

Sygn. akt: KIO 1673/16

**WYROK
z dnia 21 września 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2016 r. przez Odwołującego: B.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „NET – COM” B.K., ul. Pomorska 9/17, 10-699 Olsztyn w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Kuratorium Oświaty w Olsztynie, ul. J. Piłsudskiego 7/9, 10-959 Olsztyn

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: B.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „NET – COM” B.K., ul. Pomorska 9/17, 10-699 Olsztyn i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: B.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „NET – COM” B.K., ul. Pomorska 9/17, 10-699 Olsztyn tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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 Olsztynie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Kuratorium Oświaty w Olsztynie, ul. J. Piłsudskiego 7/9, 10-959 Olsztyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego i biurowego dla Kuratorium Oświaty w Olsztynie.

W dniu 2 września 2016 r. Odwołujący: B.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „NET – COM” B.K., ul. Pomorska 9/17, 10-699 Olsztyn powziął informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę: Artech z/s w Dobrym Mieście.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 7 września 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż w toku badania i oceny ofert Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, będącą jedną z trzech ofert złożonych w postępowaniu w ramach części czwartej.

Tym samym stwierdził, że Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, to jest naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ,

2) art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, co w konsekwencji nie pozwala na jakąkolwiek ocenę czy zachodzi przesłanka odrzucenia oferty wymieniona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a ponadto prowadzi do uznania, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania, oceny ofert na skutek, której odrzucono ofertę Odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że czynność Zamawiającego w tym zakresie jest niezgodna z przepisami prawa, bowiem zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zarzucił, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach.

Wskazał, że Zamawiający, odrzucając ofertę zamawiającego dopuścił się naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem w najmniejszym stopniu nie uzasadnił decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo że przepis ten nakłada na niego taki obowiązek, zaś minimum w tym zakresie stanowi podanie powodów odrzucenia ze wskazaniem podstawy faktycznej i prawnej.

Według Odwołującego nie czyni zadość temu obowiązkowi jedynie wskazanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiącego, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołującemu podniósł, że nie jest mu wiadomym, na czym niezgodność ta polega, stąd też nie ma on możliwości podjęcia w tej kwestii jakiegokolwiek stosownej polemiki, a zatem zamawiający nie dochował obowiązku rzetelnego i precyzyjnego poinformowania Odwołującego o podstawie podjętej przez siebie decyzji, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego - Zamawiający naruszył również art. 7 ustawy Pzp odnoszący się do zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Podkreślił przy tym, że na podstawie uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie we wnoszonym odwołaniu, co jest niemożliwe

lub znacznie utrudnione przy braku należytej i precyzyjnej informacji ze strony zamawiającego.

Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający dopuścił się także – według Odwołującego - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, gdyż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada, między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania, wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem przepisu art. 87 ustawy Pzp, czego przy braku wskazania powodów odrzucenia nie można w żaden sposób stwierdzić.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 1 września 2016r., zawiadomienia o wynikach postępowania przetargowego z dnia 2 września 2016r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 8 września 2015r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp niemającego wpływu na wynik postępowania i w pozostałym zakresie nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutu braku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego Izba, w sposób niebudzący wątpliwości, uznała ten zarzut za umotywowany, bowiem Zamawiający w zawiadomieniu o wynikach postępowania przetargowego z dnia 2

września 2016r. wskazał jedynie podstawę prawną do dokonanej czynności, tj. przepis art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp., nie podając uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Takie wskazanie Zamawiającego – według zapatrywania Izby – nie czyni zadość przepisowi art. 92 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wobec powyższego należało przyjąć, że doszło do naruszenie przez Zamawiającego powołanego wyżej przepisu prawa.

Jednak wymaga zauważenia, że samo naruszenie normy prawnej w przetargu nie decyduje o możliwości uwzględnienia odwołania.

Stosownie do przepisu art.192 ust.2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby powyższe naruszenie prawa nie miało wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik przedmiotowego przetargu.

Z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 8 września 2015r. i z protokołu Komisji Przetargowej z dnia 1 września 2016r.wynika, że przyczyną, dla której została odrzucona oferta Odwołującego na część 4 było przygotowanie oferty w języku angielskim, czyli sprzecznie z zapisem rozdziału X pkt. 3 SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący przy ofercie na stronach od 8 do 15 złożył dokumenty do zaoferowanego sprzętu Ineo + 308 i Ineo 227 w języku angielskim.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że zgodnie z rozdziałem X ust.1 pkt. 1 opisu sposobu przygotowania ofert oferta musiała zawierać wypełniony formularz oferty – załącznik nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia, z dołączonym opisem przedmiotu zamówienia, podając dokładne parametry techniczne oferowanego urządzenia, zaś w myśl ust.2 pkt. 3 tego rozdziału ofertę należało przygotować w języku polskim,...

Ostatecznie Izba stwierdziła, że Zamawiający w rozdziale VI – wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania Warunków

udziału w postępowaniu...nie wymagał złożenia dokumentu, o którym mowa w art.25 ust.1 pkt. 2 potwierdzającego spełnianie przez oferowaną dostawę wymagań określonych przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie złożył w języku polskim oświadczenia opisującego przedmiot zamówienia z podaniem dokładnych parametrów technicznych oferowanego urządzenia w wykonaniu wymagania określonego przez Zamawiającego w rozdziale X ust.1 pkt. 1 i ust.2 pkt. 3 SIWZ.

Jednocześnie Izba nie mogła się przychylić do zaprezentowanego przez Odwołującego stanowiska, że powyższe oświadczenie mogło zostać uzupełnione w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, jako, że Zamawiający nie żądał od wykonawców dokumentów na potwierdzenie spełniania przez oferowaną dostawę wymagań określonych przez Zamawiającego.

Uznając zatem, że załączone przez Odwołującego dokumenty w języku angielskim stanowiły merytoryczną treść oferty Izba uznała, że zachodzi jej sprzeczność z wymaganiami rozdziału X ust.1 pkt. 1 i ust.2 pkt. 3 SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....