

Sygn. akt KIO 278/17

WYROK

z dnia 28 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2017 r. przez wykonawcę **T.D. Spółka Jawna, (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Podlaskie, Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego, ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **T.D. Spółka Jawna, (...)**

i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T.D. Spółka Jawna, (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265 i 1579**) 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 Województwo Podlaskie, Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego, ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawę mebli do pomieszczeń Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego w Białymstoku«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 05.12.2016 r. pod nrem 359118 – 2016.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265 i 1579) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 7.02.2017 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa P.-H. D. J.P.B.;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy T.D. Spółka Jawna, (...), gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca T.D. Spółka Jawna, (...), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 13.02.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania zamówieniowego w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezprawne odrzucenie oferty wykonawcy T.D. s.j. (...) [dalej wykonawca T.] jako nieodpowiadającej treści SIWZ oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa P.-H. D. J.P.B. [dalej wykonawca D.], która to oferta nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wykonawcy T., czego bezpośrednim skutkiem było odrzucenie oferty wykonawcy T. jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy D., jako oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert oraz wskazanie oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego.

Argumentacja odwołującego

1. Zamawiający pismem z 7.02.2017 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zadaniu nr 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uzasadniając, że w przypadku poz. nr 6 z załącznika nr 3.2 do SIWZ („F.rz cenowy” – obowiązkowo dołączany do oferty) odwołujący w swojej ofercie wskazał na producenta i serię produktów, nie wskazując konkretnego modelu fotela. Wymaganiem zamawiającego wobec wykonawców było zaś zaoferowanie konkretnego, zdefiniowanego produktu.

Zgodnie z OPZ dla fotela określonego w poz. nr 6 załącznika nr 1.2 do SIWZ (OPZ), wymagane było zapewnienie dostawy fotela posiadającego stelaż w kolorze metalik. W związku z tym, że oferowany przez producenta N.S. Sp. z o.o. standardowy fotel F. S. chrom posiada stelaż w kolorze chrom, odwołujący przygotowując ofertę do zamawiającego, uzyskał indywidualną ofertę od producenta N.S. Sp. z o.o. w zakresie możliwości wyprodukowania fotela oznaczonego katalogowo jako F. S. chrom z kolorem stelaża metalik.

Odwołujący celowo w swojej ofercie w poz. nr 6 z załącznika nr 3.2 do SIWZ, wskazał jedynie nazwę serii foteli „F.” z kolekcji producent N.S. Sp. z o.o., gdyż użycie nazwy katalogowej F. S. chrom, wskazywałoby na produkt nie spełniający wymagań zawartych w OPZ. Oferowany przez odwołującego produkt zostanie wykonany przez producenta N.S. Sp. z o.o. na indywidualne zamówienie, co oznacza, że nie posiada numeru katalogowego producenta z racji zastosowania stelaża w innym kolorze niż standardowy. Informacje te zamawiający, zanim podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, powinien był uzyskać w toku przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp procedury wyjaśnienia treści oferty złożonej przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający nie wymagał od wykonawców dostarczenia opisów parametrów technicznych oferowanych produktów, ograniczając się jedynie do konieczności wskazania w ofercie nazw producenta i numeru produktu, nie sposób sobie wyobrazić możliwości rzetelnej weryfikacji ofert wykonawców, w przypadku wątpliwości do zgodności treści ofert z treścią SIWZ bez konieczności przedstawienia wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie. Tym bardziej, gdy niektóre wymogi z opisu zamawiającego mogą mieć charakter indywidualny lub może również dojść do oferowania wyrobów producentów, którzy nie stosują nazw czy też numerów katalogowych swoich produktów.

2. W odniesieniu do niezgodności oferty wykonawcy D. z treścią SIWZ – wykonawca ten w poz. nr 6 z załącznika nr 3.2 do SIWZ („Formularz cenowy” – obowiązkowo dołączany do oferty) zaoferował fotel producenta N.S. F. S., który tak jak odwołujący wskazywał jest produkowany na stelażu w kolorze chrom, co nie jest zgodne z wymaganiami zamawiającego w tym zakresie. Tym samym zamawiający powinien był odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ofertę wykonawcy D., która nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 10.02.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 13.02.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

14.02.2017 r. wykonawca T.S. Sp. z o.o. z siedzibą w W., (...) złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po bez podania strony do której przystępuje, czyli bez spełnienia przesłanek wniesienia przystąpienia do odwołania – art. 185 ust. 2 Pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 23.02.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli – w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp. W art. 180 ust. 2 Pzp wskazano, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, tak jak w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym, cyt.: »odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2)

określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty».

Dlatego zarzut nr 1 oraz druga część zarzutu nr 2 nie mieszczą się w zamkniętym katalogu czynności określonych w art. 180 ust. 2 Pzp, gdyż dotyczą naruszenia zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp (zarzut nr 1) oraz zaniechania odrzucenia innego wykonawcy (druga część zarzutu nr 2).

Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której w odniesieniu do rozpoznawanych zarzutów odwołujący i zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez odwołującego:

dowód 1 pismo z 21.02.2017 r. producenta N.S. na okoliczność możliwości przygotowania przez producenta N.S. na indywidualne zamówienie odwołującego fotela z rodziny F. w wyposażonego w stelaż koloru metali i oświadczenie producenta N.S., że żaden inny wykonawca nie zwracał się do niego z takim zapytaniem oraz

dowód 2 karta produktu fotela F. producenta N.S. na okoliczność, że fotel będący w standardowej ofercie posiada stelaż koloru chrom, a nie koloru metali.

Izba wzięła też pod uwagę odpowiedź na odwołanie udzieloną przez zamawiającego i załączony do niej wydruk z wyciągu ze Słownika języka polskiego dotyczący wyrazu »metali«.

W ocenie Izby, pierwsza część zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego wykonawcy T. jako nieodpowiadającej treści SIWZ oraz zarzut trzeci naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty odwołującego wykonawcy T., czego bezpośrednim skutkiem było odrzucenie oferty odwołującego wykonawcy T. jako nieodpowiadającej treści SIWZ – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający w SIWZ wymagał cyt.: »stelaż metali« (zał. nr 1.2 do SIWZ poz. 6), czyli zgodnie z wykazaniem w odpowiedzi na odwołanie znaczeniem słowa

metalik, jako mający srebrzystą barwę, połyskliwy jak metal. Izba stwierdza, że nawet w »Słowniku języka polskiego« PWN z 2015 r. nie ma tego wyrazu. Jednak znaczenie to jest obecnie na tyle popularne, że nie wymaga bliższego tłumaczenia, ale w razie niepewności wykonawca mógł składać zapytanie do zamawiającego, zgodnie z art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. Przepis art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp brzmi »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Jednak odwołujący nie złożył takiego zapytania w celu doprecyzowania znaczenia tego wyrazu użytego w SIWZ, a także nie złożył takiego zapytania żaden inny wykonawca. Dlatego należy znaczenie tego słowa brać zgodnie ze znaczeniem słownikowym, wykazanym przez zamawiającego, które to znaczenie przedstawił zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie, cyt. »lakier w kolorze metalik (mający srebrzystą barwę, połyskliwy jak metal); metallic, metallic«.

Ponadto odwołujący – mimo takiego wymagania w SIWZ – w kolumnie 6 oferty »Producent i nr produktu« wskazał tylko producenta i nazwę N.S., fotel F., bez doprecyzowania konkretnego przedmiotu.

Późniejsze tłumaczenia w odwołaniu i na rozprawie, że odwołujący zamierzał zamówić ten fotel indywidualnie i dlatego fotel nie ma numerów produktu nie mogą być uwzględnione. Wykonawca musi opracować ofertę z należytą starannością i nie może oczekiwać, że zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia treści oferty czy uzupełnienia oferty, jak to stwierdził odwołujący cyt. z protokołu »Gdyby Zamawiający wystąpił wcześniej – przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej – do odwołującego o doprecyzowania oferty, to uzyskałby wcześniejszą odpowiedź i wcześniejsze potwierdzenie spełniania wymogów przez Odwołującego«.

Ale nawet w dowodzie nr 1 wystawca dokumentu (producent oferowanych foteli) nie stwierdził, że udzielał jakichkolwiek informacji przed upływem terminu składania ofert jakiegokolwiek wykonawcy, a w tym odwołującemu.

Dlatego, zdaniem Izby, skoro w treści oferty odwołujący nie podał numeru produktu, to zamawiający słusznie przyjął, że odwołujący zaoferował linię produktów, a nie konkretny fotel, którego wymagał zamawiający. Z tego względu nieodrzućenie oferty odwołującego powodowałoby, że zamawiający nie miałby pewności co mu dostarczy odwołujący. Z tych względów zamawiający nie był zobligowany do żądania wyjaśnień od odwołującego, a także miał obowiązek odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż oferta nie wskazywała konkretnego produktu, którego to wskazania wymagał zamawiający. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Dlatego w ocenie Izby, pierwsza część zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ oraz zarzut trzeci naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty odwołującego – nie mogą zostać uwzględnione.

Ponadto zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz druga część zarzutu drugiego zaniechania wezwania do wyjaśnień oferty przystępującego do postępowania odwoławczego na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp nie mogą być rozpoznane, co zostało opisane wyżej.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: