

Sygn. akt: KIO 463/15

POSTANOWIENIE
z dnia 19 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron **w dniu 19 marca 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **09 marca 2015 r.** przez wykonawcę **A. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: A. K. Starpol Meble, ul. Hugona Kołłątaja 110, 24-100 Puławy** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Rzeszowski, al. Rejtana 16 c, 35-959 Rzeszów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: M. A., al. Batalionów Chłopskich 2A, 35-103 Rzeszów** oraz **W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Rzeźnictwo – Wędliniarski W. W., Rynek 25, 36-020 Tyczyn** występujący w postępowaniu jako: **Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c., al. Batalionów Chłopskich 2A, 35-103 Rzeszów** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 463/15 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz A. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: A. K. Starpol Meble, ul. Hugona Kołłątaja 110, 24-100 Puławy kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.**

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 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę i montaż wyposażenia meblowego dla budynków Przyrodniczo Medycznego Centrum Badań Innowacyjnych”, znak sprawy: ZP/UR/151/2014, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 215-380438 dnia 07.11.2014 r., przez Uniwersytet Rzeszowski, al. Rejtana 16 c, 35-959 Rzeszów zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 27.02.2015 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: M. A., al. Batalionów Chłopskich 2A, 35-103 Rzeszów oraz W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Rzeźnicko – Wędliniarski W. W., Rynek 25, 36-020 Tyczyn występujący w postępowaniu jako: Salonu Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c., al. Batalionów Chłopskich 2A, 35-103 Rzeszów zwanego dalej: „Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta: A. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: A. K. Starpol Meble, ul. Hugona Kołłątaja 110, 24-100 Puławy zwana dalej: „A. K. Starpol Meble” albo „Odwołującym”.

W dniu 09.03.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) A. K. Starpol Meble wniosła na podstawie art. 180 ust.1 w zw. z art. 179 ust.1 Pzp odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 09.03.2015 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ppzp, tj. naruszenie:

I - niewykonanie czynności wynikających z uwzględnienia w całości odwołania z 06.02.2015 r.:

1. art. 186 ust. 2 zd. ostatnie Pzp w związku z niewykonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 06.02.2015 r., uwzględnionym w całości przez Zamawiającego w dniu 13.02.2015 r., a na skutek powyższego m.in. naruszenie:

a. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp **w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy** Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c., z uwagi na to, że treść oferty złożonej przez ww. wykonawcę nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia (dalej jako „SIWZ”),

b. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. w sytuacji, gdy oferta ww. wykonawcy winna być uprzednio odrzucona w postępowaniu,

c. zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, tj., niewykonanie czynności, tak jak żądał Odwołujący w poprzednio złożonym odwołaniu, które zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego,

II - niezależne od zarzutów z pkt I naruszenia przepisów Pzp, podnoszone przez Odwołującego z daleko idącej ostrożności procesowej, tj. naruszenie następujących przepisów:

2. art. 26 ust. 3 Pzp, w sytuacji gdy w odniesieniu do oferty nie może być prowadzona procedura uzupełnienia, z uwagi na to, że oferta podlega odrzuceniu, w związku z tym, że Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. zamieścił w ofercie opis wymagań przygotowany przez Zamawiającego, który zawierał różne rozwiązania techniczne, materiałowe oraz zawierał tolerancję wymiarów, zamiast przedstawić dokładny, własny opis oferowanego produktu - tym samym wobec faktu złożenia pierwotnie oferty wariantowej, co było niezgodne z treścią SIWZ,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. z uwagi na to, że treść oferty została w istotny sposób zmieniona (dokonano wyboru wariantu), jak również treść złożonej przez ww. wykonawcę nadal nie odpowiada treści SIWZ,

4. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. w sytuacji, gdy oferta ww. wykonawcy winna być uprzednio odrzucona w postępowaniu;

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. wykonanie czynności wynikających z uwzględnionego w całości odwołania z dnia 06.02.2015 r.,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. jako oferty najkorzystniejszej;

3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia w/w oferty z postępowania;

4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów i wymagań.

Odnośnie niewykonanie czynności wynikający z uwzględnienia w całości odwołania z 06.02.2015 r.: Zamawiający, pismem z 27.01.2015 r. poinformował o pierwszym dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U.

„EURO STYL” s.c. w postępowaniu. W dniu 06.02.2015 r. obecny Odwołujący, złożył na ww. czynność pierwsze odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie:

a. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp **w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy** Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c., **z uwagi na to, że** treść oferty złożonej przez ww. wykonawcę nie odpowiadała treści SIWZ, wskazując na wielowariantowość oferowanych przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. parametrów,

b. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. w sytuacji, gdy oferta ww. wykonawcy winna być uprzednio odrzucona w postępowaniu.

W żądaniach pierwszego odwołania, Odwołujący wskazywał na konieczność odrzucenia oferty Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu pierwszego odwołania, Odwołujący wskazał m.in., że każdy z wykonawców miał obowiązek dołączenia do oferty opisu oferowanego przedmiotu zamówienia i jednocześnie, że wymogu tego nie spełnia - podpisany przez Wykonawcę Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w SIWZ przez Zamawiającego. Powyższe wymaganie i jednocześnie zastrzeżenie Zamawiającego było o tyle istotne, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dopuszczał różne rozwiązania, tolerancję rozmiarową, kolorystykę etc. Wykonawca Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. pomimo wyraźnej informacji w SIWZ, zamieścił w ofercie opis wymagań przygotowany przez Zamawiającego, który zawierał różne rozwiązania techniczne, materiałowe oraz zawierał tolerancję wymiarów, zamiast przedstawić dokładny, własny opis oferowanego produktu - zaoferował więc wielowariantowe rozwiązanie lub też zaoferował kilka rozwiązań, co nie było dopuszczalne, w świetle SIWZ. Nieprawidłowość w takim przedstawieniu oferty, dostrzegali sam Zamawiający, który w korespondencji kierowanej do Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. sprzed złożenia pierwszego odwołania zwracał uwagę, na charakterystyczne sformułowania występujące w opisie przedstawionym przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c., które zasadnie były ujęte w treści SIWZ, natomiast nie powinny mieć miejsca w ofercie tego Wykonawcy. Dotyczy to m.in. sformułowań takich jak: „musi posiadać”, „powinna być zapewniona”, „należy wykonać” etc., które wskazują na niedookreślony i przyszły lub wręcz wariantowy charakter oferty.

Powyższe w sposób wyraźny potwierdzało istnienie nieprawidłowości w treści przygotowanej przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. oferty, które winno skutkować odrzuceniem oferty Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. W konsekwencji, uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania z dnia 06.02.2015 r., w całości, musiało prowadzić do czynności odrzucenia oferty Salon Krzesel

i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. i do dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Tak się jednak nie stało. Zamawiający naruszył przepisy Pzp, w tym względzie i dokonał innych czynności niż przewidziane w odwołaniu, które sam uwzględnił w całości. Zamawiający powtarzając czynność oceny zamiast czynności odrzucenia oferty Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. - jak żądał tego Odwołujący, dokonał wezwania Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentu wymaganego w Rozdziale IV ust. 3 pkt b) Lp. 3 SIWZ - co nie stanowiło przedmiotu zarzutów ani żądań pierwszego odwołania Odwołującego.

Zauważył, jak powszechnie potwierdza to orzecznictwo KIO uregulowana w art. 186 ust. 2 Pzp 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, (tak w wyroku KIO z 4.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2270/11; KIO 2275/11; KIO 2298/11). W konsekwencji, jeśli zamawiający nie ma zamiaru wykonać czynności zawartych w odwołaniach, nie powinien uwzględniać zarzutów odwołań, lecz wdać się w spór z wykonawcami, żądań których nie miał zamiaru uwzględnić. W ww. wyroku dalej zasadnie stwierdzono, iż: *„Skoro zamawiający nie wykonał żadnego z żądań zawartych we wniesionych odwołaniach, lecz dokonał jeszcze innej czynności polegającej na modyfikacji SIWZ w sposób niezaproponowany przez żadnego z odwołujących się i niesatysfakcjonujący żadnego z wykonawców, takie działanie zamawiającego jest niedopuszczalne i wykracza poza dyspozycję przepisu art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p.”*. Zasadność powyższych twierdzeń Odwołującego, potwierdzają również inne orzeczenia KIO. I tak przykładowo, należy wskazać, na postanowienie KIO z 10.01.2011 r., sygn. akt: KIO 2779/10, postanowienie KIO 11.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2136/11, postanowienie KIO 29.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2240/12, postanowienie KIO 08.09.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1830/10, wyrok KIO 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1255/12 oraz wyrok KIO 25.04.2012 r., sygn. akt: KIO 710/12. Zasadność powyższej argumentacji i wywodów Odwołującego, potwierdza również postanowienie z 17.02.2015 r., sygn. akt: KIO 221/15 o umorzeniu postępowania odwoławczego (w załączeniu), wydanego w sprawie odwołania z 06.02.2015 r. na skutek uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego. Izba słusznie wskazała: *„Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać, powtórzyć lub unieważnić w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”* (podkreślenia własne). Postanowienie powyższe potwierdza również zakres zarzutów i żądania uwzględnionego przez Zamawiającego w całości odwołania. Z tych

