

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2014 roku przez wykonawcę **J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe AGRO-BUD z siedzibą w Starachowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pomocy Społecznej w Zgórsku,**

przy udziale wykonawcy **P..... H..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Heinrich-Investment z siedzibą w Kielcach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe AGRO-BUD z siedzibą w Starachowicach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe AGRO-BUD z siedzibą w Starachowicach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Usługowo - Handlowe AGRO-BUD z siedzibą**

w Starachowicach na rzecz **Domu Pomocy Społecznej w Zgórsku** kwotę 3 846 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset czterdzieści sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Kielcach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 25 marca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 3 i 4 oraz art. 180 ust 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. - dalej zwana „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca J..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe AGRO-BUD J..... S..... z siedzibą w Starachowicach (dalej zwany „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie budowy boiska wielofunkcyjnego o sztucznej nawierzchni wraz ze ścieżką zdrowia i terenowymi urządzeniami do kinezyterapii z dostosowaniem wewnętrznych ciągów komunikacyjnych na terenie Domu Pomocy Społecznej w Zgórsku realizowane jest w ramach Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy i prowadzone przez Zamawiającego Dom Pomocy Społecznej w Zgórsku. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono pod numerem 29236 - 2014; w dniu 27 stycznia 2014 roku. Odwołanie złożone w siedzibie Izby w dniu 25 marca 2014 r., spełnia ono wymagania określone w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołanie wniesiono na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, o czym Odwołujący został powiadomiony pismem z dnia 21 marca 2014 roku.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, która stanowiła zarzut pierwotnego odwołania Odwołującego, w całości uznanego przez Zamawiającego, w postępowaniu sygn. KIO 448/14;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowania i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu;
4. z ostrożności procesowej (ewentualnie - w przypadku uznania, że Zamawiający skutecznie zmienił SIWZ) - naruszenia art. 12, 12a i art. 38 ust. 4a ustawy Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania i brak zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w zakresie objętym zmianą SIWZ

Wnoszono o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a także przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania przedłożonej na rozprawie przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający w dniu 21 marca 2014r. przekazał Odwołującemu faksem informację o wyniku postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej (Powtórzona informacja o wynikach). Odwołujący został powiadomiony o odrzuceniu jego oferty z powołaniem się na przyczynę w postaci nie spełnienia przez ofertę Odwołującego wymagań postawionych w SIWZ tj. załączone do oferty karty techniczne nie zostały uzupełnione zgodnie z wymaganiami, karty uzupełnione nie można przypisać wprost do zaoferowanego urządzenia, które ma być zamontowane, niezgodność karty technicznej z wymogami Zamawiającego.

Odrzucenie oferty przez Zamawiającego nastąpiło na tej samej podstawie faktycznej (brak karty technicznej, niezgodności karty technicznej z wymaganiami Zamawiającego) i tej samej podstawie prawnej (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) co odrzucenie oferty Odwołującego dokonane przez Zamawiającego pismem z dnia 5 marca 2014r. Powyższe odrzucenie stało się podstawą odwołania wniesionego w dniu 10 marca 2014r. Odwołujący oparł odwołanie na 2 zarzutach naruszenia:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez niewłaściwe zastosowania i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o wymóg przedstawienia kart technicznych urządzeń pomimo braku zawarcia takiego obowiązku z SIWZ,
- art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust 3 ustawy poprzez niewłaściwe zastosowania i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego poprzez przyjęcie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 17 marca 2014r. Zamawiający, „po zapoznaniu się z treścią odwołania i przedstawionym uzasadnieniem uznał odwołanie za zasadne”. W konsekwencji KIO postanowieniem z dnia 18 marca 2014r. umorzyła postępowanie na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy wskazując jednocześnie, że zgodnie z powołanym przepisem w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem odwołania.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż według przyznanej przez Zamawiającego punktacji jego oferta pierwotnie znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert, a oferta najkorzystniejsza została odrzucona przez Zamawiającego. Aktualnie z uwagi na podtrzymanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu najkorzystniejszej oferty, oferta Odwołującego jest najniższa i najkorzystniejsza w prowadzonym postępowaniu. W przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany dokonać wyboru oferty Odwołującego, który uzyska tym samym zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w postaci utraty zysku jaki zakładał z uzyskania zamówienia, a także niemożności zwrotu kosztów przygotowania oferty.

