

Sygn. akt: KIO 2410/14

WYROK
z dnia 2 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. P. i M. W. prowadzących działalność pod wspólną firmą CONSIDO S. P., M. W. sp. c. w Łodzi (92-602), ul. Taborowa 119d** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: „**EC1 Łódź - Miasto Kultury**” w Łodzi (90-022), ul. Targowa 1/3

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. P. i M. W. prowadzących działalność pod wspólną firmą CONSIDO S. P. . M. W. sp. c. w Łodzi (92-602), ul. Taborowa 119d** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S. P. i M. W. prowadzących działalność pod wspólną firmą CONSIDO S. P., M. W. sp. c. w Łodzi (92-602), ul. Taborowa 119d** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2410/14

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa mebli wyposażenia obiektu EC1 Wschód” zostało wszczęte przez „EC1 Łódź - Miasto Kultury” w Łodzi, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 118-209189) w dniu 21 czerwca 2014 r.

W dniu 17 listopada 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. P. i M. W. prowadzących działalność pod wspólną firmą CONSIDO S. P., M. W. sp. c. w Łodzi, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty, a także wobec odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, unieważnienia postępowania oraz zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 93 ust. 1 pkt 1) i 6) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stał na stanowisku, że Zamawiający zaniechał wezwania go do uzupełnienia informacji o szkielecie siedziska fotela F5 pomimo tego, że nie wzywał go wcześniej do uzupełnienia dokumentów w tym właśnie zakresie. Ponadto uważał on, że pozyskanie przez Zamawiającego opinii wystawionej przez Komendanta Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Łodzi nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wezwania go do uzupełnienia złożonej przez niego oferty, a następnie oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby i potwierdzone za zgodność z oryginałem, a także dokumenty przedstawione wraz z odwołaniem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt I.IV.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych – w pkt II.1.6 SIWZ wskazał, że podzielił zamówienie na pięć części (części od A do D), a Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) zawarł w załączniku nr 2 i 5 do SIWZ.

W pkt V.II.2.1 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą „*kart katalogowych/specyfikacji technicznych zawierających fotografie (co najmniej 4 różne ujęcia) oferowanych mebli; ww. dokumenty mają potwierdzać, że oferowane meble posiadają wszystkie wymagane przez Zamawiającego cechy*”. W pkt V.II.2.2 SIWZ Zamawiający wymagał również próbek m.in. fotela F5 oraz stołu S21.

W formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ – w jego części właściwej dla części A zamówienia – zawarta została informacja, że przedmiot zamówienia w tejże części obejmuje m.in. dostawę fotela biurowego z podłokietnikami (oznaczonego symbolem F5, poz. 4) oraz stołów składanych 160x80 (oznaczonych symbolem S21, poz. 1).

W załączniku 5 do SIWZ – SOPZ – zawarty został m.in. szczegółowy opis fotela F5, gdzie wymagane było m.in., w odniesieniu do siedziska, aby wykonane zostało na szkieletie polipropylenowym, obłożonym gąbką.

Przed upływem terminu składania ofert trzech wykonawców, w tym Odwołujący, złożyło Zamawiającemu swoje oferty w części A zamówienia. Jak przyznał on w toku rozprawy przed Izbą, zaoferował on, jako fotel F5 model Eleven EL103, co wynikać miało, nie z samej treści uzupełnionego formularza ofertowego, ale z dokumentów przedmiotowych złożonych

wraz ofertą mających potwierdzać spełnianie przez ofertowane dostawy wymagań Zamawiającego. Jednym z takich dokumentów był protokół oceny ergonomicznej (strony 89-93) oferty złożonej przez Odwołującego), na którego trzeciej stronie zawarto informację, zgodnie z którą siedzisko wykonane zostało ze sklejki i pianki. Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą potwierdził prawdziwość tych danych.

Zamawiający, pismem z dnia 29 października 2014 r., wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów odnoszących się do fotela F5 w zakresie konstrukcji fotela i podłokietników. Odwołujący wraz z pismem z dnia 30 października 2014 r. przekazał Zamawiającemu odpowiednie dokumenty.

W dniu 5 września 2014 r. Zamawiający wystąpił do Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Łodzi o podwyższenie limitu osób mogących przebywać jednocześnie w sali „Galeria” z zakładanej pierwotnie liczby 300 do 800 osób. W odpowiedzi na powołany wniosek Łódzki Komendant Wojewódzki Państwowej Straży Pożarnej w piśmie z dnia 23 września 2014 r. pozytywnie zaopiniował tenże wniosek pod warunkiem zastosowania rozwiązań przewidzianych w *„Ekspertyzie warunków i czasów ewakuacji wraz z analizą struktury temperatury i dymów pożarowych uzyskanych w wyniku symulacji komputerowej dla sali wielofunkcyjnej pn. GALERIA na parterze budynku S2 na terenie EC1 Łódź, ul. Targowa 1/3”*, tj. m.in. wyposażenie i meblowanie oraz wystrój wnętrza z materiałów trudno zapalnych, których produkty rozkładu termicznego nie są bardzo toksyczne lub intensywnie dymiące.

Pismem z dnia 6 listopada 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu każdej z trzech ofert złożonych w części A zamówienia, w tym również oferty złożonej przez Odwołującego, co do której uznał on, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Ustalił on bowiem, że oferowany przez Odwołującego fotel F5 ma siedzisko wykonane ze sklejki i pianki, podczas gdy w SIWZ wymagany był szkielet siedziska z polipropylenu obłożony gąbką. Niezależnie od powyższego, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, wobec postawienia przez Łódzkiego Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej w piśmie z dnia 23 września 2014 r. nowych wymagań co do zamawianych w tym postępowaniu mebli, które to wymagania nie mogły zostać z natury rzeczy uwzględnione w SIWZ, Zamawiający uznał, że w prowadzonym przez niego postępowaniu wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Mając to na uwadze, Zamawiający unieważnił prowadzone przez siebie postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) i 6) ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują w pełni oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że w toku postępowania odwoławczego nie zostało udowodnione, aby Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a w konsekwencji, aby niezasadnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia w zakresie części A na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem miał on obowiązek unieważnienia tegoż postępowania, albowiem zgodnie z jego ustaleniami w zakresie części A nie złożono mu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Co szczególnie istotne w kontekście rozpoznawanych zarzutów, z materiału dowodowego nie wynika w szczególności to, aby Zamawiający nieprawidłowo ustalił, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Z SIWZ wynika w sposób niewątpliwy, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania mu fotela (oznaczonego symbolem F5), którego siedzisko będzie zbudowane na szkielecie polipropylenowym obłożonym gąbką. Tymczasem, Odwołujący zaoferował Zamawiającemu fotel, którego siedzisko wykonane jest ze sklejki i pianki, a tym samym z materiałów innych, niż wymagane w SIWZ. Co istotne, Odwołujący wyraźnie potwierdził te okoliczności w toku rozprawy przed Izbą, stwierdzając, że poczynione przez Zamawiającego ustalenia faktyczne odnoszące się do fotela F5 (tak co do identyfikacji oferowanego mu modelu – Eleven EL103, jak i konstrukcji siedziska) są prawidłowe. Odwołujący nie podjął próby przeprowadzenia dowodu, że w świetle postanowień SIWZ możliwe byłoby uznanie, że oferowany Zamawiającemu fotel F5 odpowiada minimalnym wymaganiom Zamawiającego opisanym w SIWZ, zaś proste zestawienie treści załącznika nr 5 do SIWZ w zakresie odnoszącym się do fotela F5 z treścią dokumentów przedstawionych wraz z ofertą złożoną przez Odwołującego, w szczególności z protokołem oceny ergonomicznej, pozwalało stwierdzić, że oferowany fotel nie odpowiada minimalnym wymaganiom opisanym w SIWZ. Prawidłowo zatem, w świetle przedstawionego Izbie materiału dowodowego i oświadczeń

Stron, ustalił Zamawiający, iż elementem treści oferty złożonej przez Odwołującego jest oferowane Zamawiającemu dostarczenie fotela Eleven EL103, który charakteryzuje się właściwościami nieodpowiadającymi wymoganiom Zamawiającego. Zasadnie zatem Zamawiający podnosił, że niezgodną z przepisami ustawy Pzp, w szczególności z przepisem art. 87 ust. 1, byłaby zmiana treści tej oferty przez wskazanie w ofercie Odwołującego innego modelu fotela.

W ocenie Izby określenie w sposób wyraźny nazwy, marki i typu oferowanego Zamawiającemu sprzętu stanowiło, jak to już wskazano, treść oferty, albowiem informacja ta dotyczy sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia, że została ona zawarta w dokumentach mających stanowić potwierdzenie spełniania przez oferowane Zamawiającemu dostawy wymagań przez niego opisanych w SIWZ. Należy bowiem odróżnić dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego od treści oferty wykonawcy, która wskazuje – również zgodnie z wymogami SIWZ – w jaki sposób zostanie zrealizowany dany przedmiot zamówienia. Wykonawca składa w tym zakresie oświadczenie woli, które jest dla niego wiążące. Ustalenie, że treść tegoż oświadczenia nie odpowiada treści SIWZ, rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp – oczywiście, o ile nie zachodzą przesłanki poprawienia w ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty złożonej przez wykonawcę. Tym samym niedopuszczalna jest zmiana treści oferty poprzez jej uzupełnianie o wskazywanie kolejnych produktów, czy też oferowanie świadczenia dostawy niezaoferowanych pierwotnie urządzeń. Stwierdzenie takich braków przez Zamawiającego powinno stanowić dla niego podstawę do odrzucenia oferty, nie zaś do wzywania wykonawcy do złożenia dokumentów lub oświadczeń uzupełnionych o stwierdzone braki w ich treści, czy też wskazujące na inny niż w ofercie asortyment. Mając to na uwadze, Izba uznała, że brak było w rozpoznawanej sprawie podstaw do wzywania Odwołującego do uzupełnienia jakichkolwiek dokumentów lub oświadczeń odnoszących się do fotela F5.

Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego.

Zasadnie natomiast, w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, zarzucał Odwołujący Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o ten właśnie przepis. W ocenie Izby nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane,

aby w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Podkreślenia wymaga przy tym jednak to, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy nie mogło zostać uznane za takie, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. takie które zgodnie z art. 192 ust 2 ustawy Pzp może przesądzić o uwzględnieniu odwołania. W rozpoznawanej sprawie, jak to już wskazano, przesądzone zostało, że brak było podstaw do stwierdzenia, że unieważnienie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp było niezasadne, tym samym stwierdzone naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp nie mogło zostać uznane za mogące mieć wpływ na wynik postępowania, tj. jego unieważnienie.

Co do istoty tegoż zarzutu, to w ocenie Izby, nie zostało wykazane przede wszystkim to, że zmiany okoliczności, na której zaistnienie powoływał się Zamawiający, nie dało się przewidzieć – tym bardziej, że jej zaistnienie zostało sprokurowane działaniami podjętymi przez Zamawiającego, tj. złożeniem wniosku z dnia 5 września 2014 r. o podwyższenie limitu osób mogących przebywać jednocześnie w sali „Galeria” z zakładanej pierwotnie liczby 300 do 800 osób. Działanie to zostało podjęte już po upływie terminu składania ofert w tym postępowaniu, który to termin upłynął w dniu 21 sierpnia 2014 r. Co ważniejsze, nawet sama zmiana okoliczności, na którą powoływał się Zamawiający, nie została przed Izbą wykazana. Przywoływane przez Zamawiającego pismo z dnia 23 września 2014 r. odwołuje się do rozwiązań opisanych w *„Ekspertyzie warunków i czasów ewakuacji wraz z analizą struktury temperatury i dymów pożarowych uzyskanych w wyniku symulacji komputerowej dla sali wielofunkcyjnej pn. GALERIA na parterze budynku S2 na terenie EC1 Łódź, ul. Targowa 1/3”*. Nie wykazano jednak przed Izbą, kiedy ekspertyza ta powstała i przez kogo została opracowana. Tym samym nie zostało udowodnione, że warunki w niej postawione nie były znane Zamawiającemu już na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto Zamawiający nie wykazał również, aby oferowane mu stoły (opisane symbolem S21), tak przez Odwołującego, jak i przez innych wykonawców, nie spełniały wymagań, które miały wynikać z pisma z dnia 23 września 2014 r. Zauważyć należy, iż nie podjął on nawet próby ustalenia tego faktu, pomimo, iż miał taką możliwość. Przyjął on pomimo to, że każdy z oferowanych mu stołów warunków tych nie spełnia. Uwzględniając wszystkie te okoliczności, Izba uznała, że zasadnie zarzucał Odwołujący Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, jednocześnie oceniając to naruszenie jako nie mające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o 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).

Przewodniczący: