

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2011 r. przez **Rafała Rytwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno-Handlowe Rafał Rytwiński, 61-616 Poznań, osiedle Władysława Łokietka 11 m 30** od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Łódzki, 90-131 Łódź, ul. Narutowicza 65**

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu w części II i V zamówienia: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Biura Techniczno-Handlowego Rafał Rytwiński z Poznania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem dokonania czynności wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia próbek wzorcowych modeli mebli.**
2. **Kosztami postępowania obciążyć Uniwersytet Łódzki:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Biuro Techniczno-Handlowe Rafał Rytwiński z Poznania** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. **zasądza od Uniwersytetu Łódzkiego na rzecz Biura Techniczno-Handlowego Rafał Rytwiński z Poznania kwotę 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy

1

Sygn. akt KIO 772/11

sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

2

Sygn. akt KIO 772/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Łódzki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Dostawa i montaż mebli biurowych, siedzisk audytoryjnych oraz wyposażenia do budynku Wydziału Biologii i Ochrony Środowiska, Fizyki i Informatyki Stosowanej oraz mebli, urządzeń laboratoryjnych i mebli biurowych do Terenowej Stacji Przyrodniczej w Spale* (Nr sprawy BIN/UŁ-1/2011).

4 kwietnia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – Rafałowi Rytwińskiemu prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno-Handlowe Rafał Rytwiński, zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty, wskazując iż *odrzuca (...) ofertę nr 9 zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. dz. U z 2007 r., nr 113, poz. 759. Z późn. zm. (dalej ustawa) tj. jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik nr 9 do SIWZ, Pakiet 2 - pkt A, poz. 2 oraz pkt. B, Pakiet 5 - lp.1).*

14 kwietnia 2011 r. (pismem z 13 kwietnia 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie przepisów ustawy pzp:

1. Art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych oczywistych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej w niniejszym uzasadnieniu w skrócie „s.i.w.z.”), niepowodującego istotnych zmian w treści oferty.
2. Art. 87 ust. 1 poprzez brak zażądania przez Zamawiającego od Odwołującego wyjaśnień dotyczącej treści złożonej oferty, a w szczególności wyjaśnień dotyczących dołączonych do oferty wzorców mebli, pomimo że ze złożonej oferty pisemnej jednoznacznie wynikało, iż jest ona zgodna z s.i.w.z. i wykonane na podstawie złożonej oferty meble będą posiadały wszystkie cechy wymagane przez Zamawiającego wskazane w zamówieniu.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez uznanie przez Zamawiającego, że treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., pomimo że z oferty pisemnej w sposób jednoznaczny wynikało, że jest ona zgodna z s.i.w.z. i wykonane na podstawie złożonej oferty meble będą posiadały wszystkie cechy wymagane przez Zamawiającego wskazane w zamówieniu.

3

Sygn. akt KIO 772/11

4. Art. 92 ust. 1 pkt 2 poprzez brak podania w przekazanej Odwołującemu informacji o odrzuceniu oferty uzasadnienia faktycznego czynności oraz podaniu niezgodnej z rzeczywistym stanem rzeczy podstawy prawnej tej czynności.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w *Pakietach II i V*.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

Zamawiający w stosunku do oferty Odwołującego naruszył treść art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 87 ust. 1 pzp. Bezsporne jest, że oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na jej niezgodność z s.i.w.z., która w szczególności polegać miała na niezgodności niektórych cech dołączonych przez Odwołującego wzorców mebli z cechami wskazanymi w s.i.w.z. Jak wynika jednak z treści § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz.1817), w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek, opisów lub fotografii. W związku z powyższym, próbki, a zatem wzorce mebli, o których mowa w zaskarżonym postępowaniu, przepisy wyżej powołanego rozporządzenia wydane na podstawie art. 25 ust. 2 pzp, nakazują traktować jak wszelkie inne dokumenty składane w postępowaniu dotyczącym zamówień publicznych. W konsekwencji, skoro Zamawiający może żądać próbek i wzorców w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają jego wymaganiom, to wzorce takie należy traktować, jako „dokument” (w rozumieniu szerokim, jako materiał dowodzący spełnienie wymagań), w rozumieniu treści art. 25 ust. 1 pzp. Pogląd taki uznać należy za niekwestionowany w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 728/09).