Odwołujący nie zgadza się z zarzutami Zamawiającego, jego decyzją o odrzuceniu oferty i uzasadnieniem odrzucenia.

1.

Ponowne odrzucenie oferty przez Zamawiającego na tej samej podstawie, która została zaskarżona przez Odwołującego w postępowaniu KIO 448/14 narusza art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający uznał w całości oba zarzuty Odwołującego zawarte w odwołaniu z dnia 10 marca 2014r. i w konsekwencji doprowadził do umorzenia postępowania. Następnie Zamawiający dokonał ponownej oceny oferty Odwołującego i w jej rezultacie, z tej samej przyczyny, ponownie odrzucił jego ofertę.

Odwołujący nie kwestionuje powoływanych przez Zamawiającego orzeczeń KIO dotyczących obowiązków wynikających z zastosowania art. 186 ust. 2 ustawy. W ocenie Odwołującego żadne ze wskazanych orzeczeń nie dotyczy stanu faktycznego i prawnego jaki wystąpił w przedmiotowej sprawie. W konsekwencji nie jest właściwe stosowanie wprost też tych orzeczeń w celu poparcia decyzji o ponownym odrzuceniu oferty. Jednocześnie treść art. 186 ust. 2 oraz jego wykładnia, dokonywana również z uwzględnieniem cytowanych przez Zamawiającego orzeczeń, przeczy dopuszczalności odrzucenia oferty ponownie z tej samej przyczyny, która została uznana za dokonaną niezgodnie z prawem co dało asumpt do uznania za zasadny zarzutu Odwołującego. W przedmiotowej sprawie, skoro Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania dotyczący braku podstaw do żądania złożenia kart technicznych urządzeń, to niezgodne z art. 186 ust. 2 ustawy jest ponowne odrzucenie oferty oparte na podstawie w oczywisty sposób sprzecznej z oświadczeniem uznania tj. poprzez ponowne zarzuty niezłożenia czy też złożenia nieprawidłowych kart technicznych. Odmierna interpretacja prowadzi do wniosku, że Zamawiający mógłby wielokrotnie ponawiać uznanie tego samego zarzutu unikając merytorycznego rozstrzygnięcia i wielokrotnie z tej samej przyczyny odrzucać ofertę wykonawcy.

Podkreślić należy, że Zamawiający nie tylko był świadomy ale i okoliczność braku zgodności karty technicznej oraz nieprzedstawienie jednej karty technicznej uczynił podstawą do pierwotnego odrzucenia oferty Odwołującego pismem z dnia 5 marca 2014r. W konsekwencji, Zamawiający najpierw (17 marca 2014r.) uznał zarzut Odwołującego a następnie (21 marca 2014r.) ponownie, wbrew wcześniejszemu uznaniu, w/w okoliczność uczynił podstawą odrzucenia oferty. Uznać zatem należy, iż po uznaniu poprzedniego odwołania przez Zamawiającego nie jest możliwe dokonanie ponownego odrzucenia z powołaniem z tych samych podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia. Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, jeśli zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, to zobowiązany jest po umorzeniu postępowania odwoławczego do wykonania w postępowaniu czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie zamawiającego narusza prawo. W konsekwencji treść oświadczenia zamawiającego zawartego

w odpowiedzi na odwołanie należy oceniać z perspektywy jego konsekwencji dla postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazać należy, iż jeżeli Zamawiający nie miał zamiaru wykonać wszystkich czynności zawartych w poprzednim odwołaniu, nie powinien uwzględniać zarzutów odwołań, lecz winien wdać się w spór odnośnie żądań, których nie miał zamiaru uwzględniać. Skoro tego nie uczynił, to jest to działanie z naruszeniem ustawy. Dodatkowo również w zakresie postępowania dowodowego prowadzonego w toku postępowania przed KIO fakt uznania wszystkich racji odwołującego poprzez uznanie poprzedniego odwołania w całości przesądza o fakcie uznania roszczeń odwołującego.

2.