względów, mając na uwadze, niewykonanie przez Zamawiającego czynności wynikający z uwzględnia w całości odwołania z 06.02.2015 r., niniejsze odwołania winno być uwzględnione przez Izbę.

Nadto, niezależne od zarzutów z pkt I, z daleko idącej ostrożności procesowej, podnoszone przez Odwołującego są również następujące naruszenia:

- stosowanie art. 26 ust. 3 Pzp, wobec faktu złożenia pierwotnie oferty wielowariantowej lub zawierającej kilka rozwiązań, co stało w oczywistej sprzeczności z treścią SIWZ, a tym samym oferty podlegającej odrzuceniu. Jak Odwołujący wykazał w pierwszym odwołaniu, przedłożona przez Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. pierwotna oferta była ofertą wielowariantową i obejmująca kilka możliwych rozwiązań. W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 17.02.2015 r. oraz uzupełnienia Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. z dnia 23.02.2015 r. doszło do określenia (konkretyzacji) wariantu oferty, który będzie oferowany. Takie działanie jest niedopuszczalne i niezgodne z przepisami Pzp. Doszło przy tym, do naruszenia postanowień art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp poprzez niedozwolone negocjacje w zakresie treści oferty, skutkujące jej zmianą oraz wbrew zastrzeżeniom Zamawiającego o niemożliwości zmiany treści oferty, co zostało wyrażone m.in. w piśmie z dnia 17.02.2015 r. Na skutek powyższych uchybień naruszono również art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. z uwagi na to, że treść oferty została w istotny sposób zmieniona (porównując ilość i znaczenie zmian jakie wprowadził Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. do swojej oferty na skutek jej uzupełnienia), jak również na skutek potwierdzenia się okoliczności, że treść złożonej przez ww. wykonawcę nadal nie odpowiada treści SIWZ. I tak, w zakresie niezgodności z treścią SIWZ, obecnej (uzupełnionej i zmienionej) treści oferty Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c.:

- w odniesienia do krzesła audytoryjnego (24a) - Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. nie potwierdził informacji, że oferowane produkty posiadają klasyfikację ogniową w zakresie zapalności mebli - tak jak wymagał tego Zamawiający w treści SIWZ dla pulpitu składanego i panelu frontowego. Ponadto Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. nie potwierdził posiadania atestu wytrzymałościowego w zakresie odporności na mechacenie - stopień co najmniej 5, przy pocieraniu 5000 razy.

- w odniesieniu do stanowiska komputerowego szkoleniowego (30) - Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. nie potwierdził, jaki oferuje kolor tapicerki, co było również jednym z wymogów SIWZ.

- w odniesieniu do Krzesła obrotowego (66) - Salon Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s.c. nadal oferuje wariantowość poprzez użycie słów „*musi*” - „*Oparcie musi posiadać poziome przeszycie (...)*” i analogicznie w odniesieniu do wymagania atestu

wytrzymałościowego zgodnego z normą PN EN 1335-2, 1335-3.

Zamawiający w dniu 10.03.2015 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.03.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Salonu Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenia odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 17.03.2015 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Zastępcę Kanclerza mgr inż. Barbarę Oskroba.

W dniu 18.03.2015 r. (e-mailem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 17.03.2015 r. wezwał Salonu Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c. na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 18.03.2015 r. (e-mailem) Salonu Krzesel i Mebli Biurowych P.P.H.U. „EURO STYL” s. c. - Przystępujący po stronie Zamawiający poinformował w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18.03.2015 r., iż nie wnosi, w trybie art. 186 ust. 3-5 Pzp, sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołanie w całości przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 463/15 na – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - należało umorzyć, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww.

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....