W pisemnej części oferty Odwołujący wyraźnie przy każdym wymaganiu wynikającym z s.i.w.z. dotyczącym danych technicznych oferowanych mebli potwierdził, że jego oferta jest

zgodna z tymi wymaganiami. Drobne różnice w przekazanych Zamawiającemu wzorcach mebli wynikały zaś z niezgodnego z projektem ich wykonania przez pracownika Odwołującego. Nieścisłości te nie miały jednak żadnego wpływu na cenę oferowanych mebli. Oczywistym zatem jest, że w razie zwrócenia przez Zamawiającego uwagi Odwołującemu odnośnie tych nieścisłości, w razie wykonywania przyszłej umowy, zostałyby one skorygowane w toku realizacji całości zamówienia. W związku z tym, że z zasadniczej pisemnej części oferty złożonej przez Odwołującego jednoznacznie wynikało, że spełnia ona warunki wskazane przez Zamawiającego w s.i.w.z., pewne niedokładności winny być

4

Sygn. akt KIO 772/11

potraktowane jako inne oczywiste omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, o których mowa w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W razie zaś, gdyby Zamawiający miał wątpliwość, czy drobne odstępstwa w przekazanych mu wzorach mebli w stosunku do s.i.w.z., można potraktować, jako inną oczywistą omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, miał obowiązek wezwać Odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności w treści złożonej oferty *podstawowej* w formie pisemnej z dołączonymi wzorcami, stanowiącymi załączniki do oferty, w trybie art. 87 ust. 1 pzp. Co prawda z powyższego przepisu wynikałoby, że żądanie od wykonawców złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert jest jedynie uprawnieniem Zamawiającego, jednakże zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych, zaniechanie przez Zamawiającego tego trybu *postępowania ratyfikacyjnego* w sytuacji zaistnienia wątpliwości odnośnie złożonej oferty, winno zostać uznane za naruszenie przepisów ustawy pzp (por: wyrok KIO/UPZ z 5 listopada 2009 r., KIO/UPZ 1443/09, Lex Polonica nr 2259426, niepubl.; wyrok KIO/UPZ z 2 listopada 2009 r., KIO/UPZ 1327/09, Lex Polonica nr 2304795, niepubl.). Skoro zatem Odwołujący w złożonej ofercie potwierdził, przy każdej wymaganej przez SIWZ cesze oferowanych mebli, że oferta jest zgodna z tą cechą, to Zamawiający, miał obowiązek zażądać od Odwołującego wyjaśnień dotyczących drobnych nieścisłości dostarczonych mu wzorców mebli z wymaganiami wskazywanymi w treści zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Zamawiający bądź to w trybie poprawienia oczywistych omyłek zawartych w ofercie Odwołującego, bądź też w trybie zażądania od niego wyjaśnień, winien poprawić złożoną ofertę w części dotyczącej złożonych wzorców mebli i ostatecznie uznać, że oferta ta jest w całości zgodna z s.i.w.z.

Po drugie Odwołujący podnosi, że w informacji przesłanej 4 kwietnia 2011 r. Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, a więc z uwagi na fakt, że oferta ta jest niezgodna z ustawą, tymczasem w dalszej części zdania informującego o odrzuceniu oferty wskazano już, że *jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, a więc *de facto* powołano się na treść art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, wobec tego treść przesłanej Odwołującemu informacji dotyczącej podstawy prawnej odrzucenia jego oferty jest wewnętrznie sprzeczna. Co więcej, informacja ta w ogóle nie zawiera podstawy faktycznej odrzucenia oferty. Mając zatem na uwadze okoliczność, że Zamawiający *de facto* powołał dwie różne, wzajemnie się wykluczające podstawy prawne i nie pozwolił ich na ich weryfikację, nie wskazując jakiegokolwiek podstawy faktycznej, przyjąć należy, że w sposób rażący naruszył treść art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp. Co prawda w terminie późniejszym, tj. 6 kwietnia 2011 r., na wyraźne pisemne zapytanie Odwołującego, Zamawiający przesłał mu dodatkowe, lakoniczne informacje faktyczne

5

Sygn. akt KIO 772/11

dotyczące przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, jednakże taka czynność nie może zostać uznana za sanującą powyższe naruszenie. Z niekwestionowanych poglądów orzecznictwa wynika bowiem, że zgodnie z treścią przytoczonego powyżej artykułu, zamawiający ma każdorazowo obowiązek podania w uzasadnieniu faktycznym informacji o odrzuceniu oferty wskazania treści s.i.w.z., jak i treści oferty, które okazały się z sobą niezgodne, a dodatkowo uzasadnienia dla czego niezgodności te nie mogły zostać zakwalifikowane do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp (por: wyrok KIO/UPZ z 18

października 2010 r., KIO/UZP 2174/10; wyrok KIO/UZP z 5 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 949/09).

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Izby ustalił, iż Zamawiający 14 kwietnia 2011 r. dopełnił wynikającego z przepisu art. 185 ust. 1 pzp obowiązku wezwania pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazania im kopii odwołania. Śaden z wezwanych wykonawców nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 17 lutego 2011 r. pod nr 2011/S_33-054538, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.uni.lodz.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego dla wszystkich części zamówienia (tzw. pakiety od 1 do 6) na kwotę 1.889.887,03 zł, co stanowi

6

Sygn. akt KIO 772/11

równowartość 462.286,28 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną oferty (przyjętą w s.i.w.z. dla porównania ofert) w częściach zamówienia (nazywanych „pakietami”): II i V, przy czym z postanowień pkt. 17 s.i.w.z. wynika, iż cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert w ramach poszczególnych części.

W pkt. 8.3 s.i.w.z. Zamawiający określił, iż *w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawca do oferty zobowiązany jest dołączyć:*

- a. *Zaświadczenia podmiotów uprawnionych do kontroli jakości potwierdzające, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, tj. certyfikaty systemu jakości, atesty lub opinie higieniczne PZH określone w Załączniku nr 9 lub równoważne. Należy także załączyć dokumentację techniczno-ruchową i katalogi dla mebli laboratoryjnych tj. Pakiet 4 i 6 ze zdjęciami. Wykonawca może zamiast zaświadczeń o których mowa w pkt. 8.3a złożyć równoważne zaświadczenie wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego*
- b. *Szczegółową specyfikację techniczną (np. karty katalogowe, foldery informacyjne, dot. Pakiet 4,6 – meble laboratoryjne), w przypadku zaoferowania asortymentu równoważnego (innego niż podany w wymaganiach technicznych – minimalnych parametrach wymaganych), z której w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że zaproponowany produkt spełnia warunek równoważności*
- c. *Pojedyncze egzemplarze mebli wzorcowych:*
(...)
w przypadku Pakietu 2
c) pojedyncze egzemplarze modeli wzorcowych

wzorcowy model biurka – Pakiet 2 poz. 2
wzorcowy model regału – Pakiet 2 poz. 17,
wzorcowy model szafy częściowo oszklonej Pakiet 2 poz. 22,
ad. a) Atest tkaniny – Krzesło tapicerowane tkanina z atestem trudnopalności, PN-EN 1021, 100% polyolefin, o klasie ścieralności na poziomie 20 000 cykli (PN-EN ISO 12947-2), odporności na pilling 5 (PN-91/P-04619). Wymagany atest z badań wytrzymałościowych krzesła lub równoważne

(...)

W przypadku pakietu 5:

Ad a)

7

Sygn. akt KIO 772/11

- Krzesło tapicerowane tkanina z atestem trudnopalności, PN-EN 1021, 100% polyolefin, o klasie ścieralności na poziomie 20 000 cykli (PN-EN ISO 12947-2), odporności na pilling 5 (PN-91/P-04619). Wymagany atest z badań wytrzymałościowych krzesła lub równoważne – poz. 47 i 49
- Krzesło tapicerowane tkanina z atestem trudnopalności tkanina typu MIKROFAZA M12(100 % poliestr, odporność na ścieranie minimum 20 000 cykli, odporność na pilling minimum 4, trudnopalna) – poz. 46

Ad. c) wzorcowy model biurka komputerowego – Pakiet 5 poz. 3,
wzorcowy model szafy stojącej – Pakiet 5 poz. 33,
wzorcowy model szafy częściowo oszklonej Pakiet 5 poz. 25,
(...).

W pkt. 12 Opis przygotowania ofert w ppkt. 4 Zamawiający określił, iż poprawnie wypełniony Arkusz Cenowy, stanowiący załącznik nr 9, w kolumnie „Parametry oferowane”, w poszczególnych wierszach określających zamawiany asortyment, powinien zawierać jego jednoznaczne określenie poprzez podanie nazwy producenta, typu/modelu oraz parametrów technicznych. Jeżeli sformułowanie umieszczone przez Wykonawcę w odpowiednim wierszu kolumny: „Parametry oferowane” miało mieć taką samą treść jak umieszczone przez Zamawiającego w kolumnie OPIS, Wykonawca może wpisać słowo „ZGODNE”, będące potwierdzeniem parametrów wymaganych przez Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest również do wypełnienia kolumn 6-7 – arkusza oraz wiersza „Razem” stanowiącego sumę poszczególnych kwot brutto.

6 kwietnia 2011 r. Zamawiający, w odpowiedzi na pisemny wniosek Odwołującego o podanie powodów odrzucenia oferty, w następujący sposób wskazał podstawę faktyczną oraz sprecyzował podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego:

W trakcie badania oferty Zamawiający stwierdził, że dołączone przez firmę Biuro Techniczno-Handlowe Rafał Rytwiński wzorcowe modele mebli wskazane w SIWZ nie odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Wymagany model wzorcowy zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ, Pakiet 2 poz. 2 tj. biurko prostokątne nie posiada blokady półki na klawiaturę. Zgodnie z opisem część B załącznik nr 9 do SIWZ plecy szaf, regałów w modelach wzorcowych nie zostały wpuszczone we ręki wieńców i boków. Brał zgodności z zamieszczonym rysunkiem szkic nr 58 do SIWZ.

W zaprezentowanych modelach wzorcowych dla pakietów 2 i 5 zamiast wymaganej grubości półek 28mm. Wykonawca zamontował półki o grubości 18mm.

W prezentowanych modelach zamontowany zamek nie posiada zamykania w 3 punktach.

W szafie i regale brak regulacji wysokości półek co 32 mm. na całej wysokości.

8

Sygn. akt KIO 772/11

W modelach zaprezentowanych w pakiecie 5 – tym brak wymaganych cokołów ślizgaczy.

W związku z niedostosowaniem się do opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień

Publicznych (t.j. z 2010r. Nr 113poz. 759 z późn. zm.) odrzuca złożoną przez Państwa ofertę.

Izba ustaliła, iż wskazane przez Zamawiającego w piśmie z 6 kwietnia 2011 r. wymagania zostały opisane w następujących postanowieniach załącznika nr 9 do s.i.w.z.:

- wysuwane półki z płyty na klawiaturę i szuflady na prowadnicach stalowych, rolkowych z blkadą w pozycji zamkniętej [Pakiet nr 2, lit. A Wymagania, punkt 7];
- plecy szaf i regałów z płyty melaminowej dwustronnej o grubości min 8 mm, wpuszczona wręgi wieńców i boków szaf, według rysunku nr 58 [Pakiet nr 2, lit. B Wymagania, punkt 6];
- płyty górne – wieńce oraz półki o grubości 28 mm [Pakiet nr 2, lit. B Wymagania, punkt 3];
- szafy i regały zamykane na zamki meblowe baskwilowe, np. haffele lub równoważne co najmniej w 3 punktach [Pakiet nr 2, lit. B Wymagania, punkt 4];
- szafy, szafki wiszące regały stojące wykonane z płyty melaminowanej dwustronnej o grubości 18 mm (półki z regulacją wysokości 32 mm na całej wysokości), kolor czereśnia D 775 KRONOPOL lub równoważny do uzgodnienia podczas realizacji zamówienia [Pakiet nr 2, lit. B Wymagania, punkt 1];
- Stopki meblowe – ślizgacze PCV od wewnątrz z możliwością regulacji poziomu [Arkusz Cenowy – Pakiet 5, Nazwa wyposażenia i Opis w wierszu 17 tabeli];
- Wysokość cokołu szafki – 7 cm [Arkusz Cenowy – Pakiet 5, Nazwa wyposażenia i Opis w wierszu 21 tabeli].

Powyższe Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Odwołującego, zawiadomienia o odrzuceniu oferty z 4 kwietnia 2011 r., pisma Zamawiającego z 6 kwietnia 2011 r. oraz zgodnych oświadczeń Stron na rozprawie co do zakresu niezgodności próbek mebli z wymaganiami załącznika nr 9 do s.i.w.z.

Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione oraz omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę

9

Sygn. akt KIO 772/11

stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej lub wyrażone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odzwierciedlone w protokole, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 17 lutego 2011 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż w zakresie części zamówienia objętych zarzutami odwołania złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny złożonych ofert, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Jednocześnie bezpodstawne odrzucenie oferty przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z powołaniem się na sprzeczność treści oferty z treścią s.i.w.z.

Skład orzekający Izby zważył, iż czynność Zamawiającego była co najmniej przedwczesna wobec braku poprzedzenia jej wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 pzp, umożliwiającym Odwołującemu uzupełnienie braków w załączonych do oferty próbkach wzorcowych modeli mebli. Z postanowień s.i.w.z. wynika bowiem, iż te pojedyncze egzemplarze modeli wzorcowych stanowią próbki, o których mowa w przepisie § 5 ust. 1 pkt

10

Sygn. akt KIO 772/11

1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz.1817), a zatem według przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp stanowią dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Wynika to przy tym nie tylko wprost z postanowienia pkt. 8.3 s.i.w.z. (*W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawca do oferty zobowiązany jest załączyć...*), lecz przede wszystkim z określenia sposobu przygotowania oferty w pkt. 12 s.i.w.z., w szczególności polegającego na wypełnieniu: *Formularza Oferty* (stanowiącego załącznik nr 1 a do s.i.w.z.), a także *Arkusza cenowego* (stanowiącego załącznik nr 9 do s.i.w.z.), zawierającego szczegółowy opis poszczególnych parametrów mebli wymaganych przez Zamawiającego, wraz z pozostawieniem miejsca na odpowiednie wpisanie parametrów mebli oferowanych przez wykonawcę składającego ofertę. Odwołujący dokonał w treści złożonej oferty skonkretyzowania parametrów oferowanych mebli przez wpisanie przy każdym z nich słowa *zgodne*, to jest w sposób wprost dopuszczony przez Zamawiającego w ppkt. 4 pkt. 12 s.i.w.z. jako poprawne wypełnienie obowiązującego załącznika nr 9 do s.i.w.z., do którego treści, w części stanowiącej opis przedmiotu zamówienia przygotowany przez Zamawiającego, nie wolno było wprowadzać jakichkolwiek zmian (ppkt. 5 pkt. 12 s.i.w.z.). Zatem Zamawiający dokonał sprecyzowania zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i wymaganego od wykonawców sposobu podania parametrów oferowanych mebli, a dodatkowo zażądał od tych wykonawców potwierdzenia tych parametrów przez przedstawienie próbek niektórych typów mebli. Zamawiający nie miał przy tym zastrzeżeń do zgodności skonkretyzowanej przez Odwołującego w formie pisemnej treści oferty z treścią opisu przedmiotu zamówienia w s.i.w.z., natomiast zakwestionował zgodność z tym opisem niektórych parametrów przedstawionych próbek wzorów mebli. Mogłoby to się stać podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego, lecz jedynie po bezskutecznym wyczerpaniu obligatoryjnej procedury wynikającej z przepisu art. 26 ust. 3 pzp, mającej również zastosowanie do dokumentów składanych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Zdaniem składu orzekającego Izby trudno wyobrazić sobie sytuację, w której na treść oferty miałby składać się produkt finalny odpowiadający rezultatowi, który Zamawiający zamierza dopiero uzyskać w wyniku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznaczałoby to *de facto* wymaganie dostarczenia części przedmiotu zamówienia już w chwili składania oferty. Stąd oceny zgodności egzemplarzy mebli wzorcowych należy dokonywać z uwzględnieniem, iż stanowią one próbki, potwierdzenie zdolności wykonawcy do dostarczenia produktu finalnego odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, a nie właściwy produkt finalny, który musi odpowiadać tym wymaganiom pod każdym względem.

11

Sygn. akt KIO 772/11

Jedynie w sytuacji, gdyby Zamawiający wprowadził kryterium jakości oferowanych mebli, niedociągnięcia w wykonaniu przedstawionych przez wykonawcę do oceny mebli mogłyby znaleźć wprost przełożenie na uzyskaną punktację w ramach takiego kryterium. Jednak

nawet jeżeli w prowadzonym postępowaniu Zamawiający poprzestał na kryterium cenowym, z jednoczesnym zażądaniem próbek, nie oznacza to dopuszczalności zasadniczego odbiegania przedstawionych wzorów mebli określonych w s.i.w.z. parametrów, w szczególności takich, które zostały opisane w sposób precyzyjny, w tym za pomocą podania konkretnych wielkości określonych jednostką miary. W ocenie składu orzekającego Izby w stosunku do wszystkich niezgodności, które zostały wskazane w piśmie z 6 kwietnia 2011 r., Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedstawione próbki mebli w pełni odpowiadały wymaganym parametrom, gdyż zostały one opisane w s.i.w.z. w sposób umożliwiający ich spełnienie przez wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu. Zatem Odwołujący nie może powoływać się w niniejszej sprawie na to, iż zasadniczo przedstawione egzemplarze mebli spełniają swoje funkcje, a poprawienia zakwestionowanych parametrów dokona dopiero na etapie realizacji zamówienia. Skoro Odwołujący zaakceptował postanowienia s.i.w.z. dotyczące obowiązku przedstawienia wraz z ofertą próbek na potwierdzenie wymagań Zamawiającego, to nie może na etapie składania oferty już tego kwestionować, pod rygorem odrzucenia złożonej oferty z uwagi na nieprzedstawienie wzorów mebli spełniających te wymagania w niezbędnym zakresie.

Zamawiający na rozprawie nie kwestionował, iż wymagane próbki mebli wzorcowych stanowią dokument w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 3 pzp, wskazując jedynie, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie miał obowiązku wzywania do ich uzupełnienia Odwołującego, którego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający wskazał przy tym na rozprawie, iż nie miała miejsce ani sytuacja niezłożenia wymaganego dokumentu (pierwsza *instytucja* wynikająca według Zamawiającego z art. 26 ust. 3 pzp), ani sytuacja złożenia dokumentu zawierającego braki (druga *instytucja* wynikająca według Zamawiającego z art. 26 ust. 3 pzp) – co obligowałoby do wezwania do ich uzupełnienia. Natomiast złożone próbki mebli wzorcowych nie mają braków, gdyż spełniły swoją funkcję, pozwalając na ustalenie braku zgodności oferowanych przez Odwołującego mebli z wymaganiami s.i.w.z. (trzecia *instytucja* wynikająca według Zamawiającego z art. 26 ust. 3 pzp). W ocenie składu orzekającego Izby rozumowanie Zamawiającego nie znajduje oparcia w przepisie art. 26 ust. 3 pzp, a także wydaje się być oparte na błędzie logicznym. Dystynkcja trzech *instytucji* wyróżnionych przez Zamawiającego prowadzi w konsekwencji do wniosku, iż gdyby Odwołujący w ogóle nie złożył żadnych egzemplarzy wzorów mebli, to znalazłby się w lepszej sytuacji, gdyż zostałby wtedy przez Zamawiającego wezwany do ich uzupełnienia. Tymczasem dorobkiem orzecznictwa i doktryny, odzwierciedlonym *de lege lata* wprost w obowiązującym brzmieniu przepisu art. 26

12

Sygn. akt KIO 772/11

ust. 3 pzp, jest właśnie zrównanie konsekwencji zarówno niezłożenia w ogóle dokumentu, jak i złożenia dokumentu zawierającego braki – wykonawcy znajdujący się w każdej z tych sytuacji podlegają obligatoryjnemu wezwaniu do uzupełnienia w trybie tego przepisu. Zatem z tego względu tzw. trzecia *instytucja* okazuje się być zbiorem pustym, niemającym swoich desygnatów w możliwych do wystąpienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia sytuacjach. Natomiast jeżeli Zamawiający miał na myśli dopuszczalność zaniechania wzywania do uzupełnienia, gdyż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, to w niniejszej sprawie również nie zaszła taka sytuacja. Przewidziana w przepisie art. 26 ust. 3 pzp możliwość odstąpienia od wzywania do uzupełnienia dokumentów w razie podlegania odrzuceniu oferty wykonawcy, którego miałoby dotyczyć wezwanie, dotyczy sytuacji, w której podstawą dla odrzucenia oferty są okoliczności inne niż stanowiące przesłankę obowiązku dokonania wezwania, np. złożenie oferty będące czynem nieuczciwej konkurencji, skutkujące koniecznością jej odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Natomiast sprzeczne wewnętrznie i nielogiczne jest równoczesne twierdzenie przez Zamawiającego, że złożone przez Odwołującego egzemplarze mebli wzorcowych nie zawierają błędów, wobec tego nie ma podstaw do wzywania do ich uzupełnienia, i jednocześnie stwierdzenie, iż z uwagi na zidentyfikowane przez Zamawiającego niezgodności tych próbek z wymaganiami s.i.w.z. (a więc z powodu stwierdzonych w nich błędów) oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. W istocie jest to bowiem twierdzenie dwóch przeciwieństw z jednej sytuacji faktycznej, w celu wyciągnięcia konsekwencji prawnych odpowiadających subiektywnym potrzebom Zamawiającego, co nie znajduje oparcia w zasadach prowadzenia postępowania o

udzielenie zamówienia.

Skład orzekający Izby nie dopatrywał się natomiast naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 pzp. Podnosząc zarzut naruszenia tych przepisów, Odwołujący zdaje się zapominać, iż sam na wstępie uzasadnienia odwołania wskazał na charakter prawny złożonych egzemplarzy mebli jako *sui generis* dokumentu w rozumieniu przepisu art. 25 ust. 1 pzp. Tymczasem zarówno instytucja wyjaśnień, jak i instytucja poprawiania tzw. innych omyłek (polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty) odnosi się do treści oferty, a nie do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, gdyż do dokumentów tych zastosowanie ma instytucja wyjaśnień lub instytucja wezwania do uzupełnienia, przewidziane odpowiednio w przepisach art. 25 ust. 4 i 3 pzp. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie nie zaszła jednak w ogóle potrzeba wyjaśniania, czy złożone wzory mebli potwierdzają spełnianie parametrów wymaganych przez Zamawiającego i oferowanych przez Odwołującego w treści pisemnej oferty. Zamawiający był w stanie zidentyfikować we

13

Sygn. akt KIO 772/11

własnym zakresie i wskazał, choć z opóźnieniem, zakres stwierdzonych niezgodności, który nie był kwestionowany przez Odwołującego, również w toku postępowania odwoławczego. Wobec tego nie powstały żadne wątpliwości do wyjaśnienia, skoro Zamawiający ustalił prawidłowo, iż załączone do oferty próbki mebli nie potwierdzają wymaganych parametrów, a także był w stanie precyzyjnie wskazać, na czym polegają stwierdzone braki.

Natomiast z powodu obiektywnych okoliczności, nawet gdyby wzory mebli mogły zostać uznane za element treści oferty, a nie próbkę na potwierdzenie spełniania wymagań określonych w s.i.w.z. – niemożliwe byłoby poprawienie takich niezgodności, jak stwierdzone przez Zamawiającego, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Przepis ten nakazuje bowiem Zamawiającemu dokonanie poprawienia stwierdzonych omyłek, co nie jest możliwe w przypadku mebli, gdyż oznaczałoby, iż musiałby on fizycznie dokonać w nich poprawek, np. półki 18 mm zastąpić półkami 28 mm. Wbrew stanowisku Odwołującego wyrażonemu na rozprawie, poprawienia wszystkich kategorii omyłek z art. 87 ust. 2 pzp dokonuje zamawiający sam, zawiadamiając jednocześnie wykonawcę, którego oferta została poprawiona, co nie oznacza czynnego udziału tego wykonawcy w czynności poprawienia treści oferty. Nie do przyjęcia jest zatem również w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp fizyczne dokonywanie poprawienia mebli objętych treścią oferty przez zainteresowanego wykonawcę.

Wobec opisanych powyżej ustaleń faktycznych dotyczących sposobu zawiadomienia Odwołującego o podstawach dokonanego odrzucenia, Zamawiający w oczywisty sposób naruszył również przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż pierwotnie w ogóle zaniechał wskazania jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego dokonanego odrzucenia, podając jedynie szcątkową i sprzeczną wewnątrznie podstawę prawną. Wobec nałożonego mocą tego przepisu na Zamawiającego obowiązku informacyjnego, nie jest prawidłowa sytuacja, w której Odwołujący musiał odrębnie występować z wnioskiem o wskazanie uzasadnienia dokonanej na jego niekorzyść czynności, od której przysługują mu środki zaskarżenia. Jednakże dostatecznie szczegółowe wskazanie podstawy prawnej i faktycznej przez Zamawiającego w dwa dni po dokonaniu odrzucenia powoduje, iż zarzut ten nie mógłby stać się samoistną podstawą do uwzględnienia odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1

14

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), obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), z ograniczeniem jego wysokości do kwoty 3600,00 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....