Odwołujący podtrzymał zdanie, że jego oferta została sporządzona na podstawie i zgodnie z warunkami Ogłoszenia i SIWZ. Zamawiający w ogłoszeniu, SIWZ oraz w załącznikach do niej nie zawarł obowiązku przedłożenia dokumentów (karty technicznej), których brak stał się podstawą dwukrotnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z pkt. IV SIWZ [Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków] Wykonawca zobowiązany jest złożyć pisemną i podpisaną przez uprawnionego przedstawiciela ofertę na druku przygotowanym przez Zamawiającego (załącznik nr 1). Zakazano zmiany w treści przygotowanego przez Zamawiającego druku formularza oferty. Ofertę należało przygotować zgodnie z wymogami pkt X specyfikacji. Do oferty należało załączyć wszystkie wyszczególnione na druku oferty załączniki. Treść druku oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) nie zawierała informacji o obowiązku przedłożenia karty technicznej urządzeń. Brak również wskazania takiej informacji w „wyszczególnionych na druku oferty załącznikach”. Zgodnie z pkt. X SIWZ [Opis sposobu przygotowania ofert] oferta miała być sporządzona na formularzu oferty stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ wraz z przyporządkowanymi im załącznikami: kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z przedmiarem robót, oświadczenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 (załącznik nr 2) oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 (załącznik nr 3), oświadczenie dotyczące grupy kapitałowej z art. 26 ust. 2d PZP, klauzulę antykorupcyjną (załącznik nr 5), inne dokumenty wymienione w pkt VI niniejszej specyfikacji w formie oryginału lub poświadczonych z zgodność przez Wykonawcę kserokopii. Zgodnie z treścią pkt. VI SIWZ [Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu] brak jest informacji o obowiązku przedłożenia przez Wykonawców karty technicznej urządzeń. Zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający przewidział następujące Załączniki do niej:

Wykaz załączników do specyfikacji:

Nr 1- Oferta (wzór)

Nr 2- Oświadczenie Wykonawcy (wzór)

Nr 3 - Oświadczenie Wykonawcy (wzór)

Nr 4- Wykaz urzędzeń do rehabilitacji i zabawy Nr 5 - Klauzula antykorupcyjna Nr 6 - Umowa (wzór)

Nr 7 - projekt budowlany, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, przedmiary.

Żaden z powołanych załączników nie zawiera wymogu przedłożenia karty technicznej urzędzeń.

Zgodnie z art. 36 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp wszelkie dokumenty i oświadczenia wymagane w toku postępowania od wykonawców muszą być wskazane w treści SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu żaden z pkt SIWZ nie przewidywał obowiązku przedłożenia kart technicznych. Także w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym brak jest wymogu przedłożenia jakichkolwiek kart technicznych. Gdyby istotnie zamawiający zamierzał żądać kart technicznych na etapie składania ofert, to wymóg w tym zakresie musiałby znaleźć się w pkt III.5 ogłoszenia o zamówieniu zatytułowanym Informacje o dokumentach potwierdzających że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom - zał. Nr 1 do Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 stycznia 2010 r. (Dz.U. Nr 12, poz. 69). W przedmiotowym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu takiego punktu - 111.5 - w ogóle nie zawiera. Z tych względów ponad wszelką wątpliwość uznać należy, iż zamawiający także w ogłoszeniu o zamówieniu nie żądał przedłożenia kart technicznych.

3.

Dokument, na który aktualnie powołuje się Zamawiający i który został przez niego (nie wiadomo w jakiej dacie) zamieszczony na stronie www nie stanowi żadnej zmiany SIWZ - jak to twierdzi Zamawiający. Wynika to w szczególności z faktu, iż nie jest on zatytułowany „zmiana do SIWZ”. Dodatkowo pismo to nie określone jako Załącznik do SIWZ, nie zostało opatrzone kolejnym numerem, jakie posiadają Załączniki do SIWZ. Dokument w swojej treści nie odwołuje się nawet do przedmiotowego zamówienia, nie odwołuje się do SIWZ lub Ogłoszenia, nie zawiera wzmianki z jaką dokumentacją ma on być powiązany.

Przepisy ustawy nie wskazują ściśle jak ma brzmieć informacja o zmianie SIWZ lecz oczywistym pozostaje, iż informacja o zmianach musi być jasna i precyzyjna. Zmiana treści SIWZ nie wymaga szczególnej formy lub trybu jej dokonania, jednak w przeciwieństwie do wyjaśnień treści SIWZ powinna polegać na zastąpieniu pewnej informacji inną, wykreśleniu informacji czy dodaniu informacji, która nie znalazła się w pierwotnej wersji SIWZ. Z całą pewnością za zmianę SIWZ nie można uznać zamieszczenie na stronie zamawiającego pliku o wymaganiach dot. urzędzeń na palcu zabaw, z którego w żaden sposób nie wynika, iż wprowadza on zmiany w zapisach SIWZ.

Nadto zgodnie z art. 38 ust 4a ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Ponad wszelką wątpliwość zmiana SIWZ poprzez zażądanie nowych dokumentów wymagałaby zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z art. 12 ust 4 ustawy Pzp ogłoszenie zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający może zmienić, zamieszczając w Biuletynie ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, zawierające w szczególności datę zamieszczenia zmienianego ogłoszenia i jego numer. Dodatkowo zgodnie z art. 12a ust 3 ustawy Pzp Zamawiający niezwłocznie po zamieszczeniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub jej przekazaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zamieszcza informację o zmianach w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dokonał żadnej zmiany ogłoszenia. Tym samym ponad wszelką wątpliwość nigdy zamawiający nie wprowadził w ogłoszeniu obowiązku przedłożenia kart technicznych.

4.

Z uwagi na fakt, iż w ocenie Odwołującego także zapisy SIWZ nie zostały przez zamawiającego zmienione i nie wprowadzono obowiązku przedkładania kart technicznych; to jednak z ostrożności procesowej - na wypadek uznania, że Zamawiający skutecznie zmienił SIWZ - wskazać należy, iż brak wymogu w zakresie kart technicznych w ogłoszeniu o zamówieniu - a tym samym niezgodność w zakresie wymaganych dokumentów i oświadczeń między SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu - powoduje, iż wykonawcy nie byli zobligowani do przedkładania kart technicznych, a w konsekwencji odwołujący nie może ponieść negatywnych konsekwencji odrzucenia jego oferty z uwagi na brak karty, czy jej braki. Stanowisko w powyższym zakresie potwierdza wyrok KIO z dnia 30-11-2011 w sprawie KIO 2487/11. To zamawiający zobowiązany jest do takiego przygotowania postępowania, aby nie było rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ. Tego obowiązku nie może on przerzucać na wykonawcę, tym bardziej że w tzw. postępowaniach podprogowych wykonawcy mogą korzystać ze środków ochrony prawnej w ograniczonym zakresie, a mianowicie wyłącznie w przypadkach enumeratywnie wymienionych w ustawie, wśród których brak jest możliwości kwestionowania treści zarówno ogłoszenia o zamówieniu, jak i treści SIWZ.

W konsekwencji nawet gdyby uznać ewentualnie, że zamawiający dokonał zmiany SIWZ w zakresie żądania kart technicznych, to brak takiego zapisu w ogłoszeniu i brak zmiany ogłoszenia w tym zakresie oznacza, iż Odwołujący nie miał obowiązku przedkładania takich kart technicznych. Zgodnie z treścią ustawy oraz orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej

zamawiający na etapie oceny i badania ofert nie może żądać dokumentów, które nie były wymagane w SIWZ. Tym samym oferta Odwołującego nie może być odrzuconą w sytuacji, gdy nie zawiera dokumentów nie wymaganych w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto działanie Zamawiającego świadczy o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezgodny z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie zapewnił uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy.

5.

Skoro Zamawiający nie zawarł w SIWZ obowiązku dostarczenia kart technicznych urządzeń, gdyż żaden z punktów Specyfikacji nie nakłada na wykonawców takiego obowiązku, to w konsekwencji wezwanie do ich przedłożenia oraz odrzucenie ofert z tej przyczyny było bezpodstawne.

Na marginesie stwierdzić należy, iż również samo wezwanie Zamawiającego do przedłożenia kart technicznych były nieprecyzyjne, gdyż Odwołujący nie mógł z treści wezwania wywnioskować, jakich kart brakuje. Gdyby wezwanie było precyzyjne i jednoznacznie wskazywało brakującą kartę techniczną to Odwołujący - mimo iż żądanie takich dokumentów nie miało podstaw w SIWZ - uzupełniłby ofertę o kartę dotyczącą „zjeżdżalni na skarpie”.

