

WYROK

z dnia 29 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2011 r. przez wykonawcę: **BALMA Salon Firmowy Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 60-126 Poznań, ul. Głogowska 157** – od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Rokietnica, 62-090 Rokietnica, ul. Gołęcińska 1**

przy udziale wykonawcy: **Rafał Rytwiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno-Handlowe Rafał Rytwiński, 61-616 Poznań, osiedle Władysława Łokietka 11 m 30**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu w części nr 1 zamówienia (dostawa mebli szkolnych i biurowych): unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a także odrzucenie oferty Biura Techniczno-Handlowego Rafał Rytwiński z Poznania.**
- 2. Kosztami postępowania obciążyć Biuro Techniczno-Handlowe Rafał Rytwiński z Poznania, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BALMA Salon**

1

Firmowy Poznań spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Biura Techniczno-Handlowego Rafał Rytwiński z Poznania** na rzecz **BALMA Salon Firmowy Poznań spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od **Biura Techniczno-Handlowego Rafał Rytwiński z Poznania** na rzecz **Gminy Rokietnica** kwotę **3838 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści osiem złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rokietnica – 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, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Wyposażenie Gimnazjum w miejscowości Rokietnica przy ul. Trakt Napoleoński* (Nr sprawy ZP.271.3.2011).

3 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał pisemnie za pośrednictwem poczty Odwołującemu – BALMA Salon Firmowy Poznań spółce z o.o. z siedzibą w Poznaniu – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 1 zamówienia (dostawa mebli szkolnych i biurowych) oferty Rafała Rytwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno-Handlowe Rafał Rytwiński.

17 czerwca 2011 r. (pismem z 16 czerwca 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego oraz od zaniechania odrzucenia oferty Biura Techniczno-Handlowego Rafał Rytwiński z Poznania – zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, zobowiązującego do odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści i warunkom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie: „s.i.w.z.”).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, z jednoczesnym odrzuceniem oferty złożonej przez Biuro Techniczno-Handlowe Rafał Rytwiński z Poznania.

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

Biuro Techniczno-Handlowe z Poznania zaoferowało meble, które nie spełniają żądanych przez zamawiającego w s.i.w.z. warunków technicznych, w szczególności ławki uczniowskie nie posiadają wymaganego przez Zamawiającego elementu łączącego pomiędzy stelażem ławki i nogą, gdyż stelaż biurka został na stałe zespalany do nóg. Ponadto nogi ławki uczniowskiej mają zupełnie inne wymiary przekroju (23 x 23 mm), zamiast wymaganego przez zamawiającego przekroju (50 x 50 mm). Z uzasadnienia zawartego w piśmie zamawiającego z 13 kwietnia 2011 roku (odpowiedzi na pytania),

3

Sygn. akt KIO 1289/11

jednoznacznie wynika, że zastosowanie powyższych elementów jest konieczne i ma istotne znaczenie dla funkcjonalności mebla (przede wszystkim ma zapewnić możliwość wymiany nóg bez konieczności zmiany stelaża, oprócz tego ma stanowić element maskujący dla śrub, nakrętek itp.). Nie ulega wątpliwości, że zastosowanie trwałego zespawania stelaża ławki z nogami, nie tylko nie zawiera wymaganego elementu łączącego, ale również uniemożliwia ewentualną wymianę nóg bez konieczności zmiany stelaża. O tym, że meble zaoferowane przez Biuro Techniczno-Handlowe z Poznania nie spełniają wymogów oznaczonych przez Zamawiającego w s.i.w.z., świadczy dodatkowo egzemplarz ławki uczniowskiej dostarczonej wraz z ofertą do siedziby zamawiającego. [Na dowód czego do odwołania załączono do dokumentację fotograficzną, w tym 5 zdjęć ławki złożonej przez Biuro Techniczno-Handlowe z Poznania].

Przeprowadzona w dniu 14 czerwca 2011 r. w siedzibie Zamawiającego przez Odwołującego analiza dokumentacji przetargowej, wskazuje, iż Zamawiający, działający poprzez powołaną komisję przetargową, nie przeprowadził żadnej merytorycznej oceny zgodności mebli zaoferowanych przez Biuro Techniczno-Handlowe z s.i.w.z. Komisja nie dysponując wiedzą fachową dotyczącą stosowanych w meblarstwie rozwiązań technologicznych, nie powołała żadnego biegłego, który byłby w stanie w oparciu o dostarczone egzemplarze mebli (pkt 3.7 s.i.w.z.) ocenić ich jakość, funkcjonalność, a przede wszystkim zgodność z warunkami narzuconymi wykonawcom. Okoliczność ta została potwierdzona w trakcie spotkania w dniu 14 czerwca 2011 r. przez Panią Halinę Wroniecką,

prowadzącą sprawę zamówienia publicznego ze strony Gminy Rokietnica.

20 czerwca 2011 r. (za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Rafał Rytwiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno-Handlowe Rafał Rytwiński – zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia Biura Techniczno-Handlowego Rafał Rytwiński z Poznania do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

22 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający wniósł do Krajowej Izby

4

Sygn. akt KIO 1289/11

Odwoławczej odpowiedź na odwołanie – oświadczając, iż uwzględnia w całości zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu, które jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

27 czerwca 2011 r. Przystępujący (za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo pn. *Sprzeciw wykonawcy wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości*. W treści tego pisma Przystępujący oświadczając, iż wnosi sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania, wniósł jednocześnie o rozpoznanie odwołania i oddalenie odwołania w części objętej sprzeciwem, to jest o orzeczenie przez Izbę nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem dokonania czynności wezwania wnoszącego sprzeciw do uzupełnienia próbek wzorcowych modeli mebli.

W uzasadnieniu swego stanowiska Przystępujący podniósł następujące okoliczności.

Czynność odrzucenia oferty Przystępującego winna być poprzedzona wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 pzp (albo zażądaniem wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp), które umożliwiłoby uzupełnienie braków w załączonych do oferty próbkach wzorcowych modeli mebli (lub złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp). Z postanowienia pkt. 3.7 s.i.w.z. wynika wprost, iż wzory mebli (ławki uczniowskiej i krzesła typu III) miały zostać dostarczone wraz z ofertą, a więc stanowiły załącznik do tej oferty. Zatem takie pojedyncze egzemplarze mebli wzorcowych stanowią próbki, o których mowa w o których mowa w przepisie § 5 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), a zatem w rozumieniu przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp stanowią dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń, ani co do zgodności treści pisemnej oferty Przystępującego z treścią opisu przedmiotu zamówienia w s.i.w.z., ani co do zgodności z tym opisem parametrów dostarczonych próbek wzorów mebli.

Przystępujący wskazał nadto, iż próbka wzoru mebla – ławki uczniowskiej we wszystkich warunkach technicznych, to znaczy co do wymiarów, wyglądu, sposobu wykonania i użytych materiałów, jest w pełni zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający nie wskazał ani sposobu połączenia nóg ze stelażem, ani też nie podał przekroju kształtownika nogi ławki. Wskazówki co do tych rozwiązań znalazły się dopiero w informacji z 13 kwietnia 2011 r.

5

Sygn. akt KIO 1289/11

28 czerwca 2011 r. na posiedzeniu z udziałem Stron obecni pełnomocnicy Przystępującego oświadczyli, iż wnoszą sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego, żądając oddalenia odwołania w całości.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony, a Przystępujący oświadczył w sposób niebudzący wątpliwości, iż wnosi sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, na mocy przepisu art. 186 ust. 4 pzp – podlegało ono merytorycznemu 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 Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 6 kwietnia 2011 r. pod nr 2011/S_67-108757, z tym że 1 kwietnia 2011 r. Zamawiający przekazał je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.rokietnicaug.bip.e-zeto.com), 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 (od 1 do 3) na kwotę 762.500,00 zł, co stanowi równowartość 198.619,43 euro.

Odwołujący złożył ofertę z drugą w kolejności ceną oferty (przyjętą w s.i.w.z. dla porównania ofert) w części zamówienia nr 1, ofertę z najniższą ceną złożył Przystępujący, przy czym z postanowień pkt. 13 s.i.w.z. wynika, iż cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert w ramach poszczególnych części.

W pkt. 3 s.i.w.z. *Opis przedmiotu zamówienia* określono, iż: *Przedmiotem zamówienia jest dostawa wyposażenia Gimnazjum w miejscowości Rokietnica przy ul. Trakt Napoleoński działka nr 56/2 obejmująca dostawę mebli szkolnych i biurowych, sprzętu multimedialnego*

6

Sygn. akt KIO 1289/11

oraz gospodarstwa domowego, pomocy naukowych. Przedmiot zamówienia został podzielony na trzy następujące części:

część nr 1: dostawa mebli szkolnych i biurowych. (opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1.1 do SIWZ)

część nr 2: dostawa sprzętu multimedialnego oraz gospodarstwa domowego. (opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1.2 do SIWZ)

część nr 3: dostawa pomocy naukowych. (opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1.3 do SIWZ).

Natomiast w pkt. 3.7 znalazło się następujące postanowienie: *Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą wzorów mebli i sprzętu multimedialnego:*

Wykonawca dostarczy po 1 sztuce następujących części wyposażenia:

- ławka uczniowska (nr pozycji w opisie zamówienia 1.1.1.)*
- krzesło typ III (nr pozycji w opisie zamówienia 1.8.4)*
- laptop z oprogramowaniem (nr pozycji w opisie zamówienia 2.1.)*

Wzory mebli i sprzętu multimedialnego należy dostarczyć do siedziby Zamawiającego w dni robocze w godzinach pracy Urzędu do dnia składania ofert do godz. 9:00. Zamawiający wyznaczy pomieszczenie do składowania dostaw. Dostarczone wzory mebli i laptopa należy oznakować nazwą przedmiotu, numerem pozycji z opisu przedmiotu zamówienia oraz nazwą Wykonawcy składającego ofertę. (...) Wzory dostaw zostaną zwrócone Wykonawcom po zakończeniu postępowania.

[...]

Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne w stosunku do opisanych w zał. Nr 1 do SIWZ. Wykonawca obowiązany jest w takiej sytuacji wykazać, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

W załączniku nr 1.1 *Opis przedmiotu zamówienia: Meble szkolne i biurowe* w poz. 1.1.1 opisano *Ławkę uczniowską – Ławka o wymiarach 70x55x76 cm, jednoosobowa,*

wykonana na stelażu z rury kwadratowej 25 mm, malowanej metodą proszkową, stelaż przykręcany do blatu po jego obwodzie, powinien posiadać poziome prowadzenie kabli w belce łączącej biegnącej pod blatem. Końce nóg zabezpieczone stopkami z tworzywa sztucznego o regulowanej wysokości. Błat wykonany z płyty wiórowej o grubości 25mm pokrytej dwustronnie melaminą, oklejany na obrzeżach PCV 2mm. Ławka wyposażona w wieszak na torbę. Płyta musi posiadać klasę higieniczności E-1 oraz świadectwo trudnopalności. Obrzeża do płyt oraz inne materiały pochodzenia chemicznego muszą

7

Sygn. akt KIO 1289/11

spełniać wymagania higieniczności. Niezbędne dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań należy zamieścić do oferty. Kolor blatu: brzoza.

W punkcie tym zamieszczono nadto rysunki:

Rys. 1 Przykładowe odlewy dla nogi kwadratowej (dwa rysunki)

Rys. 2 bryła biurka

8 kwietnia 2011 r. Zamawiający otrzymał następujące pytania dotyczące pkt. 1.1.1 załącznika nr 1.1: *Do czego służy kostka Rys. 1 przykładowe odlewy dla nogi kwadratowej? Czy zamawiający wymaga wykorzystania takiego rozwiązania? Czy stelaż przykręcony po obwodzie biurka może być wykonany z kształtownika metalowego gr. 2 mm i przekroju 40x30 z poziomym prowadzeniem kabli? Jakiego przekroju mają być nogi ławki?*

13 kwietnia 2011 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na te pytania (oznaczone zbiorczo jako pytanie nr 2 z 8 kwietnia 2011 r.): *Kostka na rys. 1 to odlew łączący nogę kwadratową ze stelażem biegnącym pod blatem biurka będąca jednocześnie elementem maskującym śruby, nakrętki itp. zabezpieczająca przed urazami o wystające elementy łączeniowe pozwalające jednocześnie na wymianę nogi bez konieczności zmiany stelaża. Zamawiający wymaga wykorzystania rozwiązania z rys. 1 wymienionego w SIWZ. Noga ławki powinna być wykonana z kształtownika metalowego gr. 2 mm o przekroju 50x50 mm.*

Przystępujący złożył ofertę na formularzach przygotowanych przez Zamawiającego, w szczególności na wypełnionym formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do s.i.w.z.), w którym nawiązując do ogłoszenia o przetargu nieograniczonym na wykonanie zadania pn.: „Dostawa wyposażenia Gimnazjum w miejscowości Rokietnica przy ul. Trakt Napoleoński”, zaoferował wykonanie części zamówienia nr 1 obejmującej dostawę mebli szkolnych i biurowych za cenę brutto 396459,75 zł. Jednocześnie w pkt. 3 znalazło się oświadczenie o następującej treści: *Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje potrzebne do właściwego wykonania zamówienia. Ponadto Przystępujący złożył także wypełniony formularz cenowy (załącznik nr 3.1 do s.i.w.z.), na którego wstępie zamieszczono następujące oświadczenie: Oświadczam, że meble posiadają Certyfikaty zgodności z normą PN-EN 1729-1:2007. Meble. Krzesła i stoły dla instytucji edukacyjnych wymiary funkcjonalne oraz PN-EN 1729-2:2007. Meble. Krzesła i stoły dla instytucji edukacyjnych (lub równoważne zaświadczenie wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim*

8

Sygn. akt KIO 1289/11

Europejskiego Obszaru Gospodarczego), które zobowiązuję się dostarczyć przy dostawie mebli. Przy produkcji krzesel sklejkowych użyję lakierów nie zawierających i nie wydzielających formaldehydu oraz zastosuję technologię chrom satyna. Płyty z których wykonane są meble posiadają klasę higieniczności E-1 oraz świadectwo trudnopalności. Obrzeża płyt oraz inne materiały pochodzenia chemicznego spełniają wymagania higieniczności. Jako pierwsza pozycja wypełnionej tabeli została wskazana [Nazwa towaru] Ławka uczniowska – [Pozycja w opisie] poz. Nr 1.1.1 – [Ilość] 276 – [Wartość jednostkowa netto] 92,00 zł – [Wartość netto] 25392 zł – [Wartość brutto] 31232,16 zł.

Wraz z ofertą przed upływem terminu składania ofert Przystępujący złożył egzemplarz *Ławki uczniowskiej (nr pozycji w zamówieniu 1.1.1)*, w której nogi i stelaż są zespawane i wykonane jednolicie z rury kwadratowej o przekroju około 23 mm.

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., pytania nr 2 z 8 kwietnia 2011 r. i odpowiedzi nr 2 z 13 kwietnia 2011 r. – zamieszczonych na stronach internetowych Zamawiającego, oferty Przystępującego, 5. zdjęć ławki załączonych do odwołania oraz zgodnych oświadczeń Przystępującego i Zamawiającego na rozprawie potwierdzających, iż zdjęcia te przedstawiają ławkę złożoną przez Przystępującego.

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 stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej lub wyrażone ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika 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:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu

9

Sygn. akt KIO 1289/11

orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert – ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko najtańszej ofercie Przystępującego. Jednocześnie zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógł liczyć.

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 zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, pomimo nieusuwalnej sprzeczności treści tej oferty z treścią s.i.w.z.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby, podzielnego utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast definicja oferty wynika z przepisu art. 66 § 1 kc (oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy). Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Wobec tego dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne jest, czy Odwołujący wykazał, iż z treści oferty Przystępującego wynika

10

Sygn. akt KIO 1289/11

zaoferowanie świadczenia nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, określonym w konkretnych postanowieniach s.i.w.z.

W toku postępowania odwoławczego niesporna była pomiędzy Stronami a Przystępującym okoliczność, iż wzór ławki uczniowskiej złożony wraz z ofertą przez Biuro Techniczno-Handlowe Rafał Rytwiński, nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego wynikającym łącznie z pkt. 1.1.1 załącznika nr 1.1 do s.i.w.z. i wyjaśnień treści s.i.w.z. z 13 kwietnia 2011 r. Jednocześnie Przystępujący zarówno w złożonym przed rozprawą piśmie procesowym, jak i w toku rozprawy wskazywał, iż przedstawiony wzór ławki był zgodny we wszystkich parametrach technicznych, to znaczy co do wymiarów, wyglądu, sposobu wykonania i użytych materiałów – z opisem zawartym w pkt. 1.1.1 załącznika nr 1.1 do s.i.w.z. Przystępujący wskazał na rozprawie, iż wyjaśnienia odnośnie pkt. 1.1.1 (nazwane wcześniej w piśmie procesowym *wskazówkami*), zamieszczone 13 kwietnia 2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego, wobec nieuwzględnienia ich w zamieszczonej później na tej stronie, to jest 2 maja 2011 r., zmienionej treści załącznika nr 1.1 – należy uznać za nieobowiązujące. Natomiast Odwołujący konsekwentnie w odwołaniu i na rozprawie odnosił niezgodność przedstawionego przez Przystępującego wzoru ławki do wymagań opisu przedmiotu zamówienia, uznając te wyjaśnienia Zamawiającego za wiążące. Stanowisko to podzielił również Zamawiający.

W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko prezentowane przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego jednoznacznie potwierdza, iż treść jego oświadczenia woli wyrażonego w złożonej ofercie dotyczyła ławki uczniowskiej, która miała spełniać wymagania Zamawiającego określone w pkt.1.1.1 opisu przedmiotu zamówienia, w brzmieniu nieuwzględniającym wyjaśnień z 13 kwietnia 2011 r. Zatem zarówno oświadczenie zawarte w pkt. 3 wypełnionego formularza ofertowego (*Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje potrzebne do właściwego wykonania zamówienia*), jak i wypełniony formularz cenowy (wskazujący na pozycję 1.1.1 opisu przedmiotu zamówienia), odnoszą się do takiej treści s.i.w.z., którą Przystępujący uznał za aktualną i obowiązującą. Dodatkowo potwierdza to również przedstawiony przez Przystępującego wzór ławki uczniowskiej, przy wykonaniu którego w sposób oczywisty nie uwzględniono wskazań Zamawiającego wynikających z odpowiedzi udzielonych na pytania dotyczące pkt. 1.1.1 załącznika nr 1 do s.i.w.z. Skład orzekający Izby uznał natomiast za niewiarygodne i niespójne z tym podtrzymywanym stanowiskiem o nieobowiązującym charakterze wyjaśnień s.i.w.z. z 13 kwietnia 2011 r., jednoczesne twierdzenia Przystępującego na rozprawie, iż

11

Sygn. akt KIO 1289/11

wykonał również wzór ławki uwzględniający te wyjaśnienia, który jednak przez pomyłkę pracownika nie został wysłany do Zamawiającego. Skoro Przystępujący nie uznawał wymagań wynikających z tych wyjaśnień s.i.w.z. za obowiązujące, a wręcz uznał je za zniesione zmianą s.i.w.z. z 2 maja 2011 r., to wysłanie wzoru nieuwzględniającego tych wymagań było tego konsekwencją, a nie wynikiem pomyłką.

Wobec ujawnionej w toku postępowania odwoławczego rozbieżności stanowisk, kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma stwierdzenie w jakim ostatecznie brzmieniu obowiązywała s.i.w.z. w pkt. 1.1.1 załącznika nr 1, gdyż pozwoli to na jednoznaczną ocenę, czy złożona przez Przystępującego oferta w zakresie dotyczącym ławki uczniowskiej jest zgodna z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami i parametrami. Zdaniem składu orzekającego Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma wątpliwości, iż wykonawcy składający ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, mieli obowiązek uwzględnić jego wyjaśnienia z 13 kwietnia 2011 r. treści pkt. 1.1.1 załącznika do s.i.w.z. Przede wszystkim skład orzekający Izby podziela powszechnie akceptowany w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż wyjaśnienia treści s.i.w.z. są obowiązujące dla wszystkich uczestników postępowania i mogą być źródłem zmian postanowień s.i.w.z., niezależnie od tego czy zostały nazwane zmianami, modyfikacją czy też *tylko* odpowiedziami na zadane pytania do treści s.i.w.z. Odpowiedzi na pytania z 13

kwietnia 2011 r. (zbiorczo oznaczone przez Zamawiającego jako pytanie nr 2 z 8 kwietnia 2011 r.), zawierały w sobie zarówno element wyjaśnienia, jak i uzupełniały luki w opisie ławki uczniowskiej. Od początku, oprócz opisu słownego, w pkt. 1.1.1 zamieszczone były bowiem dwa rysunki, określone jako przykładowy odlew dla nogi kwadratowej, jak również rysunek bryły biurka, na którym widoczne jest, iż nogi te mają większy przekrój niż rura stelaża blatu, który określono w słownym opisie na 25 mm. Odpowiedź na dwa pierwsze z pytań wyjaśniły wymaganie wynikające z rys. nr 1, precyzując, iż na zamieszczonych rysunkach przedstawiono wymagany element zapewniający zarówno osłonę śruby przykręcającej nogę do stelaża blatu, jak i możliwość wymiany samej nogi na inną. Natomiast odpowiedź na pytanie 4 doprecyzowała opis słowny w zakresie przekroju nogi wskazanej na rysunkach, wskazując iż ma on wynosić 50 mm, to jest dwa razy więcej niż przekrój rury stelaża. Zdaniem składu orzekającego lby późniejsze zamieszczenie przez Zamawiającego 2 maja 2011 r. na swojej stronie internetowej załącznika nr 1.1 do s.i.w.z. o treści identycznej jak pierwotnie, nie mogło być odczytane jako anulowanie udzielonych wcześniej 13 kwietnia 2011 r. wyjaśnień. Oprócz tego, iż ich treść była wręcz niezbędna dla możliwości zrozumienia znaczenia rysunków, które znajdowały się zawsze w tym opisie, nie było

12

Sygn. akt KIO 1289/11

żadnych przesłanek dla uznania, iż Zamawiający rezygnuje z doprecyzowania swoich wymagań. Przystępujący powołując się wyłącznie na doniosłość następstwa czasowego, zupełnie pomija okoliczność, iż zmieniony załącznik nr 1.1 do s.i.w.z. został zamieszczony za informacją dotyczącą zmiany s.i.w.z., polegającej wyłącznie na wykreśleniu z tego załącznika poz. 1.1.3 *Kabina do Sali językowej* i w sposób jednoznaczny tylko z nią był związany (zarówno opis słowny jak i rysunek wraz z całym punktem 1.1.3 zostały usunięte z tego załącznika).

Wobec stwierdzenia, iż Przystępujący złożył ofertę na dostawę ławki uczniowskiej niezgodnej z obowiązującymi w postępowaniu wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, co potwierdził dodatkowo złożonym wraz z ofertą wzorem tej ławki, nie ma możliwości sanowania takiej merytorycznej niezgodności oferty z s.i.w.z. w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp do złożenia wzoru ławki wykonanego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Nawet jeżeli uznać, iż składane wzory miały wyłącznie charakter „dokumentu”, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, to taki dokument może jedynie potwierdzać spełnianie wymagań Zamawiającego wynikające z treści złożonej oferty, nie może natomiast jej zastępować, ani jej zmieniać. Natomiast dokonywanie zmian w jej treści co do zasady jest zakazane, z zastrzeżeniem wyjątków wynikających z ust. 2 art. 87 pzp. Niewątpliwie najdalej idącym wyjątkiem jest przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Uwzględniając, iż przewidziana w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 *sui generis* procedura doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni z s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 pzp), a także ze względu na wspomniany bezwzględny zakaz prowadzenia rokowań co do złożonej już oferty (art. 87 ust. 1 zdanie drugie *in principio* pzp), w orzecznictwie formułuje się wskazówki w celu wyznaczenia granicy pomiędzy dopuszczalnym poprawianiem treści złożonego oświadczenia woli a niedopuszczalnym wytworzeniem jego zupełnie nowego brzmienia, niewynikającego ze złożonej oferty. Jednym z takich kryteriów wypracowanych w orzecznictwie jest możliwość samodzielnego dokonania poprawiania omyłek przez zamawiającego, bez udziału wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą takie omyłki. Jednocześnie w orzecznictwie wskazuje się, iż istotne jest, czy z treści złożonej oferty wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymaganiami s.i.w.z. W ocenie składu orzekającego lby z całokształtu treści złożonej przez Przystępującego oferty, uwzględniając także złożony wzór

13

Sygn. akt KIO 1289/11

ławki uczniowskiej, wynika wola złożenia oferty obejmującej przedmiot dostawy niezgodny z

aktualnym opisem potrzeb Zamawiającego wyrażonym w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. Przystępujący nie uznawał bowiem tych wyjaśnień za wiążące i celowo się do nich nie zastosował. Zatem przedmiot oferty został świadomie skonkretyzowany w sposób zasadniczo odbiegający od wymagań opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym konstrukcja ławki uczniowskiej miała umożliwiać łatwą wymianę nóg przykręcanych do stelaża przytwierdzonego na stałe do blatu. Nie ma zatem mowy o pomyłce, a nadto niezgodność treści oferty z treścią obowiązującej s.i.w.z. ma charakter istotny i nie mogłaby podlegać poprawie na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp. Nie ma znaczenia zatem, czy dla Przystępującego wykonanie ławki uczniowskiej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego byłoby możliwe za taką samą cenę, jak ławki, którą zaoferował. Ocena zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. odbywa się bowiem na płaszczyźnie porównania parametrów zaoferowanego przedmiotu dostawy z wymaganymi parametrami przedmiotu zamówienia, a nie na płaszczyźnie porównania kosztów ich wykonania. Z zasad doświadczenia życiowego wynika jednak, iż wykonanie przedmiotu bardziej skomplikowanego, składającego się z większej liczby elementów i przy wykorzystaniu dwóch różnych sposobów ich łączenia jest bardziej materiałochłonne i pracochłonne, a zatem kosztowniejsze, co przekłada się również na cenę oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych miało 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 uwzględniając wynik sprawy, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 6 pkt. 3 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 2 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 wnoszącego sprzeciw Przystępującego kosztami niniejszego postępowania odwoławczego, na które złożyły się: (1) wpis uiszczony przez Odwołującego – zgodnie z przepisem § 3 pkt 1 przywołanego rozporządzenia, oraz (2) uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego, w ramach których w obu przypadkach uwzględniono wynagrodzenie ich pełnomocników, na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków (ograniczając w przypadku

14

Sygn. akt KIO 1289/11

Odwołującego jego wysokości do kwoty 3600 zł) – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia, a także (3) koszty związane z dojazdem pełnomocników Zamawiającego na wyznaczone posiedzenie Izby, ograniczając jednak jego wysokość do kwoty wynikającej z przedłożonych do akt sprawy biletów kolejowych na trasie Poznań-Warszawa – zgodnie z przepisem zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. a przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

15