

WYROK

z dnia 5 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 września 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę: **ADA-MUSIC Kręcichwost sp. j. z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i dostawa instrumentów muzycznych dla potrzeb POSM I i II Stopnia im. Stanisława Moniuszki w Bielsku-Białej* (nr ogłoszenia o zamówieniu 211024-2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowa Ogólnokształcąca Szkoła Muzyczna I i II stopnia im. Stanisława Moniuszki w Bielsku-Białej**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obcią a ADA-MUSIC Kręcichwost sp. j. z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowa Ogólnokształcąca Szkoła Muzyczna I i II stopnia im. Stanisława Moniuszki w Bielsku-Białej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907; zwanej dalej równie „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup i dostawa instrumentów muzycznych dla potrzeb POSM I i II Stopnia im. Stanisława Moniuszki w Bielsku-Białej*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone pod nr 211024-2013 w Biuletynie Zamówień Publicznych 3 czerwca 2013 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.psm.bielsko.pl).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

21 sierpnia 2013 r. (pismem z 20 sierpnia 2013 r.) Odwołujący – ADA-MUSIC Kręcichwost sp. j. z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach {dalej zwana równie w skrócie „ADA-MUSIC”} – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo e spełnił on wszystkie warunki udziału w postępowaniu.
2. Art. 186 ust. 2 – przez powtórzenie czynności w postępowaniu niezgodnie z ądaniem

zawartym w odwołaniu.

3. Art. 2 pkt 11 – przez powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem firm, które utraciły status wykonawców w postępowaniu.
4. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

2

Sygn. akt KIO 2028/13

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający uzasadnił podjętą czynność przez wskazanie, iż Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, gdy nie przedłożył do oceny na wezwanie Zamawiającego wszystkich instrumentów mających być przedmiotem przyszłej dostawy (zarówno co do rodzaju oraz ilości). Przy czym jako podstawę prawną wykluczenia Zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

Odwołujący zarzucił, że już po pobraniu na analizę treści informacji o wykluczeniu go z postępowania wskazuje na rażąco naruszenie przywołanego tam art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, gdy Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu,

przez Zamawiającego o których mowa w art. 22

ust. 1 pzp, przedkładając łącznie

oświadczenia i dokumenty. Natomiast wymóg przedłożenia do testowania wszystkich instrumentów mających być przedmiotem przyszłej dostawy (co do rodzaju i ilości) nie służył wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co najwyżej wykazaniu,

że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ. W ocenie Odwołującego wykluczenie z udziału w postępowaniu z takim uzasadnieniem, jak podane przez Zamawiającego, wskazuje na jej całkowitą bezzasadność faktyczną i prawną tej czynności.

Niezależnie od tej kwestii Odwołujący podniósł, że zaskarżona odwołaniem czynność Zamawiającego została podjęta w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w następstwie uwzględnienia w całości złowrogu uprzednio przez niego. Postępowanie odwoławcze w tej sprawie, prowadzone pod sygn. akt KIO 1656/13, zostało umorzone postanowieniem z 17 lipca 2013 r.

Przedmiotem poprzedniego odwołania było odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, a Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 pzp przez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Motywując zaskarżoną poprzednim odwołaniem czynność Zamawiający wskazał, że przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego było niedostarczenie przez niego we wskazanym terminie do siedziby Zamawiającego – w celu oceny zgodności z SIWZ oraz oceny jakościowej – wszystkich instrumentów będących przedmiotem oferty, a jedynie po jednym egzemplarzu z każdego rodzaju zaoferowanych instrumentów. Zdaniem Zamawiającego przesądzało to o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, gdy – jak wskazywał Zamawiający – jego intencją nie było uzyskanie próbek przedmiotu zamówienia, bo wtedy zażądałby ich złożenia wraz z ofertą, a uzyskanie do przetestowania wszystkich instrumentów objętych ofertą wykonawcy.

W ocenie Odwołującego odrzucenie wówczas jego oferty jako rzekomo niezgodnej z SIWZ było całkowicie bezzasadne, gdy postanowienia SIWZ w tym zakresie były nieprecyzyjne i nie określały jednoznacznie, że do testowania należało dostarczyć wszystkie

3

Sygn. akt KIO 2028/13

instrumenty będące przedmiotem oferty zarówno co do rodzaju (co uczynił Odwołujący), jak i co do ilości (czego, jak wynikało z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, miał

oczekiwać Zamawiający). Zdaniem Odwołującego nie ma na to skutkami niejasnych sformułowań SIWZ obciążać wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący podał, że sporny fragment postanowień SIWZ brzmi następująco: *Przed wyborem najkorzystniejszej oferty (na etapie oceny merytorycznej) Wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia przedstawicielom zamawiającego przetestowania instrumentu w siedzibie Zamawiającego. Termin spotkania będzie ustalany w trybie indywidualnym, jednak niezwłocznie po wystosowaniu takiej prośby przez Zamawiającego. Procedura oceny merytorycznej instrumentów przewidywana jest przez okres nie dłuższy niż jeden tydzień od dnia otwarcia ofert. Celem przetestowania instrumentu jest potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (zgodność oferowanego instrumentu przedmiotem zamówienia) oraz ocena instrumentu pod kątem kryterium oceny. Zamawiający zastrzega sobie, i wskazany przez Wykonawcę na etapie testowania instrument, będzie to samym z tym, który w późniejszym terminie (w przypadku powierzenia realizacji zamówienia) Wykonawca dostarczy Zamawiającemu. Od strony praktycznej będzie to oznaczało dostarczenie przez Wykonawcę (pod rygorem wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy) instrumentu o numerach fabrycznych zaznaczonych na etapie testowania przez przedstawicieli Zamawiającego.*