6.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż dokumentacja przetargowa w ogóle nie zawierała parametrów odnośnie „zjeżdżalni na skarpie”. W opisie projektu zawarto sformułowanie „zjeżdżalnia posadowiona na istniejącej skarpie”. W przedmiarze w dwóch pozycjach zamieszczono zapis „Dostawa i montaż zjeżdżalni”. Dodatkowo Zamawiający w wykazie urządzeń nie zamieścił w ogóle pozycji „Zjeżdżalnia na skarpie”. Z powyższych względów - tj. nieprecyzyjnego wezwania Zamawiającego i braku wskazania „zjeżdżalni na skarpie” w wykazie urządzeń załączonym do SIWZ, Odwołujący nie uzupełnił karty technicznej dla tej zjeżdżalni.

Zamawiający parametry urządzeń wskazanych w wykazie urządzeń określił wyłącznie jako „przybliżone”, przy czym w przypadku zjeżdżalni nie wskazał o jaką zjeżdżalnię mu chodzi. Nie posłużył się w tym dokumencie żadną nazwą rodzajową, która pozwalałaby na odniesieni parametrów do danego rodzaju zjeżdżalni.

Nadto wyjaśnić należy, iż załączona przez Odwołującego karta zjeżdżalni „schodkowej” może zostać również montowana na skarpie. Posadowienie takiego urządzenia będzie dostosowywane do warunków terenowych bezpośrednio w trakcie montażu. Dla realizacji tego celu wystarczające jest, aby nie montować drabinki, która pełni funkcje podtrzymujące co nie będzie właśnie konieczne w przedmiotowej inwestycji z uwagi na ukształtowania terenu. Możliwy jest również montaż krótszej drabinki w przypadku gdy

ukształtowania terenu będzie wymagało takiego dostosowania zjeżdżalni. W konsekwencji montaż dotyczy tego samego urządzenia o tych samych cechach technicznych ale z tą różnicą że inne element pełni funkcje podtrzymujące - nie drabinka/schodki ale skarpa terenu.

Ponadto Odwołujący w wyjaśnieniach udzielił informacji, że karty techniczne dla przedmiotowych urządzeń są typowe i że urządzenia można modyfikować, W zakresie „zjeżdżalni schodkowej” Odwołujący przedstawił kartę techniczną w 100% zgodną z wymaganiami z dokumentacji. Jednocześnie posłużył się i zagwarantował pełną zgodność z opisem technicznym producenta preferowanego przez Zamawiającego. Posłużył się w tym zakresie parametrami dostępnymi na stronie preferowanego producenta urządzeń broposz.zz.@interia.pl. Odwołujący nie zamierzał bowiem zaoferować produktów innych - równoważnych , lecz produkty producenta preferowanego przez zamawiającego.

Z tych względów uznano wniesienie odwołania za konieczne.

W dniu 28 marca 2014 roku odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca P..... H..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Heinich - Investment P..... H..... z siedzibą w Kielcach. Wnosił on o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Na rozprawie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Zamawiającego z wykonawcami, pozostałej dokumentacji postępowania, dokumentów złożonych na rozprawie, włączonych w poczet materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania, a także stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, która była najkorzystniejsza cenowo, a dokonanie

wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, co oznaczać może potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

12 lutego 2014 roku Zamawiający w prowadzonym postępowaniu na stronie internetowej zamieścił materiał pt. „Wymagania materiałowe urzędzeń na plac zabaw”. W dokumencie tym, w pkt 3, wprost określono wymóg załączenia do oferty kart technicznych proponowanych urzędzeń celem weryfikacji przedmiotu zamówienia. Termin składania ofert wyznaczono na 17 lutego 2014 roku. W wyniku zamieszczenia dodatkowych informacji Zamawiający nie dokonał w sposób formalny zmiany ogłoszenia o zamówieniu i zmiany SIWZ.

W dniu 10 marca 2014 roku Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu w szczególności naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 17 marca 2014 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Pismem z dnia 21 marca 2014 roku Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, w wyniku której zmienił on decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, natomiast podtrzymał decyzję o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, co wskazuje na konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego następujące okoliczności potwierdzają ową niezgodność:

- Zamawiający w dniu 12 lutego 2014 roku wprowadził modyfikację zapisów SIWZ przez zamieszczenie na stronie internetowej dokumentu o nazwie „Wymagania materiałowe urzędzeń na plac zabaw”. W dokumencie tym, w pkt 3, określono wymóg załączenia do oferty kart technicznych proponowanych urzędzeń celem weryfikacji przedmiotu zamówienia;
- Zamawiający w specyfikacji technicznej (np. str. 57,58,59) określił wykaz urzędzeń, dla których wskazał wymagane parametry i wymiary. Wśród urzędzeń w pozycji 2.2.5. (str. 58) wymieniono zjeżdżalnię montowaną na skarpie, a w pozycji 2.2.5 (str. 59) wskazano zjeżdżalnię. Dla obu określono indywidualne wymagania materiałowe i wymiarowe;
- w dniu 21 lutego 2014 roku, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał do uzupełnienia kart technicznych Odwołującego. W wezwaniu nie określono które karty

należy uzupełnić z uwagi na obowiązek uzupełnienia wszystkich kart. Wykonawca bowiem nie załączył do oferty żadnej karty;

- w wyniku uzupełnienia stwierdzono dwie niezgodności. Pierwsza to nieuzupełnienie karty technicznej dla zjeżdżalni na skarpie oraz druga to uzupełniona karta zjeżdżalni schodkowej, nie spełniająca wymogów, ponieważ nie określono w niej wszystkich wymaganych parametrów. Jedyne określony wymiar, szerokość ślizgu 0,5 m jest mniejszy od wymaganego w SIWZ. Brak pozostałych wymiarów uniemożliwił dokonanie oceny zgodności urządzenia z opisanymi wymaganiami;

- Zamawiający uznał za niemożliwe posłużenie się kartą techniczną zjeżdżalni schodkowej po przerobieniu jej na zjeżdżalnię na skarpie z uwagi na nieokreślone w karcie wymiary urządzenia. Ponadto gdyby wykonawca miał zamiar dokonywania przeróbek urządzenia, winien to wskazać w uzupełnionych dokumentach i określić sposób przeróbki, tak by urządzenie w dalszym ciągu posiadało certyfikację określoną w karcie katalogowej. Montowane mogą być bowiem jedynie urządzenia, które mają stosowne certyfikaty i atesty.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W pierwszej kolejności odnieść należy się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, czy czynności wykonywane przez zamawiających po uwzględnieniu odwołania w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, będą podlegały ponownej kontroli wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. Dostrzeżenia wymaga, że jedynie czynności wykonane zgodnie z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, z pewnością takiej kontroli podlegać nie będą – odwołanie będzie odrzucone na podstawie art. 185 ust. 6 i 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Z całą stanowczością zaznaczyć również należy, iż sytuacja, w której Zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania, skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez Zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że Zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Odstąpienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji bądź też jest niezgodne z prawem.

Zauważyć jednakże należy, że art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowiłoby podstawę do uwzględnienia odwołania. Czynności wykonane przez zamawiającego w sposób inny niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których

uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norma art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom Odwołującego, a skoro tego nie uczynił, to nowe i powtórzone czynności (w części odbiegającej od żądań Odwołującego) podlegają ponownej ocenie przed Izbą, w ramach uprawnień wykonawcy do złożenia nowego środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

W przypadku grupy zarzutów skierowanych w stronę braku dokonania przez Zamawiającego zmiany ogłoszenia o zamówieniu i zmiany SIWZ, w zakresie wymagania dodatkowych dokumentów, to wskazać należy, iż w ocenie składu orzekającego Izby, zamieszczenie w dniu 12 lutego 2014 roku na stronie internetowej WWW Zamawiającego dodatkowego dokumentu określającego wymagania materiałowe urządzeń na place zabaw było skuteczną modyfikacją SIWZ, jednakże modyfikacja ta nie rodziła po stronie zamawiającej obowiązku zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Nie zmienił się w tym przypadku bowiem opis przedmiotu zamówienia, czy też wcześniejsze wymagania Zamawiającego, a jedynie doprecyzowano obowiązki, które nałożone zostały na wykonawców pierwotnym opisem zamówienia, w tym także odnośnie niezbędnych dokumentów. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie każda modyfikacja zapisów SIWZ prowadzi musi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Możliwe są takie zmiany dokumentu SIWZ, które nie skutkują koniecznością umieszczania dodatkowych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu. Dookreślenie wymagań dotyczących zamawianych urządzeń, bez wprowadzania nowych, czy też zmiany istniejących parametrów, w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wymagało publikacji, czy też zmiany w treści druku ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie, bez żadnych wątpliwości, wykonawcy zainteresowani postępowaniem zobowiązani byli do wymogów wynikających z zamieszczonego na stronie internetowej dokumentu się zastosować.

Stąd wniosek Izby, że wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia kart technicznych proponowanych urządzeń było jak najbardziej prawidłowe i musiało mieć miejsce, jest to bowiem obowiązek Zamawiającego. Ponadto, w sytuacji, gdzie wykonawca nie zgadza się z treścią lub w ogóle kwestionuje okoliczność wezwania, istnieje możliwość zanegowania takiej decyzji. Co do precyzyjności wezwania do uzupełnienia, to Odwołujący zdaje się pomijać okoliczność, że w jego ofercie nie zamieszczono żadnej karty. Trudno zatem przypisywać Zamawiającemu lakoniczność

wezwania, jeżeli do sprecyzowania treści wezwania brakowało treści oferty, która mogłaby determinować precyzyjność i formę wezwania do uzupełnienia dokumentów. Jeżeli nie załączono jakichkolwiek dokumentów, to należało wezwać do uzupełnienia tych wszystkich brakujących dokumentów.

Rację należy przyznać Odwołującemu, że w przypadku jakichkolwiek niejasności zapisów SIWZ, interpretacja tych zapisów odbywać musi się z korzyścią dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. W rozpoznawanej sprawie z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia. Zapisy SIWZ nie rodziły żadnych wątpliwości interpretacyjnych, obowiązek załączenia kart technicznych był jasno przez Zamawiającego określony, a zatem konsekwencje niezłączenia do oferty lub też nieuzupełnienia (lub niepełnego uzupełnienia) na wezwanie przedmiotowych dokumentów ponosi wykonawca.

Skoro jak ustalono, Zamawiający był uprawniony do oceny oferty w zakresie zgodności zapisów kart technicznych z wymogami SIWZ, w tym wymaganymi parametrami urządzeń, a złożona w wyniku uzupełnienia karta nie potwierdzała określonych w opisie przedmiotu zamówienia parametrów poszczególnych urządzeń, w tym w szczególności dla zjeżdżalni i zjeżdżalni montowanej na skarpie, to decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za prawidłową.

W opisie przedmiotu zamówienia określono, że zjeżdżalnia ma być konstrukcją stalową, ocynkowaną ogniowo i malowaną, ma posiadać osłony z tworzywa HDPE, ślizg stalowy, nierdzewny lub chromowany. Wymiary określono na: 0,60x30 m, wys. 2,7m; wys. ślizgu 1,5m. W przypadku zjeżdżalni montowanej na skarpie wymiary określono na: 0,70x30 m, wys. 2,7m; wys. ślizgu 2,0m. Nie znalazły zatem potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym tezy Odwołującego, że Zamawiający nie określił parametrów zakupywanych urządzeń. Wymiary, sposób wykonania, montażu i niezbędne materiały wynikały z opisu przedmiotu zamówienia.

Wykonawca w wyniku uzupełnienia złożył jedną kartę techniczną dla zjeżdżalni schodkowej. Z karty wynika, że zjeżdżalnia wykonana jest z elementów stalowych oraz płyt HDPE. Ślizg wykonano z blachy chromowanej o szerokości 500 mm. Wskazano, że w zestawie znajdują się prefabrykaty fundamentowe ułatwiające montaż w gruncie. Urządzenie posiada certyfikat na zgodność z normą PN-EN 1176.

Z porównania wymagań opisanych w SIWZ i zawartych w karcie złożonej przez wykonawcę płynie jednoznaczny wniosek, że oferowany produkt nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego co najmniej w przypadku parametru szerokości ślizgu, którego wartość nie mieści się w wymaganiach dla żadnej ze zjeżdżalni. Ponadto złożona karta nie może się w ocenie Izby odnosić do zjeżdżalni montowanej na skarpie, z powodu innej technologii montażu. Zatem stwierdzić należy, że wykonawca po pierwsze nie uzupełnił karty

technicznej dla zjeżdżalni montowanej na skarpie (żadne bowiem okoliczności nie przemawiają za tym, że złożoną kartę można stosować w przypadku obu typów zjeżdżalni), po drugie zaś złożona karta nie potwierdza parametru szerokości ślizgu dla zjeżdżalni, określonego na 60 cm, podczas gdy zaferowano urządzenie o szerokości ślizgu 50 cm. Tym samym zarzut nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu. W postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, było ono prowadzone z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała zatem, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości wynikającej z faktury przedłożonej do akt sprawy oraz zaliczając koszty dojazdu na posiedzenie przed Izba.

Przewodniczący: