

Sygn. akt: KIO 485/14

WYROK
z dnia 26 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2014 r. przez wykonawcę **R..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo – Usługowa „RD-Professional” z siedzibą w Brzesku, ul. M. J. Piłsudskiego 11A, 32-800 Brzesko** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Chałubińskiego 3A, 02-004 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę R..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo – Usługowa „RD-Professional” z siedzibą w Brzesku, ul. M. J. Piłsudskiego 11A, 32-800 Brzesko i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo – Usługowa „RD-Professional” z siedzibą w Brzesku, ul. M. J. Piłsudskiego 11A, 32-800 Brzesko** 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) 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

Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup wyposażenia kuchni na zadaniu 42 721 Kraków”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 stycznia 2014 r., poz. 31234.

W dniu 7 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę R..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo – Usługowa „RD-Professional” z siedzibą w Brzesku, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, gdyż zaoferowany w poz. 151 termos do napojów gorących z możliwością piętrowania termos gastronomiczny T40 ma pojemność 38,5 l, a wymagano 40l ponadto nie ma możliwości piętrowania.

Pismem tym zamawiający, pismem tym, poinformował także o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ze względu na to, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W dniu 12 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 12 marca 2014 r.), podnosząc iż zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp dokonał unieważnienia postępowania w części dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp w związku z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasady obiektywnego i bezstronnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - poprzez nierzetelne badanie ofert i zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień, oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
2. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów odwołującego co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych;

3. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia dla pozycji 151 formularza ofertowego w sposób uniemożliwiający sporządzenie oferty i utrudniający uczciwą konkurencję;
4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego bezzasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż jest ona zgodna z SIWZ a odrzucenie oferty odwołującego jest jedynie konsekwencją nierzetelnego badania ofert;
6. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, w którym oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, a tym samym zamawiający naruszył dyspozycję tego artykułu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania;
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
3. powtórzenie czynności badania ofert z przywróceniem do oceny oferty odwołującego;
4. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i udzielenia zamówienia odwołującemu;
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż podstawa odrzucenia jego oferty jest nieprawidłowa z uwagi na fakt, iż na skutek popełnionej omyłki, oraz nierzetelnego badania ofert przez zamawiającego odrzucono jego ofertę, która jest w pełni zgodna z SIWZ. Odwołujący załączył do oferty omyłkowo ofertę handlową (załącznik nr 3), a nie kartę katalogową oferowanego urządzenia. Gdyby zamawiający postępował w sposób wymagany przez ustawę Pzp, rozbieżności czy niejasności, które powziął sprawdzając ofertę winien wyjaśnić i uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a tego zamawiający nie uczynił. Nawet bez wzywania odwołującego, zamawiający mógł sam zweryfikować poprawność zaoferowanego urządzenia sprawdzając ofertę handlową producenta, który na swojej stronie internetowej www.termosy.com.pl zamieszcza karty katalogowe urządzeń w formacie PDF, które są ogólnodostępne dla zainteresowanych. Dla urządzenia oznaczonego symbolem T40 producent zamieszcza kartę katalogową, która potwierdza, że urządzenie spełnia wymagania zamawiającego zapisane w SIWZ (załącznik nr 4).

Nadto dodał, iż oznakowanie urządzenia nie jest przypadkowe, wg oferty producenta pojemności termosów oznaczone są literą T od słowa termos oraz dodatkowo liczbą odpowiadającą pojemności urządzenia. Producent oferuje termosy stalowe z kranem o pojemności 25 i 40 litrów (załącznik nr 5). Jednoznacznym zatem jest, że załączona do oferty zamawiającego oferta handlowa producenta zawiera omyłkę powstałą na skutek przygotowywania oferty handlowej dla odwołującego na innym dokumencie, którego treść producent zapewne modyfikował, popełniając omyłkę. Producent nie ma w swojej ofercie

termosu stalowego o pojemności 38,5 litra o czym świadczy oferta na jego stronie internetowej. Co więcej załączony dokument nie jest kartą katalogową o czym świadczy chociażby zamieszczony na dokumencie nr rachunku bankowego producenta.

Tak więc w zaistniałej sytuacji zamawiający, winien zwrócić się do odwołującego o uzupełnienie dokumentów złożonych w ofercie oraz wezwać go do złożenia wyjaśnień, zgodnie bowiem z SIWZ wzmagał od wykonawców załączenia kart katalogowych. Odwołujący zorientował się o zaistniałej pomyłce po złożeniu oferty, nie mając uprawnień do samodzielnego jej uzupełnienia i wyjaśnienia oczekiwał na wezwanie ze strony zamawiającego, które jednak nie nastąpiło.

Nadto podniósł, że zamawiający odrzucił ofertę z racji nie spełniania wymagań dotyczących możliwości piętrowania wyżej wymienionego termosu, z czym odwołujący się nie zgadza. Obowiązkiem zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia z zastrzeżeniem, że opis ten nie może utrudniać uczciwej konkurencji a także winien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis wymagań przyjęty dla pozycji 151 (załącznik nr 6) zawiera wymagania, których spełnienie jest niemożliwe. Dostępne na rynku oferty handlowe producentów w tym segmencie pozwalają zaoferować termosy ze stali nierdzewnej z możliwością piętrowania, ale z inną pojemnością niż ta wymagana przez zamawiającego, z wymaganą pojemnością ale nie ze stali nierdzewnej, z możliwością piętrowania ale bez kranu. Zamawiający przygotował opis przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia komukolwiek złożenie prawidłowej oferty. Opis przygotowany został jako kompilacja opisów kilku urządzeń z różnych standardów stąd spełnienie tego warunku przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych wymagań jest niemożliwe. Biorąc pod uwagę marginalne znaczenie wymaganej funkcji oraz jej niewielką wartość w stosunku do wartości całego zamówienia wskazać należy, że nie powinna ona mieć znaczenia i stanowić przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego, tym bardziej że za stworzenie warunku niemożliwego do spełnienia odpowiada zamawiający, konsekwencjami obarczając odwołującego.

Okoliczności, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty odwołującego winny być przedmiotem zapytań/wyjaśnień/uzupełnień w trybie dopuszczonym ustawą Pzp i nie mogły stanowić podstawy do czynności wykonanej przez zamawiającego. Zarzuty wobec oferty odwołującego winny zostać wyjaśnione i poprawione w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a w sytuacji niezgodnego z ustawą działania zamawiającego stały się podstawą odrzucenia jego oferty w sposób niezgodny z ustawą Pzp i przyczyn zawinionych przez samego zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w pozycji 151 „Formularza cenowego” wymagał dostarczenia „termosu do napojów gorących z kranikiem o poj. 40 dm³, wykonanego ze stali nierdzewnej gatunku AISI 304, podwójna ścianka, dno i pokrywa izolowane pianką, możliwość piętrowania, podwójna pokrywa z silikonową uszczelką odporną na ścieranie, min. 3 zatrzaski przy pokrywie, ergonomiczne uchwyty.”. Wykonawcy zobowiązani byli ów formularz wypełnić w sposób następujący „w Formularzu oferty należy podać cenę netto, stawkę podatku VAT i ceną ofertową brutto za wykonanie zamówienia”.

Zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”, pkt 9 wskazał, iż „wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żąda: 1.inne: karty katalogowe urządzeń, dokumentacje techniczno – ruchowe urządzeń charakteryzujące parametry techniczne oferowanych urządzeń, Świadectwa Państwowego Zakładu Higieny dopuszczające wyroby do obrotu i kontaktu z żywnością”.

Odwołujący w poz. 151 „Formularza cenowego” podał ceny oferowanego termosu, tj. cenę jednostkową netto, wartość netto, stawkę podatku VAT% i wartość brutto (str. 57 oferty), załączając dokument opisany jako „KARTA KATALOGOWA DO POZ NR 151, L.p. zał. nr 5”, w treści którego w kolumnie „Nazwa towaru lub usługi” podał „T40 Termos gastronomiczny 38, 5 L z kranikiem; Termos gastronomiczny z pokrywą o pojemności 38, 5 L z kranikiem; Wykonanie: - materiał z jakiego wykonany jest termos to stal nierdzewna, - podwójne ścianki wypełnione pianką izolacyjną, - pokrywa termosu wyposażona w uszczelkę

silikonową, - trzypunktowe zamykanie na 3 zatrzaski, - stabilne ergonomiczne uchwyty, wymiary: 35 x 40 cm, - waga: 6,1 kg”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu przez zamawiającego w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający wymagał aby wykonawcy zaoferowali termos o parametrach opisanych i wyspecyfikowanych w pozycji 151 „Formularza cenowego”, na potwierdzenie czego wymagał złożenia przez wykonawców określonych w SIWZ dokumentów, w tym także kart katalogowych oferowanych produktów. Tak więc wykonawca zobowiązany był złożyć dokument z treści, którego jednoznacznie będzie wynikać jaki produkt (w tym przypadku termos) jest przez niego oferowany, a więc dokument dotyczący produktu, który zostanie zamawiającemu dostarczony a nie dokument dotyczący jakiegokolwiek produktu. Tymczasem odwołujący dla poz. 151 „Formularza cenowego” podał – zgodnie z wymogiem zamawiającego – ceny oferowanego produktu, załączając jednocześnie kartę katalogową oferowanego produktu, z treści której wynika, iż zaoferował on produkt o pojemności innej niż wymagana przez zamawiającego, a mianowicie o pojemności 38,5 L, zamiast o pojemności 40 L. W tym stanie faktycznym potwierdzeniem tego co faktycznie wykonawca oferuje były karty katalogowe, a nie „Formularz cenowy”, który podlegał wypełnieniu wyłącznie w odniesieniu do ceny oferowanego asortymentu, gdyż tylko podania takich informacji w dokumencie tym zamawiający wymagał. W tym przypadku karty katalogowe stanowią więc treść oferty. Wskazanie bowiem w ofercie pojemności oferowanego termosu (w informacji zawartej w karcie katalogowej) stanowi o treści oferty, stanowiąc tym samym istotny element przyszłej umowy. Dlatego też uzupełnienie tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez złożenie innych kart katalogowych, kart dotyczących innych produktów (produktów o innych parametrach, parametrach wymaganych przez zamawiającego) doprowadziłoby w istocie do nieuprawnionej zmiany treści oferty w zakresie dotyczącym pojemności termosu. W tym przypadku niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa. Niezgodność te potwierdzają także złożone przez odwołującego na rozprawie w poczet materiału dowodowego dokumenty, tj. oferty „OF/1/2013/06” z dnia „04.02.2014”. W ich treści również bowiem wskazano, iż termos „T 40” to „Termos gastronomiczny 38, 5 L z kranikiem”, a więc o pojemności mniejszej niż wymagana. Okoliczność tę potwierdzają także dokumenty załączone do odwołania. Wynika z nich bowiem, że funkcjonują na rynku termosy gastronomiczne o różnych pojemnościach, np. pojemności 25 L, 38,5 L oraz 40 L (np. termos stalowy z kranem 40 L z kranem; termos stalowy z kranem 25 L z kranem) i w każdym z tych przypadków pojemność termosu ta jest

wyraźnie wskazana w informacji o produkcie, np. „Pojemność: 40 L”. Natomiast z treści oferty odwołującego jednoznacznie wynika, iż zaoferował on termos o pojemności 38,5 L. A ponieważ o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza porównanie treści SIWZ z treścią oferty danego wykonawcy (w tym przypadku odwołującego) porównanie dokonane w tym stanie faktycznym jednoznacznie wskazuje na to, iż odwołujący zaoferował produkt o innej pojemności niż wymagana

Oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ także w odniesieniu do drugiego z podnoszonych elementów, tj. możliwości piętrowania termosu. Z treści załączonej karty katalogowej taka możliwość bowiem nie wynika. Odwołujący zaoferował więc inny termos niż wymagany przez zamawiającego. Co prawda odwołujący oświadczył na rozprawie, iż zaoferowany przez niego termos taką możliwość posiada, niemniej jednak w treści wniesionego odwołania podniósł, iż nie funkcjonuje na rynku termos spełniający wszystkie wymogi zamawiającego, w tym i piętrowania, wskazując także, iż spełnienie tego wymogu (piętrowania) przy takim zakupie jakiego dokonywał zamawiający (jeden termos) nie jest mu do niczego potrzebne. Z argumentacją tą nie sposób się zgodzić. Zamawiający ma bowiem prawo tak opisać przedmiot zamówienia aby odpowiadał jego uzasadnionym potrzebom. Natomiast odwołujący, mając wątpliwości dotyczące spełnienia przez zamawiany termos wymaganych parametrów mógł zadać zamawiającemu pytanie, a tego nie uczynił. Tym samym Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego, uznając je za stanowisko je składającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania

Przewodniczący: