

Sygn. akt: KIO 1370/13

WYROK

z dnia 28 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Office Plus Warszawa sp. z o.o., ul. Słupecka 4/85, 02-309 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Kinnarps Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 354/356, 02-819 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Office Plus Warszawa sp. z o.o., ul. Słupecka 4/85, 02-309 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Office Plus Warszawa sp. z o.o., ul. Słupecka 4/85, 02-309 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Office Plus Warszawa sp. z o.o., ul. Słupecka 4/85, 02-309 Warszawa** na rzecz **Kinnarps Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 354/356, 02-819 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa foteli pracowniczych” Zdaniem Odwołującego - Office Plus Warszawa Sp. z o. o. z Warszawy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający - Urząd Komisji Nadzoru Finansowego z Warszawy naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp bezpodstawnie odrzucając ofertę Odwołującego mimo, iż jej treść nie jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ” oraz art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, albowiem bezpodstawnie zaniechał poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż bezpodstawnie zaniechał wezwania Odwołującego, który złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, (względnie) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie wzywając wezwania Odwołującego w wyznaczonym terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Wskazał również na naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie wybierając oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a uznając za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy KINNARPS POLSKA Sp. z o.o., z Warszawy [dalej jako „KINNARPS POLSKA”]. Podniósł również zarzuty do oferty tego wykonawcy wskazując na naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i uznając, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ oraz (względnie) na 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż ten wykonawca nie został wezwany do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierających błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie oraz (względnie) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp – zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów załączonych do oferty. W konkluzji wskazał na art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagający prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wskazując na powyższe wniósł o unieważnienie wadliwej czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

unieważnienie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym Postępowaniu, tj. wyboru oferty złożonej przez KINNARPS POLSKA, nakazanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, wezwania Odwołującego, który złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, (względnie) wezwania Odwołującego w wyznaczonym terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 oraz odrzucenie oferty wykonawcy KINNARPS POLSKA jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ bądź (względnie) wezwania KINNARPS POLSKA, który złożył wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie - żądanie alternatywne w przypadku nie spełnienia żądania określonego w pkt 6, (względnie) wezwania KINNARPS POLSKA w wyznaczonym terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 - żądanie alternatywne w przypadku nie spełnienia żądania określonego w pkt 6 i 7, a następnie dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, oraz wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ i zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł. Odwołujący wskazał również, że niewątpliwie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Czynności Zamawiającego polegające m.in. na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na rzekomą niezgodność jej treści z treścią SIWZ oraz nieuzasadnione dokonanie wyboru oferty KINNARPS POLSKA, która w związku z powyższym nie stanowi oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji Odwołujący poniósł szkodę w postaci utraconych korzyści, jakie mógł osiągnąć w przypadku powierzenia mu realizacji niniejszego zamówienia. Dodał, że zgodnie z przyjętym w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i niepodlegającą odrzuceniu w niniejszym Postępowaniu. Gdyby Zamawiający postępował zgodnie z przepisami Pzp, to oferta Odwołującego

byłby uznana za ofertę najkorzystniejszą w Postępowaniu i tym samym realizacja przedmiotowego zamówienia byłaby powierzona Odwołującemu. Powyższe dowodzi spełnienia przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie w całości. W uzasadnieniu odwołania, podał, że (...) Przedmiotem zamówienia jest dostawa foteli obrotowych - 250 szt. bez zagłówka oraz 50 szt. z zagłówkiem. Zamawiający w SIWZ, pkt 3.1, ppkt 12 wymagał, aby wysokość całkowita fotela była nie większa niż 1440 mm. Wymóg ten dotyczył foteli bez zagłówka jak i z zagłówkiem. Jednocześnie w SIWZ, w pkt 5.7 oraz 7.1.3.15 Zamawiający zastrzegł obowiązek przeprowadzenie prezentacji zaoferowanych przez wykonawców foteli obrotowych, na okoliczność potwierdzenia spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Zgodnie z SIWZ prezentacja obejmowała dwa typy foteli (bez zagłówka oraz z zagłówkiem). Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował fotel obrotowy SITAG POINT P113010 w wersji bez zagłówka i z zagłówkiem. W opinii Odwołującego, obydwa typy foteli spełniają wszystkie wymagania SIWZ. w tym wymagania dotyczące całkowitej wysokości nie większej niż 1440 mm. W powiadomieniu o odrzuceniu jego oferty podał, że (...) Podczas prezentacji fotela pracowniczego Point P113010 firmy SITAG stwierdzono, iż maksymalna wysokość prezentowanego fotela z zagłówkiem wynosi 1480 mm. Zamawiający w pkt 3.1 - przedmiot zamówienia w ppkt 12 SIWZ jest zapisane, iż wysokość całkowita fotela nie większa niż 1440 mm” zgodnie z załączoną kartą katalogową, a tym samym nie spełnia on zapisów SIWZ”. Wykonawca podał, że (...) Zapis o analogicznej treści znajduje się w pkt 11, odrzucone oferty, w protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, druk ZP-PN. W tym miejscu wykonawca stwierdził, że (...) Powyższe twierdzenie Zamawiającego nie jest prawdziwe i nie jest zgodne z przebiegiem oraz wynikami prezentacji fotela SITAG POINT P113010 z zagłówkiem. W trakcie przeprowadzonej w dniu 9 kwietnia 2013 r. prezentacji, komisja przetargowa w sporządzonym i podpisanym przez siebie „Protokole z prac Komisji przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę foteli pracowniczych - PREZENTACJA nr 1”, nr protokołu DAI/WZP/231/13/50/2012/2013/IK, w uwagach z prezentacji stwierdziła (pisownia oryginalna): „Formularzu ofertowym w pkt 12 wykonawca wpisał wysokość fotela całkowitą z zagłówkiem - 1480 mm natomiast

prezentowany model fotela posiada wysokość - 1435 mm. Wykonawca w formularzu ofertowym wpisał wymagane Polskie Normy, które zostały załączone do oferty. Pan B..... S..... oraz Pan R..... R..... potwierdzają zgodność prezentowanych modeli foteli z opisem przedmiotu zamówienia”. Tak samo w załączniku nr 2 do protokołu z prezentacji, Zamawiający w Lp. 12 stwierdza, że (pisownia oryginalna): „Z dokonanego pomiaru wynika, że produkt posiada całkowitą wysokość fotela 1435 mm, w ofercie wykonawca wpisał 1480 mm”. Dalej podał, że (...) Tym samym Zamawiający potwierdził, że oferowany przez Odwołującego fotel oborowy z zagłówkiem SITAG POINT P113010 spełnia wszystkie wymagania SIWZ”. Dalej stwierdził, że odrzucenie oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych w piśmie z dnia 27 maja 2013 r., zawierającym informacji o odrzuceniu oraz protokole druk ZN-PN, jest nieuzasadnione oraz niesłuszne. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że faktycznie w formularzu ofertowym w pozycji Lp. 12 omyłkowo wpisał „wysokość całkowita fotela z zagłówkiem 1205 - 1480 mm”. W miejscu tym powinien znaleźć się zapis o wysokości całkowitej fotela z zagłówkiem zgodnej z fotelem zaoferowanym w ofercie i przedstawionym na prezentacji, tj. zapis: „wysokość całkowita fotela z zagłówkiem nie większa niż 1435”. Powyższa omyłka spełnia przesłanki wymienione w art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, tj. wystąpienia „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, Zamawiający miał ustawowy obowiązek poprawienia w ofercie Odwołującego ww. omyłki, czyli poprawienia omyłkowo wpisanej wysokości całkowitej fotela 1480 mm na poprawny i zgodny z oferowanym przedmiotem zamówienia zapis o wysokości całkowitej fotela z zagłówkiem 1435 mm. Jego zdaniem zamawiający bezpodstawnie zaniechał poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ. Niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Wykonawca stwierdził również, że (...) W konsekwencji wystąpienia ww. „innej omyłki” dotyczącej wpisania w formularzu ofertowym omyłkowej wysokości całkowitej fotela z zagłówkiem 1480 mm, Odwołujący dołączył do złożonej oferty błędną „kartę katalogową”, składaną zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2) Pzp na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Wymóg złożenia takiej „karty katalogowej” wynikał również z SIWZ, z pkt 5.1.3: [„5.1.3. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego należy złożyć opis oferowanych foteli, (tj.: dokument

zawierający niezbędne informacje potwierdzające spełnianie minimalnych wymogów parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia np. karty katalogowe lub specyfikacje techniczne)”.] Odwołujący omyłkowo złożył błędną „kartę katalogową” dotyczącą fotela z zagłówkiem SITAG POINT P113010, zawierającą zapis: „Ogólna wysokość 120,5-148 mm”. Poprawna karta katalogowa ma zapis: „Ogólna wysokość do 1435 mm”. Zamawiający w trakcie badania oferty złożonej przez Odwołującego stwierdził złożenie przez Odwołującego błędnej „karty katalogowej”, składanej zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2) Pzp na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Zamawiający w przypadku takiego stwierdzenia podstawie art. 26 ust. 3 Pzp winien wezwać Odwołującego do złożenia ww. „karty katalogowej w wyznaczonym przez siebie terminie. Wykonawca ponadto stwierdził, że (...) Zamawiający widząc „rozbieżności” pomiędzy zaoferowanym oraz zaprezentowanym na prezentacji przedmiotem zamówienia, który odpowiada wymaganiom SIWZ, a błędną treścią „karty katarowej”, miał możliwość, a nawet obowiązek wyjaśnić wszelkie niejasności i wątpliwości w drodze zastawania normy prawnej wynikającej z art. 26 ust. 4 Pzp, czego bezpodstawnie zaniechał, odrzucając jednocześnie ofertę Odwołującego.

Odnosnie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy KINNARPS POLSKA, Odwołujący wskazał na opis przedmiotu zamówienia w pkt 3.1 w ppkt 14, gdzie Zamawiający m.in. wymagał, aby fotel obrotowy wyposażony był w „Stabilną, pięcioramienną podstawę o średnicy 600-700 mm wykonaną z aluminium lub stopu metali. W ofercie wykonawcy KINNARPS POLSKA, w „karcie katalogowej” oferowanego fotela 6784 n78, producent KINNARPS Ab, oraz w formularzu ofertowym w Lp. 14 wykonawca zadeklarował wyposażenie fotela w „Stabilną, pięcioramienną podstawę wykonaną z aluminium lub stopu metalu o średnicy 630 mm.” Natomiast w dokumencie: „Test report” (str. 59 oferty) oraz tłumaczeniu tego dokumentu na język polski (str. 65 oferty), który to dokument ma potwierdzać właściwości oferowanego fotela, widnieje zapis, że oferowany fotel wyposażony jest w „pięcioramienną podstawę z tworzywa sztucznego”. Z wymogu zaoferowania fotela wyposażonego w podstawę aluminiową (metalową) oraz wynikającego z ww. dokumentów „Test report” (wraz z tłumaczeniem) wyposażenia zaoferowanego przedmiotu w podstawę z tworzywa sztucznego wynika, iż treść oferty złożonej przez wykonawcę KINNARPS POLSKA nie odpowiada treści SIWZ. Oferta ta jako nie

odpowiadając treści SIWZ winna być przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, a w przypadku nieodrzczenia tej oferty [z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, dotyczy treści złożonego dokumentu „Test report” wraz z tłumaczeniem i zaoferowania fotela z podstawą z tworzywa sztucznego], Zamawiający powinien dokonać wezwania KINNARPS POLSKA w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia poprawnych dokumentów potwierdzających zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ, tj. dostawy fotela z podstawą aluminiową lub ze stopu metalu. Jednocześnie w przypadku wystąpienia wątpliwości i nieścisłości odnośnie dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (m.in. złożonego dokumentu „Test report” wraz z tłumaczeniem), Zamawiający ma prawo i obowiązek wystąpić do wykonawcy KINNARPS POLSKA o złożenie wyjaśnień dotyczących tychże dokumentów na podstawie art. 26 ust.4 ustawy Pzp. Reasumując Odwołujący stwierdził, że odrzucenie jego oferty jako rzekomo niezgodnej z treścią SIWZ oraz zaniechanie przez Zamawiającego podjęcia innych działań wskazanych w niniejszym odwołaniu, prowadzi w konsekwencji do bezpodstawnego dokonanie wyboru oferty KINNARPS POLSKA jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. Prowadzi to do naruszenia przez Zamawiającego szeregu przepisów Pzp, a w szczególności: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3), art. 26 ust. 3 i 4, a ponadto do wniosku, że Zamawiający nie prowadzi postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co potwierdza naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca KINNARPS POLSKA, podkreślając, że jego zdaniem odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, przede wszystkim z tego powodu, że nie spełnia wymogów formalnych określonych w aktualnie obowiązujących przepisach prawa. W tym przypadku wskazał na art. 180 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym odwołanie przysługuje wyłącznie od nie zgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, a zgodnie z ust. 3 wskazanego przepisu, odwołanie powinno określać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać związane przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zdaniem

wykonawcy odwołanie takich warunków nie spełnia i dale tego też powinno podlegać zwrotowi. Co materialnych podstaw niezasadności odwołania Przystępujący wykonawca stwierdził, że decyzja Zamawiającego w tym zakresie była w pełni uzasadniona oraz zgodna z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp i stanem faktycznym sprawy. Zamawiający odrzucił bowiem ofertę Odwołującego, ponieważ zaoferowany w ofercie fotel pracowniczy SITAG POINT P113010 w wersji z zagłówkiem i bez zagłówka nie spełnia kryteriów określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Ponadto, produkt opisany w ofercie różnił się od egzemplarza fotela - jak twierdzi Odwołujący - tego samego typu zaprezentowanego komisji przetargowej Zamawiającego. W toku prezentacji fotela pracowniczego SITAG POINT P113010, która była elementem postępowania w sprawie udzielenia Zamówienia, komisja przetargowa Zamawiającego ustaliła, że rzeczywista wysokość całkowita produktu różni się od tej wskazanej w ofercie, następnie powtórzonej w karcie katalogowej produktu. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdził, że zaistniałe na gruncie niniejszej sprawy rozbieżności pomiędzy treścią oferty, protokołem komisji przetargowej oraz SIWZ nie mogą zostać w jakikolwiek sposób sprostowane przez Odwołującego lub Zamawiającego. Tego rodzaju rozbieżności są na tyle istotne, że nie można ich uznać za „inną omyłkę”. Dla ich wyjaśnienia niewystarczające jest bowiem wprowadzenie jedynie drobnych oczywistych zmian. Konieczna jest natomiast istotna ingerencja w treści oferty. Niezgodność oferty z SIWZ stanowi bowiem podstawę do odrzucenia oferty. Dalej podkreślił, że w niniejszej sprawie nie można mówić, że pomiędzy treścią oferty, karty katalogowej, wymiarami fotela prezentowanego komisji przetargowej oraz SIWZ miały miejsce jakiegokolwiek nieścisłości. Stwierdzić bowiem należy, że oferta dotyczyła innego produktu niż zamawiany przez Zamawiającego, co jednoznacznie potwierdza dokumentacja zgromadzona w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Co więcej, nie można również wskazać, że Odwołujący na prezentację fotela komisji przetargowej nieco inny model, różniący się maksymalną wysokością całkowitą od właściwych foteli, jakie miałyby być dostarczone przez Odwołującego w przypadku przyjęcia jego oferty, ponieważ nie wskazał on takiego zastrzeżenia.

W odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 19.06.2013 r.] Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu, a Przystępujący wykonawca

wniósł sprzeciw [pismo z dnia 24.06.2013 r.] na podstawie art. 186 ust.4 ustawy Pzp i tym samym odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę na rozprawie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wniosek Przystępującego wykonawcy w przedmiocie zwrotu odwołania nie podlega uwzględnieniu. Tak jak ustaliła Izba w odwołaniu [str 2 pkt od 1 do 10] wskazano na naruszenie wobec oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp [bezpodstawne odrzucenie oferty], art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp [bezpodstawnie zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty], art. 26 ust. 3 ustawy Pzp [bezpodstawne zaniechanie wezwania Odwołującego, do uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie], (względnie) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp [brak wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1], art. 91 ust. 1 ustawy Pzp [zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ], a wobec oferty wykonawcy KINNARPS POLSKA naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp [zaniechanie uznania, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ] oraz (względnie) na 26 ust. 3 ustawy Pzp, [zaniechanie wezwania do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierających błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie oraz (względnie) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp – zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów załączonych do oferty]. W konkluzji wskazano na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagający prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W kolejnych punktach [str 2/3 odwołania pkt od 1 do 11] zawarto żądania, a w uzasadnieniu uszczegółowiono podnoszone zarzuty. Tym samym żądanie Przystępującego jest nie tylko niezasadne, ale przede wszystkim

niezrozumiałe. Izba jednocześnie zauważa, że Przystępujący wykonawca nie wskazuje podstawy prawnej zwrotu odwołania.

Nie podlega także uwzględnieniu wniosek Przystępującego wykonawcy o odrzucenie odwołania, uzasadniony tym, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony z uwagi na brak interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp. W tym przypadku również podstawa prawna żądania nie została wskazana przez wykonawcę. Izba ponadto stwierdza, że przesłanka z art. 179 ust.1 ustawy Pzp ma charakter materialno prawny i tym samym nie wykazanie przez wykonawcę interesu, bądź i/lub szkody w rozumieniu tego przepisu może stanowić wyłącznie podstawę do oddalenia odwołania. Analogiczne uregulowanie – tak jak w przepisie art. 179 ust.1 ustawy Pzp - wynika także z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG, a posiadanie legitymacji czynnej do skutecznego wniesienia przez wykonawcę takiego środka ochrony prawnej, jak odwołanie podlega badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą również z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Brak takiej legitymacji prowadzi w konsekwencji – jak wskazano powyżej do oddalenia odwołania, a nie do jego odrzucenia odwołania, czego żądał wykonawca.

Rozpoznając zatem kolejno – po otwarciu rozprawy – posiadanie legitymacji czynnej przez Odwołującego do wniesienia odwołania, Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie wnoszący odwołanie wykonawca, działając na podstawie art. 85 ust.2 ustawy Pzp oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą przedłożył Zamawiającemu w dniu 20 czerwca 2013 r. Izba ustaliła również, że termin związania ofertą upłynął z dniem 7 czerwca 2013 r., a zatem w dniu w którym wykonawca wnosił odwołanie. Zgodnie z treścią wskazanego art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Tak jak stwierdziła Izba, odwołanie zostało wniesione wobec zasadniczej czynności bezpodstawnego odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz

wobec wyboru oferty jako najkorzystniejszej wykonawcy Przystępującego także z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.1 tej ustawy z uwagi naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wobec nie zastosowania art. 26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp. Dalej Izba ustaliła, że wnoszący odwołanie wykonawca z dniem upływu związania ofertą [7 czerwca 2013 r.] do dnia złożenia oświadczenia o przedłożeniu związania ofertą [do dnia 20 czerwca 2013 r.] nie pozostawał związany ofertą i ta okoliczność powoduje w ocenie Izby, że nie zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie możliwości wykazania poniesienia szkody. Odwołujący, zdaniem KIO, wykazał tylko interes we wnoszeniu odwołania, albowiem - jego zdaniem - Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą i tym samym nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, co jest skutkiem zaniedbania po stronie tegoż Odwołującego, który przed upływem terminu związania ofertą nie przedłużył tego terminu. Izba zwraca uwagę, że regulacja z art. 85 ust 2 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą, szczególnie w przypadku gdy nie wnioskuje o to Zamawiający (z uwagi na to, że termin związania ofertą już raz przedłużał lub nie wezwał wykonawców do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą). Zatem gdy wykonawca [oferent] chce być uczestnikiem postępowania, oświadczenie o przedłużeniu terminu związania musi złożyć przed jego upływem. Izba podkreśla, że wykonawca może przez jednostronną czynność prawną - oświadczenie woli - wydłużyć bez inicjatywy Zamawiającego, termin związania swoją ofertą. Izba zwraca także uwagę, że Odwołujący zobowiązany był do przedłużenia terminu związania ofertą w oparciu o art. 85 ust 2 ustawy Pzp oraz art. 85 ust 4 ustawy Pzp, który jednoznacznie wskazuje, że możliwe jest dokonywanie przedłużenia terminu związania ofertą po wyborze najkorzystniejszej oferty, a zatem Odwołujący zobowiązany był do przedłużenia terminu związania ofertą, w szczególności, że jego oferta została odrzucona, a wykonawca kwestionuje tę czynność i jednocześnie czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący nie realizując uprawnień z art. 85 ust 2 ustawy, zrezygnował de facto z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek, odwołanie podlega oddaleniu. Tym samym zarzuty dotyczące art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp [bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego jak i braku odrzucenia oferty Przystępującego] i konsekwentnie zarzuty dotyczące naruszenia pozostałych przepisów nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że oddalenie odwołania ze wskazanych powodów, czy też w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, bądź odrzucenie odwołania nie stanowi formalnej przeszkody dla zamawiającego do powtórzenia czynności związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem najkorzystniejszej oferty, jeżeli zamawiający dostrzeżga – przed zawarciem umowy – że dokonał [zaniechał] tych czynności z naruszeniem przepisów Pzp, szczególnie gdy te naruszenia [dokonane lub zaniechane czynności] mają wpływ, bądź mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....