

WYROK
z dnia 25 marca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2019 roku przez wykonawcę **AKSON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Lubelski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę AKSON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AKSON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **AKSON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach**, na rzecz Zamawiającego **Lubelskiego Oddziału Okręgowego Polskiego Czerwonego Krzyża z siedzibą w Lublinie** kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Lubelski Oddział Polskiego Czerwonego Krzyża prowadzi postępowanie na „Dostawę sprzętu rehabilitacyjnego w ramach projektu „Czas-Centra zainteresowań Ambitnych Seniorów”

Numer referencyjny postępowania nadany przez Zamawiającego – 13/CZAS/2019 zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.01.2019 roku nr 508207-N-2019. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 8 marca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę AKSON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach (zwanym dalej Odwołującym) odwołanie od niezgodnych z prawem zamówień publicznych czynności Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust.1 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniej;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. poprzez błędne przyjęcie i zastosowanie jego regulacji, jako podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie czynności dokonania poprawy oczywistej omyłki dotyczącej niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania czynności polegającej na uwzględnieniu oferty Odwołującego, jako spełniającej wymogi stawiane przez Zamawiającego;
- 2) powtórzenia czynności wyboru oferty, a w jej trakcie:
 - a. nakazanie Zamawiającemu dopuścić ofertę złożoną przez Odwołującego i dokonanie na podstawie i w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. poprawy oczywistej omyłki dotyczącej niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
 - b. nakazanie Zamawiającemu uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, iż interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odrzucenie oferty Odwołującego skutkuje odrzuceniem go z postępowania, a oferta jego jest najkorzystniejsza - w konsekwencji istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania i tym samym wykluczył go z postępowania, twierdząc że Odwołujący złożył ofertę, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zgodnie z wymogami treści SIWZ zobowiązany był wskazać w ofercie oferowany produkt oraz podać producenta i model urządzenia. Odwołujący dokładnie tak uczynił, omyłkowo jednak wskazał na niekompletne określenie modelu podpórki. Oferując zgodnie z wszelkimi wymogami specyfikacji zaproponował model MIKIRAD 20/MR/R.2K opisał go jednak omyłkowo jako nieistniejący w obrocie model MIKIRAD 20/MR/2K (dowód nr 1 załącznik).

Zamawiający zwrócił się do Odwołującego stosownym pismem (otrzymanym przez Odwołującego w dniu 20.02.2019 r.) stanowiącym wezwanie do złożenia wyjaśnień (dowód nr 2 załącznik), gdzie wskazywał na wątpliwości, co do zaproponowanego urządzenia, w świetle innego istniejącego na rynku o parametrach niespełniających kryteriów SIWZ (wymogi odnośnie wagi urządzenia). Odwołujący, terminowo i jednoznacznie wyjaśnił zaistniałą sytuację Zamawiającemu, wskazując na oczywistą swoją omyłkę powstałą przy wskazywaniu określenia modelu urządzenia wyjaśniając, że „zgubił” jedną literę w symbolu identyfikującym urządzenie:

BALKONIK PRZESTAWNY: w ofercie popełniono literowy błąd

jest: MIKIRAD 20/MR/2K

powinno być: MIKIRAD 20/MR/R.2K.

Zamawiający zaniechał wykonania obowiązku płynącego z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. i nie dokonał czynności poprawy omyłki dotyczącej niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo, że była ona oczywistą omyłką o charakterze nieistotnym. Jak się wydaje z uzasadnienia Zamawiającego o odrzuceniu oferty, sam Zamawiający omyłkowo odczytał oznaczenia seryjne producenta, gdyż w uzasadnieniu odrzucenia broni swojego zachowania, uzasadniając je jakoby produkt o symbolu MIKIRAD 20/MR/2K istniał w obrocie, tymczasem takiego produktu nie ma. Zgodnie z Deklaracją Zgodności firmy MIKIRAD, która jest producentem balkoników i wprowadza je do obrotu na podstawie Deklaracji Zgodności Nr: 03/13 z dnia 01.01.2016 r. MIKIRAD 20/MR/2K nie widnieje (dowód nr 3 załącznik).

Oczywiście, jak przekonał się sam Zamawiający, łatwo je pomylić z innymi produktami, ale w kontekście przedmiotu zamówienia, zaoferowanej ceny produktu, jego parametrów i wreszcie w kontekście wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, oczywistym jest, że Odwołujący w swojej ofercie omyłkowo oznaczył oferowany produkt, jako MIKIRAD 20/MR/2K oferując MIKIRAD 20/MR/R.2K. Nie ma innego zbliżonego symbolu producenta oferowanego urządzenia, które właśnie w ramach oczywistej omyłki mógłby być skorygowany przez Zamawiającego inaczej niż na MIKIRAD 20/MR/R.2K i Zamawiający powinien to uczynić. W konsekwencji braku wywiązania się z obowiązku ustawowego przez Zamawiającego i dokonania poprawy oferty, Zamawiający bezpodstawnie uznał ją za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe, w tym argumenty faktyczne i prawne, w ocenie Odwołującego zachodzi konieczność uwzględnienia odwołania.

Dnia 11 marca 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Renomed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 marca 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 5 marca 2019 roku, zatem z zachowaniem terminu do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba ustaliła brak skuteczności wniesionego przez wykonawcę Renomed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp, jednakże kopia przystąpienia nie została przekazana Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron. W związku z powyższym zgłoszenie przystąpienia zostało dokonane z naruszeniem art. 185 ust. 2 Pzp i nie mogło zostać uznane za wniesione skutecznie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, dowody złożone na rozprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje:

Odwołujący w formularzu oferty, załącznik 3b do SIWZ, Opis oferowanego sprzętu, w pozycji 6 – Balkonik przestawny do wstawiania z dwoma kółkami, zaoferował produkt: **MIKIRAD model/typ 20/MR/2k**, wskazując, iż oferowane urządzenie spełnia parametry określone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, iż Zamawiający dla balkonika przestawnego ustanowił w SIWZ (Załącznik nr 1 do SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, pkt 6) m.in. warunek w postaci maksymalnej wagi, która nie mogła przekroczyć 2,5 kg.

Zamawiający wystąpił do Odwołującego pismem z dnia 20 lutego 2019 roku na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, m.in. w zakresie oferowanego balkonika przestawnego, w związku z okolicznością, iż Odwołujący zaoferował balkonik MIKIRAD 20/MR/2k, wskazał iż zaoferowany sprzęt spełnia parametry określone przez Zamawiającego w OPZ, a w wyniku weryfikacji oferty, Zamawiający uzyskał informację, że waga oferowanego balkonika wynosi 3,1 kg.

W odpowiedzi, Odwołujący wyjaśnił, iż w treści oferty doszło do oczywistej omyłki podczas sporządzania oferty, a przedmiotem oferty Odwołującego miał być balkonik **MIKIRAD 20/MR/R.2k** o wadze 1,95 kg.

Pismem z dnia 5 marca 2019 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 i na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako ofertę zawierającą produkt niespełniający wymogów zamawiającego, który następnie Odwołujący w ramach złożonych wyjaśnień zmienił, dokonując zmiany treści oferty.

Izba ustaliła, iż na rynku występują dwa balkoniki przestawne o bardzo zbliżonych modelach, lecz różnych parametrach technicznych:

model: 20/MR.2k o wadze ~ 2,9 kg, oraz

model: 20/MR/R.2k o wadze ~ 1,92 kg.

Izba zważyła:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Izba rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiającemu nie można zarzucić naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 zgodnie z którym, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp*, wskazać należy, iż zarzut nie został potwierdzony.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp *Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie istniały podstawy do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Aby można było dokonać poprawy innej omyłki - na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - muszą zostać spełnione następujące przesłanki. Przede wszystkim omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Aby przepis art. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mógł znaleźć zastosowanie, Zamawiający musi wiedzieć w jaki sposób ma dokonać poprawienia takiej omyłki a wiedza ta, musi mieć oparcie w treści oferty. Wobec okoliczności, iż Odwołujący nieprawidłowo określił model oferowanego balkonika, a na rynku istnieją dwa produkty, dwa modele balkoników przestawnych o prawie identycznych oznaczeniach modeli, Zamawiający nie miał wiedzy, który z nich mógłby być objęty treścią oferty. Wobec powyższego,

Zamawiający nie miał ale i nie mógł mieć wiedzy jak należy dokonać poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego, co wykluczało możliwość zastosowania procedury objętej art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W analizowanym stanie faktycznym decyzja Zamawiającego co do sposobu poprawienia innej omyłki nie wynikałaby w żaden sposób z treści złożonej oferty, a jedynie z informacji uzyskanych od Odwołującego w wyniku wyjaśnień treści oferty. Złożenie przez Odwołującego wyjaśnień, które zawierają nowe informacje, niezawarte uprzednio w treści oferty jak np. wskazanie innych numerów katalogowych (niż te podane w ofercie) dla oferowanych produktów - prowadzi do uzupełnienia tej oferty o nowe treści, a w konsekwencji do zmiany treści oferty. W dodatku ww. nowe informacje powodują, że oferta podlegająca w swojej pierwotnej treści odrzuceniu, po złożeniu wyjaśnień, odrzuceniu już podlegać nie będzie. Tym samym wyjaśnienia takie zawierają nowe treści powodujące zmianę pierwotnej treści oferty, która to zmiana jest zmianą istotną. Przyjęcie takich wyjaśnień należy uznać za niezgodne nie tylko z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania jakiegokolwiek zmian w treści oferty, ale także za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem uznać, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości została zachowana, jeżeli Zamawiający przyjmuje wyjaśnienia Odwołującego, w których podaje on nowe okoliczności, nie wynikające z treści oferty, a które będą skutkować koniecznością uznania jego oferty za zgodną z SIWZ, podczas gdy w swej pierwotnej treści oferta ta była z SIWZ niezgodna. Innymi słowy, za niedopuszczalne należy uznać zachowanie Odwołującego, który wskazuje w swojej ofercie określone informacje, a następnie, po ujawnieniu przez Zamawiającego wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ, podaje nowe okoliczności, uzupełniające ofertę o treść pozwalającą na „dostosowanie” tej oferty do stanu zgodnego z SIWZ.

Powyższe w ocenie Izby potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. por. wyrok z dnia 2 maja 2018 r. o sygn. akt KIO 753/18) oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – posiłkowo, celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy Pzp. Należy pamiętać - co zostało potwierdzone orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - że zasadą w postępowaniu jest zakaz modyfikowania oferty po terminie składania ofert (np. wyrok w sprawie o sygn. akt C -387/14 Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu). Ponadto jak wskazano w wyroku w sprawie o sygn. akt C -324/14 (Partner A. D.) Instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić

do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

Mając powyższe na względzie, w ocenie Izby Zamawiający nie był uprawniony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp do poprawienia innej omyłki, gdyż zmiany dokonane w wyniku poprawienia, w sposób istotny ingerowałyby w treść złożonej oferty, co należy uznać za niedopuszczalne. Gdyby w tej sprawie przyjąć argumentację Odwołującego, to można by dojść do wniosków, że każda wadliwie, omyłkowo złożona oferta podlegałaby poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z czym nie można się zgodzić.

W ocenie Izby, oferta złożona przez Odwołującego, wobec zaoferowania nieistniejącego produktu (tym samym produktu, którego treść nie odpowiada treści SIWZ) podlega obowiązkowi odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bez możliwości poprawienia innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem sposób poprawienia innej omyłki nie jest jednoznaczny, a przyjęcie każdego z dwóch sposobów poprawienia, spowoduje istotną zmianę treści złożonej oferty.

W związku z powyższym zarzut należy uznać za niezasadny.

Zdaniem Izby, Zamawiającemu nie można również postawić zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp: *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Zgodnie z art. 91 ust.1 Pzp: *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Wobec braku czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, Izba nie może stwierdzić dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ww. przepisów, bowiem czynność ta jeszcze nie miała miejsca, Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzut w tym zakresie należy uznać za przedwczesny, nie mający oparcia w czynnościach Zamawiającego.

Ponadto, Izba wskazuje, iż nie rozpoznała zarzutu polegającego na zaniechaniu poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej, podniesionego dopiero na rozprawie, a który nie został objęty treścią odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp: *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: