadużycie prawa co do treści złożonej oferty.

W związku z powyższym bezprzedmiotowe jest wyjaśnianie przez zamawiającego czy oferowana maszyna do formowania kotletów może być dodatkowo na życzenie zamawiającego wyposażana dodatkowo w bieg wsteczny.

Reasumując wykonawca wybrany na wezwanie zamawiającego nie dostarczył dokumentacji techniczno ruchowej a oferowanie po złożeniu oferty innej maszyny do formowania kotletów to jest innego producenta stanowi zmianę oferty w zasadniczym zakresie i jest nieskuteczne, a zamawiający w takim przypadku jest zobowiązany odrzucić ofertę zgodnie z dyspozycją art.89 ust.1 pkt 2 ustawy co podnosił odwołujący.

Zarzut nr 2

Jako dodatkowy argument odwołujący podniósł zaofiarowanie maszyny do zmywania nie spełniającej wymogu siwz co do wydajności płukania koszy/h. Podnosząc w tym zakresie sprzeczność treści oferty z treścią siwz i wnosząc o odrzucenie oferty wykonawcy wybranego z tego powodu.

Izba ustaliła.

Zgodnie z pozycją oznaczoną przez zamawiającego jako ZS 5 w ciągu technologicznym

mycia mechanicznego naczyń zamawiający wymagał zmywarki tunelowej dwustanowiskowej z wydajnością przy strefie podwójnego płukania do 130 koszy /h. Wykonawca zaoferował urządzenie producenta Hobart, model CS-A-14. Na wezwanie zamawiającego wykonawca wybrany przesłał kartę katalogową zmywarki, z której wynika, że jej wydajność koszy /h wynosi nie jak w siwz do 130 koszy/h tylko 120 koszy/h.

7

Sygn. akt KIO 1638/12

Izba zważyła.

Zarzut zasadny.

Przy czym w ocenie Izby sformułowanie do 130 koszy/h w przedmiotowej sprawie należy rozumieć jako wymóg uzyskiwania 130koszy /h to jest ani poniżej ani powyżej. Nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia co wywodził na rozprawie zamawiający, że sformułowanie do 130 koszy/h można rozumieć również poniżej 130koszy/h. Wobec nie określenia braku tolerancji odstępstwa od 130 koszy/h zapis w siwz do 130 koszy/h należy rozumieć jako 130koszy/h. Innej interpretacji tak sformułowanego zapisu siwz dla równego traktowania wykonawców nie można wywieść na tle takiego zapisu siwz (do 130 koszy/h). Reasumując żądanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z powodu zaoferowania zmywarki z niższą wydajnością koszy/h niż określona w siwz jest uprawnione.

W związku z powyższym podniesione zarzuty w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy potwierdziły się.

Reasumując odwołanie zasługuje na uwzględnienie w myśl art. 192 ust.2 ustawy zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przy obowiązującym jedynym kryterium ceny w związku z nakazaniem odrzucenia oferty wybranej, oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą a co ma wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł.

Przewodniczący:

8