

**WYROK**

**z dnia 11 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2015 r. przez wykonawcę

**P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Przemysłowo Handlowo Usługowe „Przemko” P. B. ul. Spokojna 9c, 18-400 Łomża**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Zespół Szkół Gastronomicznych ul. Knyszyńska 12, 15-702 Białystok**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża P. B. i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez P. B. tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od P. B. na rzecz Zespołu Szkół Gastronomicznych w Białymstoku 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 (t.j. Dz. U. z 2013, 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 Białymstoku.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zespół Szkół Gastronomicznych w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę sprzętu stanowiącego wyposażenie pracowni zawodowych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 7 maja 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 106768. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – P. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „PPHU Przemko” P. B. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

1. art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie czynności wyjaśniających,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie procedury w nim opisanej, co skutkowało naruszeniem art. 89 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 poprzez wadliwe przyjęcie, iż zachodzi którakolwiek z przesłanek określonych w art. 89 w odniesieniu do oferty złożonej przez odwołującego, a także brak wskazania podstawy faktycznej i prawnej, iż czynność odrzucenia została dokonana i jest uzasadniona,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 93 ust. 3 pkt 2 poprzez zaniechanie przesłania informacji o odrzuceniu ze wskazaniem podstawy faktycznej
5. art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez unieważnienie postępowania z naruszeniem przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: uchylecia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a tym samym uchylecia decyzji o unieważnieniu postępowania; powrotu do czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający zarzucił jego ofercie zaproponowanie w pozycjach: 27., 38., 42., 47. i 78 sprzętu niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (bez wskazania dalszego uzasadnienia).

W pozycjach tych zamawiający wymagał:

poz. 27. – szklanka: bez zdobień, szkło przezroczyste, nie matowe, przeznaczone do mycia w zmywarce, element z zestawu stanowiącego całość; Pasabahce szkło gastronomiczne lub równoważne, pojemność 0,185 l, średnica 69 mm, wysokość 80 mm,

poz. 38. łyżka do serwowania mięs wykonana ze stali nierdzewnej 18/10, długość 315 mm,

poz. 42. zestaw do przypraw z 5 elementów: solniczka, pieprzniczka, pojemnik na wykałaczki, 2 karafki, wysokość 170 mm,

poz. 47. kosz z tworzywa sztucznego na śmieci z pokrywą uchylną, wysokość (mm): 610, średnica (mm): 490, pojemność (l): 80,

poz. 78 chochla wykonana ze stali nierdzewnej, średnica 80 mm, długość 330 mm, pojemność 0,1 l.

Odwołujący zaoferował sprzęty tożsame bądź o lepszych parametrach, niemniej wszystkie oferowane sprzęty spełniały wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Faktem jest, iż w ofercie odwołującego wystąpiły literówki w numerach katalogowych, niemniej mogły być one skorygowane w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego zamawiający zaniechał. Przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego zamawiający nie zaważał go do złożenia wyjaśnień, czym naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty i wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Stwierdził, iż art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość żądania wyjaśnień, ale zamawiający nie ma takiego obowiązku. Opis przedmiotu zamówienia był jednoznaczny i wyczerpujący, a odwołujący zaoferował konkretne produkty, które nie spełniały wymogów zamawiającego. Błędne numery katalogowe nie mieszczą się w definicji omyłki pisarskiej ani rachunkowej. Zamawiający nie ma obowiązku samodzielnego ustalania numerów katalogu. Jego zdaniem błędy zaistniałe w ofercie nie spełniają przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zmiana numeru katalogowego stanowi istotną zmianę oferty. Parametry wyposażenia zaoferowanego przez odwołującego nie zgadzają się z podanymi przez zamawiającego.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując w przekazanej informacji, że w pozycjach: 27., 38., 42., 47., 78. jest ona niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W informacji tej zamawiający nie podał przyczyn, dla których uzna ową ofertę za niezgodną ze specyfikacją.

Zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający powinien zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uzasadnieniem prawnym jest wskazanie przepisu lub przepisów stanowiących podstawę takiego odrzucenia, a uzasadnieniem faktycznym wskazanie konkretnych przyczyn tego odrzucenia. Przy czym należy je podać w taki sposób, by dla wykonawcy było jasne, jakie to błędy oferty zaważyły na decyzji zamawiającego.

Tym samym wskazanie jedynie, że „w pozycjach: 27., 38., 42., 47., 78. oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia” jest daleko niewystarczające jako wskazanie podstawy faktycznej, gdyż nie wskazuje powodów, dla których zamawiający powziął przekonanie o owej niezgodności. W uzasadnieniu tym powinny się więc znaleźć co najmniej te informacje, które zostały zamieszczone w protokole nr 4 z posiedzenia komisji przetargowej.

Zamawiający nie dopełnił więc obowiązku informacyjnego wskazanego w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania, zatem, stosując się do zasady wskazanej w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba oddaliła odwołanie także w tym zakresie. Zgodnie z tym przepisem bowiem Izba uwzględnia odwołanie tylko, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Co do zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego Izba ustaliła, co następuje.

W protokole nr 4 z posiedzenia komisji przetargowej wskazano następujące przyczyny faktyczne niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia:

poz. 27 szklanka Stalgast 400131, wysokość 84 mm – w siwz 80 mm,

poz. 38 widelec Stalgast 420022 – w siwz łyżka do serwowania,

poz. 42 zestaw do przypraw Stalgast 362007, wysokość 180 mm – w siwz 170 mm,

poz. 47 kosz na śmieci Stalgast 68120, wysokość 69 cm, średnica 51 cm, poj. 120 litrów – w siwz wymagano 61 cm, 49 cm, 80 litrów,

poz. 78 chochla Hendi 540305, poj. 0,125 l, długość 330 mm – w siwz 0,1 l, 330 mm.

W wymienionych pozycjach specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał:

poz. 27. szklanka: bez zdobień, szkło przezroczyste, nie matowe, przeznaczone do mycia w zmywarce, element z zestawu stanowiącego całość; Pasabahce szkło gastronomiczne lub równoważne; pojemność 0,185 l, średnica 69 mm, wysokość 80 mm,

poz. 38. łyżka do serwowania mięs wykonana ze stali nierdzewnej 18/10, długość 315 mm,

poz. 42. zestaw do przypraw z 5 elementów: solniczka, pieprzniczka, pojemnik na wykałaczki, 2 karafki, wysokość H 170 mm,

poz. 47. kosz z tworzywa sztucznego na śmieci z pokrywą uchylną; wysokość (mm): 610, średnica (mm): 490, pojemność:(l): 80,

poz. 78 chochla wykonana ze stali nierdzewnej; średnica 80 mm, długość 330 mm, pojemność 0,1 l.

Odwołujący w ofercie zaoferował asortyment jak wskazano w protokole nr 4 z posiedzenia komisji przetargowej podając nazwę producenta oraz numer katalogowy produktu.

Podczas rozprawy odwołujący wyjaśnił, że błędy w przywołaniu numerów katalogowych dotyczą pozycji 38. i 47. W pozycji 38. został powtórzony nr katalogowy z poz. 37., tj. 420022, a powinien być nr 420032. Pierwsza pozycja dotyczy widelca, a druga łyżki z tej samej serii.

W poz. 47 odwołujący podał nr katalogowy 068120 dotyczący kosza na śmieci o pojemności 120 l zamiast numeru 068080 dotyczącego kosza o pojemności 80 l, natomiast został podany prawidłowy symbol dotyczący pokrywy uchylnej do kosza o pojemności 80 l.

W poz. 27. został podany produkt równoważny, wysokość szklanki jest wyższa, ale pojemność taka sama.

W poz. 42. został zaoferowany zestaw o 1 cm wyższy niż wskazany przez zamawiającego, jednak jest to produkt równoważny.

W poz. 78. długość i średnica chochli jest taka jak wymagana, jednak różni się pojemnością – 0,125 l, a nie 0,1 l; jest to chochla równoważna do wymaganej.

Wobec powyżej ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego.

Na wstępie Izba stwierdza, iż w jej ocenie opis przedmiotu zamówienia został sporządzony wadliwie z tej przyczyny, że zamawiający w sposób nielogiczny i nieuzasadniony – a także niepraktyczny – podał bardzo dokładne wymiary produktów, co do milimetra, bez pozostawienia pewnej elastyczności wymagań (np. podania przedziału wymiarów od-do albo samej pojemności). W konsekwencji spowodowało to odrzucenie wszystkich ośmiu złożonych ofert.

Jednak wraz z upływem terminu składania ofert takie warunki przetargu zostały „przybite” i muszą zostać one dotrzymane. Tym samym, skoro zamawiający wymagał szklanki o wysokości 80 mm, to – jakkolwiek nie byłoby to absurdalne – zgodnie z warunkami przetargu nie może mieć ona 79 mm ani 81 mm, czy 84 mm wysokości. Tym samym w takich przypadkach zamawiający musi odrzucić ofertę wykonawcy.

Takiej wady oferty nie da się bowiem „naprawić” poprzez wyjaśnienia wykonawcy czy „poprawienie omyłki”, lecz należałoby zmienić przedmiot oferty, czyli zaoferować inną szklankę o wysokości dokładnie 80 mm – co w oczywisty sposób jest niedopuszczalne.

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje wprost, że w toku badania i oceny ofert zamawiający co prawda może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednak niedopuszczalne jest prowadzenie jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, oprócz przypadków wskazanych w ust. 1a i 2 art. 87.

Ustępie 1a dotyczy jedynie postępowań prowadzonych w trybie dialogu konkurencyjnego. W ustępie 2. wskazano na: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Należy jednak zgodzić się z zamawiającym, że zmianę przedmiotu zamówienia, np. zaoferowaną szklankę na inną, należy uznać za zmianę wykraczającą poza zakres zmiany (czy raczej: korekty) oferty dopuszczony art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (także punktu 3.).

Okoliczności te dotyczą wszystkich pozycji wskazanych przez zamawiającego, za wyjątkiem ewentualnie pozycji 38.

W stosunku do tej pozycji odwołujący wskazał, iż omyłkowo przywołał nr katalogowy z poz. 37., tj. 420022 zamiast 420032. W pozycji tej, po wyjaśnieniu istoty błędu, dopuszczalne byłoby skorygowanie numeru katalogu, bowiem rzeczywiście można uznać, że nastąpiła omyłka pisarska w przywołaniu numeru katalogu (jedna błędna cyfra), a wykonawca w oczywisty sposób nie zamierzał zaoferować widelca zamiast łyżki, która figurowała w opisie pozycji. Co istotne też – w opisie pozycji figurowała łyżka, a nie widelec, zatem nie ma wątpliwości, że błędny jest numer katalogowy.

Jednak poprawki takiej, w ocenie Izby, nie można już dokonać w stosunku do poz. 47., w której odwołujący również podał, jak twierdzi, nieprawidłowy numer katalogowy 068120 zamiast 068080. Jednak oba te numery katalogowe dotyczą koszy na śmieci, z tym, że tylko jeden ma pojemność wymaganą przez zamawiającego. O ile więc w poz. 38. można mówić o omyłce pisarskiej polegającej na wpisaniu jednej błędnej cyfry, o tyle w poz. 47. byłaby to już zmiana produktu – gdyż w ofercie oferowany produkt był identyfikowany wyłącznie poprzez wskazaną przez wykonawcę nazwę producenta oraz numer katalogowy.

W niniejszym przypadku nie można także mówić o oferowaniu produktów równoważnych. O równoważności ustawa Prawo zamówień publicznych mówi w dwóch przypadkach – art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 4 i 5.

Art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Art. 30 ust. 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy sytuacji, w których zamawiający opisuje przedmiot zamówienia odnosząc się do Polskich Norm, norm europejskich, norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy itd. W takim przypadku zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, np. normy amerykańskie, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone normami polskimi czy europejskimi.

Żadna z tych sytuacji nie ma miejsca w niniejszym sporze. Nie dotyczy on bowiem zastosowania Polskich Norm czy norm europejskich.

Zamawiający nie podał także wymagań – w spornym zakresie – powołując się na znaki towarowe, patenty czy pochodzenie (czyli podając markę produktu). Ofertę równoważną



zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca mógłby złożyć, gdyby zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał np. szklanka Pasabahce o numerze katalogowym xxxxx albo chochla Hendi o numerze katalogowym 540305.

Jednak zamawiający wskazał (bardzo) konkretne wymagania co do parametrów, czyli wysokość, szerokość, pojemność itd. A wobec podanych wymiarów wykonawca nie może wskazać parametrów „równoważnych” czy „zamiennych”, a nawet według siebie „lepszych”.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 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).

**Przewodniczący:** .....