Odwołujący podniósł, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia zażądał zaoferowania określonych rodzajów instrumentów muzycznych, przy czym w przypadku części z nich przedmiotem przyszłej dostawy miało być po kilka sztuk danego rodzaju instrumentu (np. skrzypce, marakasy, janczary). Dla potwierdzenia spełniania przez oferowany asortyment wymagań postawionych przez zamawiającego oraz dla dokonania oceny oferty w kryterium jakościowym Zamawiający w SIWZ zastrzegł wymóg, aby wykonawcy na jego żądanie udostępni mu instrumenty będące przedmiotem oferty w celu ich przetestowania w siedzibie Zamawiającego. Odwołujący domniemywa, że podstawą prawną takiego żądania stanowił § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231; zwanego dalej w skrócie „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”). Ustawodawca w przywołanym przepisie rozporządzenia, przez użycie słów „w szczególności” określił otwarty katalog dokumentów i oświadczeń, które potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Odwołujący podał, że na żądanie Zamawiającego dostarczył mu instrumenty będące

Sygn. akt KIO 2028/13

przedmiotem jego oferty, przy czym dostarczył po jednym egzemplarzu każdego z rodzajów zaoferowanych instrumentów, uznając i będzie to wystarczające w świetle postanowień SIWZ oraz przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów. Następnie otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty z powyżej opisanego powodu.

Zdaniem Odwołującego gdyby tak rozumieć zapisy SIWZ, jak chciał tego Zamawiający, czyli że wykonawcy mieliby obowiązek dostarczyć zamawiającemu na etapie oceny ofert cały asortyment będący przedmiotem przyszłej dostawy, taki wymóg musiałby być uznany za bezprawny. Pomimo że przywołany przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazuje zawiera przykładowe wyliczenie czego zamawiający może żądać od wykonawców dla potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają jego wymagania, pozwala na ustalenie intencji ustawodawcy co do zakresu uprawnień zamawiającego, jeżeli chodzi o możliwość weryfikacji ofert wykonawców pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ. Skoro ustawodawca wymierna pośród „dokumentów”, jakie mogą być składane w celu wykazania zgodności oferty z treścią SIWZ m.in. próbki produktów będących przedmiotem oferty (tj. przykładowe egzemplarze poszczególnych rodzajów oferowanych produktów), uznać należy, że jest to maksymalne uprawnienie zamawiającego, jeżeli chodzi o możliwość bezpośredniego zapoznania się przez niego z oferowanym towarem przed jego dostawą. Natomiast nie sposób z przepisów rozporządzenia wywodzić, że zamawiający może być uprawniony do żądania całego asortymentu będącego przedmiotem oferty w celu zapoznania się z nim jeszcze przed udzieleniem zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że według rozporządzenia możliwość żądania „dokumentów” (w tym próbek czy demonstracji przedmiotu zamówienia) służy potwierdzeniu spełnienia wymagań

postawionych przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia, nie zaś dokonywaniu oceny pod względem określonego kryterium oceny ofert. Według Odwołującego wynika z tego, że taka ocena jakościowa również powinna być dokonywana co najmniej w odniesieniu do próbek przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego inna wykładnia przepisów rozporządzenia oraz postanowień SIWZ obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu byłaby trudna do zaakceptowania z punktu widzenia zgodności z prawem, celowości oraz zasad uczciwej konkurencji. Wymóg dostarczenia jeszcze przed udzieleniem zamówienia całego jego przedmiotu w celu weryfikacji jego zgodności z SIWZ lub oceny pod kątem kryterium oceny ofert byłby wymogiem nadmiernym, nieuzasadnionym z punktu widzenia racjonalnych potrzeb Zamawiającego oraz możliwości szeregu wykonawców. Skoro w przedmiotowym postępowaniu określono, że przedmiot zamówienia ma być dostarczony zamawiającemu w terminie do 30 lipca 2013 r., ewentualny wymóg dostarczenia całego przedmiotu dostawy do testowania jeszcze przed wyborem ofert oznaczałby, że wykonawcy

5

Sygn. akt KIO 2028/13

de facto musieliby być gotowi do wykonania zamówienia jeszcze przed wyborem ofert i podpisaniem umowy. W realiach funkcjonowania wykonawców prowadzących przedsiębiorstwa handlowe tego rodzaju obowiązek w sposób ewidentny prowadziłby do utrudnienia uczciwej konkurencji, narażając wykonawców na szkodę majątkową, przez zmuszanie ich do nabycia całego przedmiotu zamówienia w sytuacji, w której niepewne jest, czy zamówienie w ogóle będzie im udzielone. Zdaniem Odwołującego w przypadku takiego rodzaju produktów, jak w przedmiotowym postępowaniu, nawet wymóg dostarczenia ich próbek, z uwagi na konfigurację przedmiotu zamówienia oraz jego wartość, był wymogiem nadmiernym, narażającym wykonawców na dodatkowe i zbędne koszty, tak że z punktu widzenia uzasadnionych interesów zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że przy tak określonych zarzutach odwołania oraz ich

uznaje zasadność argumentów uzasadnieniu Zamawiający zło

ył oświadczenie,

podniesionych przez Odwołującego, co skład orzekający Izby rozpatrujący poprzednią sprawę zinterpretował jako podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że ku jego zaskoczeniu Zamawiający przeprowadzając ponowne badanie i ocenę ofert, mimo uwzględniania w całości zarzutów odwołania, wezwał go do uzupełnienia uprzednio złożonych instrumentów (co do ilości), tj. ządał przedłożenia brakujących instrumentów, przedłożonych uprzednio po jednej sztuce z każdego rodzaju. Ponadto Zamawiający skierował podobne wezwania do pozostałych wykonawców biorących uprzednio udział w postępowaniu, mimo że wcześniej odrzucił ich oferty, a wykonawcy ci nie wnieśli od tej czynności odwołania. Odwołujący zrelacjonował, że pismem z 1 sierpnia 2013 r., poinformował Zamawiającego o niezgodności tych powtórzonych czynności z prawem, motywując to w następujący sposób.

Odwołujący podniósł, że wnosząc odwołanie reprezentował własne interesy w postępowaniu, nie zaś innych wykonawców, którzy mieli prawo wnieść swoje odwołania od odrzucenia ich ofert, a z czego nie skorzystali. Według Odwołującego oznacza to, że wykonawcy ci: CHPM sp. z o.o. i Silesia Music Center sp. z o.o., zrezygnowali z ubiegania się o zamówienie i utracili status wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 pzp w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający powinien był zatem powtórzyć czynność badania i oceny ofert jedynie wobec wykonawców, którzy w dacie powtarzania tej czynności ubiegali się o udzielenie zamówienia, czyli w tym wypadku jedynie wobec Odwołującego. Odrzucenie ofert pozostałych wykonawców należało bowiem traktować jako prawomocne i wykonawcy ci nie mogą obecnie wywodzić określonych skutków prawnych z czynności dokonanych przez Zamawiającego na skutek uwzględnienia odwołania Odwołującego, które co do zasady ma takie samo znaczenie jak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Natomiast

6

Sygn. akt KIO 2028/13

odnoszenie skutków wniesionego przez ADA-MUSIC odwołania do wykonawców, którzy

zrezygnowali z kwestionowania odnoszących się do nich czynności Zamawiającego, nie korzystając z przysługujących im środków ochrony prawnej, musi być traktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ponadto czynności te należy traktować jako czynności kierowane wobec podmiotów, które nie są już uczestnikami postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Dla Odwołującego zaskakujące jest, dlaczego Zamawiający, pomimo uwzględnienia w całości zarzutów odwołania (co jest niezbędnym warunkiem umorzenia postępowania odwoławczego), dokonuje następnie czynności to samej do kwestionowanej w odwołaniu, podtrzymując wezwanie do przedłożenia całego asortymentu mającego być przedmiotem przyszłej dostawy i wyciągając określone konsekwencje z powodu jego niedostarczenia (wykluczając Odwołującego). Zdaniem Odwołującego trudno nie dostrzec tutaj rażącej sprzeczności w stanowisku Zamawiającego, który z jednej strony podziela argumentację Odwołującego, a z drugiej strony dokonuje czynności to samej do tej, która była uprzednio przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego. W opinii Odwołującego tego rodzaju praktyka dowodzi, że prawdziwą intencją Zamawiającego, wbrew jego oświadczeniu złożonemu przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie było uwzględnienie w całości zarzutów odwołania, a tym samym postępowanie odwoławcze nie powinno było zostać umorzone. Według Odwołującego w kontekście zarzutów i wniosków odwołania uprzednio przez niego złożonego, oczywiste jest, że – *znajdujące się pod ochroną art. 186 ust. 2 ustawy pzp* – powtórzenie czynności zgodnie z zdaniami zawartymi w odwołaniu nie mogło w tym wypadku polegać na powtórzeniu tego samego wezwania, którego niespełnienie stanowiło podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał również, że z racji tego, że firma jest obecnie jedynym wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu, dokonywanie oceny jakościowej oferowanych przez niego instrumentów jest obecnie całkowicie bezprzedmiotowe. Skoro uprzednio dostarczenie przedmiotu zamówienia do testowania (po jednej sztuce z każdego rodzaju) było wystarczające, aby stwierdzić zgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ (wg wymagań minimalnych, „odcinających” dla przedmiotu zamówienia), zbędne było dokonywanie oceny w kryterium „jakość”, gdy brak jest innych ofert, z którymi można by porównywać ofertę ADA-MUSIC pod względem przyznanej w tym kryterium punktacji.

W opinii Odwołującego zważywszy na powyższe okoliczności doszło do naruszenia przepisów ustawy pzp przy (ostatecznie) odrzuceniu oferty Odwołującego. Jakkolwiek w realiach tego postępowania w ogóle nie można mówić o istnieniu przesłanek do wykluczenia Odwołującego konsekwencją tej wadliwej czynności Zamawiającego jest

Sygn. akt KIO 2028/13

uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą. Z tego powodu czynność podjęta przez Zamawiającego ma analogiczne skutki, jak uprzednio podjęta czynność odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

5 września 2013 r. w toku posiedzenia Zamawiający przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący w toku postępowania, po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, nie zgłaszał żadnych pytań do SIWZ oraz nie wniósł odwołania od jej postanowień. Dla Zamawiającego brak zgłoszonych zastrzeżeń na tym etapie postępowania świadczy o tym, że Odwołujący i pozostali uczestnicy postępowania w całości przyjęli do wiadomości pkt 10 rozdziału III SIWZ {którego treść zacytowana została w sposób zbiorczy z odwołaniem}. W szczególności Zamawiający podkreślił, że z postanowienia tego wynika, że instrument dostarczony do oceny musi być to samy z instrumentem, który wybrany wykonawca dostarczy po podpisaniu umowy. Zamawiający zadał retoryczne pytanie – w jaki sposób na etapie realizacji umowy miałby sprawdzać numery fabryczne instrumentów, których wcześniej nie widział oraz nie oceniał ich jakości.

Dla Zamawiającego niezrozumiałym jest również zarzut dotyczący wezwania przy powtórznym badaniu pozostałych wykonawców do uzupełnienia oferty, skoro Odwołujący w poprzednim odwołaniu podnosił brak zastosowania art. 26 ust. 3 pzp. Według

Zamawiającego ponieważ uwzględnił te argumenty, nie może być mowy o podważeniu dokonanych następnie przez niego czynności, które są konsekwencją uznania zasadności odwołania i umorzenia postępowania przez Izbę. Podnoszona w treści pierwszego odwołania okoliczność, że ADA-MUSIC nie została pisemnie powiadomiona o konieczności przedstawienia wszystkich instrumentów do oceny została naprawiona w toku powtórzonych czynności. Zamawiający zaakcentował słowo „wszystkich”. Zdaniem Zamawiającego choć zarówno zapis SIWZ mówił o tej konieczności w sposób jasny i bezdyskusyjny, jak również cała dalsza korespondencja z Odwołującym świadczyła o posiadaniu przez niego wiedzy w tym zakresie, to jednak brak tego słowa w tej korespondencji został zauważony przez Zamawiającego. Zamawiający dlatego zarzut uwzględnił, *przywracając postępowanie przetargowe dla wszystkich podmiotów starających się o zamówienie*, od chwili zaproszenia do złożenia instrumentów do oceny. W opinii Zamawiającego powtórzenie tej czynności wiązało się z koniecznością dopuszczenia do niej czynności wszystkich podmiotów uczestniczących w procesie przetargowym i wynikało z równości praw na mocy ustawy pzp.

8

Sygn. akt KIO 2028/13

Dla Zamawiającego dalsze postępowanie Odwołującego, w tym wniesienie odwołania, świadczy o niezrozumieniu przez niego podstawowej zasady równego traktowania wykonawców. W ocenie Zamawiającego jeżeli wrócił do etapu zaproszenia do przedstawienia instrumentów do oceny, to ta czynność musi dotyczyć wszystkich uczestników którzy w tym uczestniczyli, postępowania, elemencie postępowania bez względu na to, czy przyłączyli się do odwołania czy też nie, po którejkolwiek ze stron, tym bardziej, że powód odrzucenia ich ofert był ten sam. Według Zamawiającego chęć uczestniczenia w dalszej części postępowania została przez wykonawców wyrażona przez złożenie oświadczeń o przedłożeniu terminu związania ofertą oraz przez przedłożenie wniosków wadium.

Zdaniem Zamawiającego odwołanie jest całkowicie bezpodstawne również ze względu na specyficzne cechy i walory instrumentów smyczkowych, które powodują konieczność ich oceny zakupem. Zamawiający podniósł, indywidualnej przed
e w szczególności skrzypce i wiolonczele wykonane przez tego samego lutnika
lub manufakturę, nawet z tego samego kawałka drewna (javor, świerk), mogą różnić się

e w jednym diametralnie walorami

brzmieniowymi. Przy czym często zdarza się, z instrumentów pojawia się tzw. „wilk” (mankament, który całkowicie eliminuje instrument z użytkowania, gdy w niektórych rejestrach nie można z niego wydobyć dźwięku), który można jedynie stwierdzić przez sprawdzenie brzmienia instrumentu w całym rejestrze brzmieniowym. Taki mankament przytrafia się również instrumentom wykonanym przez wybitnych lutników, co wynika głównie ze skomplikowanej struktury płyty rezonansowej i samej budowy instrumentu smyczkowego. Dlatego według Zamawiającego konieczne jest sprawdzenie brzmienia wszystkich instrumentów, aby po podpisaniu umowy i dostarczeniu przez wykonawcę kompletu instrumentów nie został dostarczony instrument, który nie może być wykorzystany w procesie kształcenia, gdy z kolei wymiana na inny instrument może okazać się długotrwałym procesem, również sądowym. Zamawiający dodał, że ponieważ zamówienie dotyczy instrumentów dla dzieci rozpoczynających naukę gry na nich, walory użytkowe instrumentów, takie jak np. grubość i szerokość szyjki instrumentu, wysokość podstawka, łatwość wydobywania dźwięku, długość i sprężystość smyczka, wysokość ułożenia strun nad gryfem – muszą podlegać indywidualnej ocenie przez specjalistów. W opinii Zamawiającego także pozostałe instrumenty ze względu na swoje szczególne walory dźwiękowe (lub ich brak) winny podlegać ocenie przez powołanych przez niego specjalistów. Zamawiający powołał się na to, że takie zróżnicowanie ocen wystąpiło nawet w u tego samego dostawcy, a ocena walorów instrumentu stanowi kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty o wadze 30%. W opinii Zamawiającego nie można dokonać prawidłowej oceny w tym

9

Sygn. akt KIO 2028/13

kryterium, je eli dwóch wykonawców przedstawia wszystkie zaoferowane instrumenty do oceny, a Odwołujący przedstawi tylko instrumenty wybiórczo sprawdzone przez siebie.

Według Zamawiającego nie bez znaczenia dla rozsądzania racji na jego rzecz pozostaje potwierdzenie na piśmie przez Odwołującego, e posiada takie instrumenty, lecz nie przeka e ich do oceny. Po pierwsze – świadczy to niezrozumieniu zasady równości praw oraz o braku chęci współpracy, a tak e świadomym utrudnianiu postępowania przetargowego. Po drugie – podwa a jeden z istotnych podnoszonych w piśmie z 27 czerwca 2013 r. argumentów, e Zamawiający nara a na dodatkowe koszty Odwołującego, który nie ma pewności realizacji zamówienia.

Na marginesie Zamawiający podniósł, e postępowanie przedstawicieli ADA-MUSIC stało na granicy prawa ju tak e np. przy dostarczaniu do oceny instrumentów przez innych wykonawców uczestniczących w przetargu, kiedy usiłowali oni wymusić prawo do oceny jakościowej tych instrumentów (pismo z 21 czerwca 2013 r.). W ocenie Zamawiającego była to próba wkraczania w jego kompetencje do oceny jakościowej, gdy wykonawca mo e uczestniczyć w tym procesie w charakterze obserwatora, ma prawo do otrzymania kopii wykazu instrumentów dostarczonych przez pozostałych ewentualnego oferentów, uczestniczenia w trakcie składowania dostarczonych instrumentów celem weryfikacji zgodności ilościowej. W przekonaniu Zamawiającego działania te wynikały z tego, e mając świadomość zło enia najdro szej oferty, Odwołujący starał się stosować wszystkie dostępne i będące na granicy prawa kruczki, aby zdyskredytować konkurencyjne firmy i wymusić na Zamawiającym wyeliminowanie ich z postępowania.

22 sierpnia 2013 r. Zamawiający poinformował drogą elektroniczną oraz listownie pozostałych wykonawców o wniesionym odwołaniu, przesyłając jednocześnie jego kopię.

Izba ustaliła, e do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło adne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

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

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zostały równie zgłoszone w tym przedmiocie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający

10

Sygn. akt KIO 2028/13

podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak równie biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a tak e wyra one ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zwa yła, 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 mo e ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym zło ył ofertę. Jednocześnie objęta zarzutem odwołania czynność Zamawiającego – polegająca na wykluczeniu z postępowania – mo e nara ać Odwołującego na szkodę, gdy nie było kwestionowane, e w przeciwnym razie mógłby on liczyć na uzyskanie tego odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została równie przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: o zamówieniu, s.i.w.z., pisma ogłoszenia Zamawiającego z 1 sierpnia 2013 r. oraz przesłanego w odpowiedzi pisma Odwołującego z 9

sierpnia 2013 r.

Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do właściwego rozpoznania zarzutów odwołania, co następuje:

Brzmienie postanowień s.i.w.z.

ROZDZIAŁ III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.

1. Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa przez Wykonawcę (do siedziby Zamawiającego – Bielsko-Biała, ul. Wyspiańskiego 5a) transportem własnym fabrycznie nowych, nie będących przedmiotem ekspozycji, nieużywanych, pochodzących z bieżącej produkcji instrumentów muzycznych opisanych w pkt 2.

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:

A/ SKRZYPCE ¼ model Stradivarius Concert Violins z naciągami Thomastic wraz ze smyczkiem i futerałem lub równoważne 3 szt.

11

Sygn. akt KIO 2028/13

B/ SKRZYPCE ½ model Stradivarius Concert Violins z naciągami Thomastic wraz ze smyczkiem i futerałem lub równoważne - 2 szt.

C/ SKRZYPCE ¾ model Concert Violins model lutniczy z naciągami Thomastic wraz ze smyczkiem i futerałem lub równoważne - 3 szt., do instrumentu należy dołączyć certyfikat,

D/ WIOŁONCZELA ¼ model 4/3 z naciągami Thomastic wraz ze smyczkiem i miękkim futerałem lub równoważne - 2 szt.

E/ WIOŁONCZELA ½ model 4/3 z naciągami Thomastic wraz ze smyczkiem i miękkim futerałem lub równoważne - 2 szt.

F/ WIOŁONCZELA ¾ model 4/3 model lutniczy z naciągami Thomastic wraz ze smyczkiem i miękkim futerałem – lub równoważne - 2 szt., do instrumentu należy dołączyć certyfikat,

G/ OBÓJ model Oskar Adler 100 lub równoważne – 1 szt.

H/ FAGOT model CHILDREN (waga nie przekracza 1,2 kg.) lub równoważne – 1 szt.

I/ AKORDEON BALLONE BURINI model 52B (model podstawowy) lub równoważne – 1 szt. J/ FLET poprzeczny model z wymienną zakrzywioną główką i prostą (instrument ma posiadać: E-mechanikę, off-set, zamknięte kłapy, posrebrzany korpus, głowy, stopkę i mechanikę) – 1 szt.

K/ FLET poprzeczny model z wymienną zakrzywioną główką i prostą (instrument ma posiadać: E-mechanikę, off-set, otwarte kłapy, posrebrzany korpus, głowy, stopkę i mechanikę) – 1 szt.

L/ GITARA akustyczna lutnicza koncertowa (instrument ma być budowy klasycznej z brzmieniem akustycznym) – 1 szt., do instrumentu należy dołączyć certyfikat,

Ł/ PUZON plastikowy model ABS - 1 szt.

M/ ZESTAW PERKUSYJNY „Dla przedmiotu rytmika” w skład którego wchodzi:

1. METALOFON KOLOROWY na 27 tubach z pałkami - szt. 1

2. JANCZARY - szt. 4,

3. KASTANIETY NA RĄCZCE - szt. 4,

4. MARAKASY MEKSYKAŃSKIE – szt. 5,

5. TALERZE Z RACZKĄ min. 15 cm. – szt. 3,

6. GUIRO PODWÓJNE – szt. 3,

7. GUIRO Z KULKAMI – szt. 2,

8. GUIRO TYP 'RYBKA' – szt. 1.

N/ KLARNET model BUFFET CRAMPON 12 lub równoważne – 2 szt.

3. Za równoważne instrumenty w stosunku do wskazanych instrumentów muzycznych Zamawiający uzna takie oferowane przez Wykonawców instrumenty, które pod względem artystycznym, wykonawczym technicznym oraz funkcjonalnym i użytkowym będą

12

Sygn. akt KIO 2028/13

równoważne do opisanych w przedmiocie zamówienia. Za równoważne pod względem:

artystycznym i wykonawczym i funkcjonalnym - Zamawiający rozumie tak wykonany

instrument, które umożliwią na etapie jego eksploatacji osiągnięcie zakładanych walorów artystycznych w trakcie wykonywania utworów muzycznych, technicznym i użytkowym - Zamawiający rozumie tak wykonane instrumenty, które posiadają równoważną pod względem technicznym budowę i wyposażenie co zawarty w opisie przedmiotu zamówienia instrument.

(...)

10. Przed wyborem najkorzystniejszej oferty (na etapie oceny merytorycznej)
Wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia przedstawicielom Zamawiającego przetestowania instrumentu w siedzibie Zamawiającego. Termin spotkania będzie ustalany w trybie indywidualnym, jednak niezwłocznie po wystosowaniu takiej prośby przez Zamawiającego. Procedura oceny merytorycznej instrumentów przewidywana jest przez okres nie dłuższy niż jeden tydzień od dnia otwarcia ofert. Celem przetestowania instrumentu jest potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków w udziale instrumentu (zgodność oferowanego postępowaniu z przedmiotem zamówienia) oraz ocena instrumentu pod kątem kryterium oceny. Zamawiający zastrzega sobie, i wskazany przez Wykonawcę na etapie testowania instrument, będzie to samym z tym, który w późniejszym terminie (w przypadku powierzenia realizacji zamówienia) Wykonawca dostarczy Zamawiającemu. Od strony praktycznej będzie to oznaczało dostarczenie przez Wykonawcę (pod rygorem wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy) instrumentu o numerach fabrycznych zaznaczonych na etapie testowania przez przedstawicieli Zamawiającego.

{powyższe pogrubienie i podkreślenie wynika z s.i.w.z.}

ROZDZIAŁ V. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu:

(...)

C. poświadczą – poprzez przedłożenie stosownych opisów i fotografii zawierających dane techniczne i parametry - i oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego,
ocena spełniania warunku nastąpi w oparciu o dokumenty, które Wykonawca złoży w ofercie,
ocena nastąpi według formuły „spełnia – nie spełnia”

Sygn. akt KIO 2028/13

(...)

ROZDZIAŁ VI. WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZANIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.

Dokumenty wymagane od Wykonawców dla stwierdzenia, czy spełniają oni wymagania ustawowe (art. 24 i 22 ustawy Prawo Zamówień Publicznych), w szczególności wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku, poz. 231):

(...)

7. Pozostałe dokumenty, jakie winien złożyć Wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

c) folder lub inne dokumenty, na podstawie których Zamawiający będzie mógł potwierdzić zgodność parametrów proponowanego instrumentu z parametrami określonym w SIWZ.

Złożenie tego dokumentu jest niezbędne tylko w przypadku składania oferty równoważnej w stosunku do wskazanej przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia marki i modelu instrumentu.

(...)

ROZDZIAŁ XI. OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT.

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierował się będzie następującymi

kryteriami współczynnikami wag (znaczeniem) do tych kryteriów:

- najniższa cena - waga 70 %

- jakość – waga 30 %

(...)

B. Jakość

30%

Opis kryterium: Maksymalną ilość punktów otrzyma oferta o najwyższych parametrach oceny komisji powołanej przez Zamawiającego.

Dla oceny jakości będą oceniane następujące parametry:

a/ jakość wykonania,

b/ walory brzmieniowe instrumentu,

Oceny każdego z instrumentów będzie dokonywać jedna wskazana przez Zamawiającego osoba według poniższej punktacji:

14

Sygn. akt KIO 2028/13

Od 0 do 100 pkt w tym: jakość wykonania – od 0 do 40 pkt, walory brzmieniowe instrumentu – od 0 do 60 pkt.,

Wynik oceny kryterium zostanie zaokrąglony do dwóch miejsc po przecinku:

Suma punktów oferty badanej

$x2 = \frac{\text{Suma punktów oferty badanej}}{\text{Maksymalna liczba punktów}} \times 100 \times 30 \%$

Maksymalna liczba punktów

(...)

Pismem z 1 sierpnia 2013 r. Zamawiający – wskazując, że działa na podstawie art. 26 ust. 3 pzp – wezwał ADA-MUSIC Kręćchwost sp. j. do uzupełnienia złozonej oferty poprzez dostarczenie brakujących pod względem ilości instrumentów, celem potwierdzenia deklarowanych w ofercie parametrów oraz przeprowadzenia oceny w kryterium „Jakość”. Zamawiający uzasadnił, że na podstawie poprzedniego wezwania Wykonawca dostarczył tylko po jednym egzemplarzu instrumentu, również w przypadku, gdy przedmiot zamówienia obejmował więcej niż jeden egzemplarz instrumentu danego rodzaju. Natomiast ocena jakościowa przedmiotu zamówienia musi być dokonana dla każdego egzemplarza instrumentu, niezależnie od liczby zamawianych egzemplarzy danego rodzaju instrumentu. Ponadto Zamawiający przypomniał, że instrumenty przedstawione na etapie merytorycznej oceny przez Wykonawcę będą musiały być tymi samymi instrumentami, które dostarczy on na etapie realizacji umowy w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W związku z tym Zamawiający prosił o umożliwienie identyfikacji testowanych instrumentów.

W określonym terminie ADA-MUSIC Kręćchwost sp. j. przesłała pismo z 9 sierpnia 2013 r., w którym Wykonawca oświadczył, że nie dostarczy instrumentów objętych wezwaniem, choć posiada te instrumenty i byłby gotowy do ich dostarczenia. W uzasadnieniu wskazano w szczególności, że Zamawiający uznał w całości zarzuty odwołania, co było warunkiem *sine qua non* umorzenia postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą. Z kolei w odwołaniu tym Wykonawca zakwestionował odrzucenie jego oferty z powodu niedostarczenia całego instrumentarium mającego być przedmiotem przyszłej oferty. Wykonawca ponadto zapowiedział, że jeżeli Zamawiający ponownie odrzuci jego ofertę, uznając, że nie odpowiada treści SIWZ, po raz kolejny złoży odwołanie od tej czynności.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu,

15

Sygn. akt KIO 2028/13

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności konieczne stało się ustalenie zakresu zarzutów odwołania,

który podlega kognicji Izby w aktualnie rozstrzyganej sprawie. Wynika to z dwóch, niezależnych od siebie okoliczności: po pierwsze – wartość przedmiotowego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, po drugie – jeden z zarzutów dotyczy naruszenia art. 186 ust. 2 pzp przez powtórzenie żądaniem zawartym w poprzednim odwołaniu wniesionym przez czynności niezgodnie z Odwołującego. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzuceniu oferty odwołującego. Z uwagi na to, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i znajduje się na etapie po otwarciu złożonych ofert, Odwołujący mógł skutecznie wnieść odwołanie wyłącznie od eliminujących go z tego postępowania czynności Zamawiającego, co też uczynił. Jednakże z mocy decyzji ustawodawcy wyrażonej w art. 180 ust. 1 pzp nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę pozostałe zarzuty odwołania dotyczące rezultatów badania i oceny ofert złożonych przez innych wykonawców. Ponadto z tego powodu (a ponadto z uwagi na podniesienie ich po terminie) nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę zarzuty odwołania zmierzające do wykazania, że postanowienia treści s.i.w.z. są niezgodne z przepisami ustawy pzp czy rozporządzeń wykonawczych do niej. Z kolei zgodnie z art. 186 ust. 2 pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił aden wykonawca. W takim przypadku w terminie zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów poprzedniego odwołania i wobec braku przystępujących po jego stronie, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 pzp – postanowieniem z 17 lipca 2013 r. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1656/13. Wbrew temu, co wydaje się Odwołującemu, art. 186 ust. 2 pzp nie zabezpiecza w aden sposób wykonawcy przed wykonaniem przez zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem uznanego przez niego uprzednio

Sygn. akt KIO 2028/13

odwołania. Z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp wynika jedynie, że odrzuceniu podlega ponowne odwołanie, jeżeli dotyczy czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania, którego zarzuty uznał. W konsekwencji jedyną ochroną wynikającą dla Odwołującego z faktu nieuczynienia przez Zamawiającego zadość żądaniu poprzedniego odwołania – jest brak podstaw do odrzucenia aktualnie wniesionego odwołania. W szczególności naruszenie przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie może stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia odwołania, gdy jest to *sui generis* przepis proceduralny związany z umorzeniem postępowania odwoławczego, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący *stricto* czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli zatem po takim umorzeniu postępowania odwoławczego zamawiający dokonuje czynności niezgodnie z żądaniem uznanego odwołania, wykonawca ma prawo odwołania się od tej czynności, co musi jednak polegać na wskazaniu z jakim konkretnie przepisem ustawy pzp jest ona niezgodna. W takim przypadku dochodzi jedynie do odwołania rozstrzygnięcia sporu na tle zgodności określonej czynności lub jej zaniechania z przepisem ustawy pzp do następnego postępowania odwoławczego, wywołanego odwołaniem wniesionym od ponownie dokonanej lub zaniechanej czynności przez zamawiającego, pomimo uznania zarzutów poprzedniego odwołania. Taka sytuacja miała miejsce w rozstrzyganej sprawie. Zamawiający pomimo złożenia oświadczenia o podzieleniu argumentów poprzednio wniesionego odwołania, *de facto* uznał jedynie za zasadne ponowienie wezwania do przedstawienia instrumentów w celu poddania ich ocenie – z powodu niewskazania dostatecznie dobitnie w pierwotnym wezwaniu, że dotyczy ono wszystkich instrumentów.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że pomimo oczywistej niezasadności podstawy prawnej wskazanej w zawiadomieniu z 16 sierpnia 2013 r. (art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z 24

ust. 2 pkt 4 pzp), Odwołujący nie miał trudności w ustaleniu, że decyzja Zamawiającego wiąże się z nieprzedstawieniem do oceny wszystkich oferowanych instrumentów. Treść odwołania świadczy o adekwatnym zidentyfikowaniu przez Odwołującego, że jest to w istocie ten sam powód, który poprzednio został uznany przez Zamawiającego za podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. W istocie zmiana wskazanej podstawy prawnej ma zatem tylko pozorny charakter, gdy podstawą faktyczną decyzji Zamawiającego jest odmowa poddania się przez Odwołującego procedurze wynikającej z treści s.i.w.z. – a nie niespełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wskazał takiego niespełnionego warunku ani w tym zawiadomieniu, ani w toku postępowania odwoławczego. Nawet jeżeli specyficzna terminologia s.i.w.z. określa {w podkreślonym zdaniu z pkt 10 rozdziału III s.i.w.z.} zgodność oferowanego instrumentu z przedmiotem zamówienia mianem warunków udziału w postępowaniu, to według ustawy pzp brak takiej

17

Sygn. akt KIO 2028/13

zgodności pomiędzy przedmiotem oferty a treścią opisu przedmiotu zamówienia może powodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, a nie wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Zastosowanie tego ostatniego przepisu obejmuje bowiem wyłącznie sytuacje, w których wykonawca nie wykazuje spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 - 3 pzp, względnie braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp, przy czym są to tzw. podmiotowe warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei negatywny wynik badania zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego na podstawie załączanych na mocy art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp dokumentów, czyli tzw. dokumentów przedmiotowych, również mieści się w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, a nie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Ponadto z rozdziału V s.i.w.z. wynika, że poza podmiotowymi warunkami udziału w postępowaniu, Zamawiający w lit. C zastrzegł, że na potwierdzenie zgodności z jego wymaganiami oferowanego przedmiotu zamówienia składa złożenie stosownych opisów i fotografii, zawierających dane techniczne i parametry.

Z przytoczonych powyżej postanowień s.i.w.z. – pkt 3 i 10 zamieszczonych w rozdziale III s.i.w.z. dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia oraz lit. B z rozdziału XI poświęconego opisowi kryterium oceny ofert – wynika, że przetestowanie oferowanych instrumentów przez przedstawicieli Zamawiającego służy dwóm, niezależnym od siebie celom: po pierwsze – ocenie, czy pod względem artystyczno-wykonawczo-funkcyjnym oraz techniczno-użytkowym są one równoważne do instrumentów wskazanych za pomocą znaków towarowych przez Zamawiającego w pkt 2 rozdziału III s.i.w.z.; po drugie – ocenie w ramach kryterium jakościowym oceny ofert, którego waga została określona na 30% (jako dopełnienie cenowego kryterium o wadze 70%). Izba zważyła, że z opisu tego kryterium wynika wprost, że ocena pod względem: a) jakości wykonania (o wadze 40%), b) walorów brzmieniowych instrumentu (o wadze 60%) dotyczy każdego z oferowanych instrumentów. Opis ten jest jednolity i nie przewiduje odstępstwa od tej zasady w przypadku instrumentów tego samego rodzaju, którym to terminem s.i.w.z. w ogóle się nie posługuje. Odwołujący nie zaprzeczył przy tym twierdzeniom Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że każdy egzemplarz instrumentu tego samego rodzaju może cechować się odmiennymi walorami brzmieniowymi, których ocena według s.i.w.z. ma pierwszorzędne znaczenie w kryterium „jakość”. Ponadto pomimo zacytowania w całości pkt 10 rozdziału III s.i.w.z. Odwołujący nie przyjmuje do wiadomości brzmienia tego postanowienia s.i.w.z., z którego wprost wynika, że to instrument – bez rozróżnienia, czy przedmiotem zamówienia jest więcej instrumentów danego rodzaju, czyli każdy instrument – podlega ocenie pod kątem kryterium oceny ofert. W szczególności nie sposób mieć wątpliwości, że ten opis – operujący konsekwentnie

18

Sygn. akt KIO 2028/13

słowem „instrument” w liczbie pojedynczej – dotyczy każdego instrumentu, skoro wprost w nim zastrzeżono – pod rygorem wypowiedzenia umowy z winy wykonawcy – że przedmiotem późniejszej dostawy w razie udzielenia zamówienia może być tylko ten sam

instrument, który został uprzednio oznaczony, przetestowany i oceniony przez Zamawiającego. Zatem w ocenie Izby Odwołujący bezpodstawnie powołuje się na to, że domaganie się przez Zamawiającego przedstawienia do oceny ka dego instrumentu nie znajduje oparcia w przywołanych powy ej postanowieniach s.i.w.z. Ponadto nale y zauwa yć, że Odwołujący na własne ryzyko nie uczynił zadość wezwaniu zamawiającego, pomimo że dysponował faktyczną mo liwością przedstawienia wszystkich ądanych instrumentów do oceny, co wprost potwierdził w swoim piśmie z 9 sierpnia 2013 r.

Znaczna część uzasadnienia odwołania poświęcona została wykazaniu, że ądanie dostarczenia do testów wszystkich instrumentów objętych ofertą nie stanowi w świetle art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp prawidłowego za ądania próbki w rozumieniu pkt 1 ust. 1 § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdy mogłoby to dotyczyć co najwy ej przykładowych egzemplarzy poszczególnych rodzajów oferowanych produktów. Ponadto Odwołujący wywodzi,

że wyznacza to równie maksymalny zakres ądania przedstawienia oferowanych produktów w celu ich oceny w ramach jakościowego kryterium oceny ofert. W związku z tym odwołanie zawiera zarzut, że powy sze postanowienia s.i.w.z. nale y uznać za bezprawne, gdy przewiduje nadmierne wymagania względem wykonawców, które nie są uzasadnione

e pomimo wdania się przez obiektywnymi potrzebami

Zmawiającego. Izba zwa yła,

Zamawiającego w tym zakresie w spór z Odwołującym, zarzuty te nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę, gdy są nie tylko spóźnione, lecz zmierzają do obejścia omówionego powy ej ograniczenia zakresu czynności podlegających zaskar eniu w postępowaniach dotyczących zamówień o wartości poni ej tzw. progów unijnych. Z dokumentacji postępowania wynika ponadto, że Odwołujący korzystał z przewidzianego w art. 181 ust. 1 pzp uprawnienia do poinformowania – w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania – zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy pzp, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 pzp. Odwołujący nie zakwestionował jednak – w tym jedynym dostępnym mu trybie i w odpowiednim terminie – postanowień s.i.w.z., co obecnie usiłuje obejść przez twierdzenie, że rzekomo skar y interpretację postanowień s.i.w.z. niezgodną z przepisami ustawy pzp. Na marginesie Izba zauwa a, że według przywołanych powy ej postanowień s.i.w.z. wymaganie przedstawienia instrumentów do oceny w ramach jakościowego kryterium oceny ofert nie stanowi *stricte* za ądania próbki w rozumieniu przywołanych powy ej przepisów ustawy pzp i obowiązującego rozporządzenia w sprawie

Sygn. akt KIO 2028/13

dokumentów. Po pierwsze – próbki, tak jak wszystkie dokumenty ądane na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez zamawiającego, podlegają zło eniu wraz z ofertą. Natomiast Zamawiający za ądał w tym zakresie zło enia wraz z ofertą folderu lub innych dokumentów, na których podstawie potwierdzić zgodność parametrów oferowanego instrumentu z parametrami określonym w s.i.w.z., ograniczając to ądanie jedynie w przypadku składania oferty na instrumenty równowa ne w stosunku do wskazanych z marki i modelu w opisie przedmiotu zamówienia. Po drugie – próbki, tak jak inne dokumenty, stanowią zgodnie z art. 96 ust. 2 pzp załączniki do protokołu, który zamawiający na podstawie art. 97 ust. 1 pzp ma obowiązek przechowywać przez okres 4 lat. Z kolei art. 97 ust. 2 pzp wprowadza wyjątek od tej zasady – w postaci mo liwości zwrotu wykonawcom na ich wniosek m. in. próbek, ale nie dotyczy to wykonawcy, którego oferta została wybrana. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w ogóle nie przewidział zatrzymywania przedstawionych mu do oceny instrumentów, z której to czynności sporządził protokół. Natomiast zastrzegł, że wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie ma w ramach jego wykonania dostarczyć właśnie te przetestowane egzemplarze instrumentów, pod rygorem wypowiedzenia z jego winy zawartej umowy. Tymczasem w przypadku próbki za ądanej wraz z ofertą wyłącznie w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego, nie ma mo liwości ich zaliczenia na poczet realizacji zamówienia. W istocie zatem Zamawiający za ądał zaprezentowania na etapie badania i oceny ofert oferowanych instrumentów w celu zarówno ustalenia zgodności ich parametrów z treścią s.i.w.z., jak i dokonania oceny oferty w ramach jakościowego kryterium oceny ofert.

Mając powy sze na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 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 Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: